

LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por XAVIER PONS RAFOLS *

SUMARIO

I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. LAS BASES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS INTENTOS DE CREACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 3. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FAVORABLE A LA FUTURA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: A) *Los pronunciamientos políticos de las instituciones comunitarias ante la creación de la Corte Penal Internacional.* B) *La Posición Común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional.* 4. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.—II. LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LOS ÁMBITOS MATERIALES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: 1. LAS BASES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LOS ÁMBITOS MATERIALES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2. LAS DECISIONES DEL CONSEJO EN RELACIÓN CON LA COOPERACIÓN EN LOS ÁMBITOS MATERIALES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.—III. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LAS PRESIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS CONTRA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: 1. LA OFENSIVA DE LOS ESTADOS UNIDOS CONTRA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONSEJO DE SEGU-

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Universitat de Barcelona.

RIDAD EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN EN OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ. 3. LOS PRINCIPIOS ADOPTADOS POR EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS ACUERDOS BILATERALES RELATIVOS A LAS CONDICIONES DE ENTREGA A LA CORTE PROPUESTOS POR LOS ESTADOS UNIDOS.—CONSIDERACIONES FINALES.

La creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y su puesta en marcha a partir del 1 de julio de 2002¹ parece, en principio, una cuestión ajena a los ámbitos competenciales comunitarios y de la Unión Europea. Entre otras cosas porque, aunque la Comunidad Europea constituya una comunidad de derecho, las materias penales siguen formando parte del núcleo principal de las competencias estatales y se está, simplemente, en el estadio de inicio de la cooperación en material penal entre los Estados miembros. Sucede, sin embargo, que tanto en su dimensión de política exterior como en su dimensión de cooperación policial y judicial en materia penal ha ido generándose una cierta implicación de la Unión Europea en el establecimiento de la CPI. De tal manera, que la Unión Europea y sus Estados miembros han adoptado una posición decidida a favor de la existencia de la CPI y la han trasladado a términos jurídicos, en una aproximación abierta a las bases jurídicas de los Tratados, tanto por lo que respecta a la política exterior y de seguridad común (I) como por lo que respecta al tercer pilar de cooperación policial y judicial en materia penal (II).

El objeto de este estudio es poner de manifiesto esta deriva, inesperada inicialmente, pero que se ha ido desarrollando —desde la adopción del Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998— en un ámbito más político que el estrictamente jurídico pero, indudablemente, con consecuencias en parte jurídicas. Deriva que también evidenciará las realidades y las distintas perspectivas políticas existentes en el seno de la Unión Europea y que se reflejan claramente en la ambigua y condescendiente posición de la Unión ante las presiones de los Estados Unidos contra la CPI; presiones consistentes, fundamentalmente, en la reclamación de inmunidad para su personal participante en operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y en la propuesta de celebración de acuerdos bilaterales relativos a las condiciones de entrega a la Corte. El análisis de la posición de la Unión Europea ante estas presiones (III) nos permitirá, además, poner tam-

¹ Vid. el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 en el Documento A/CONF.183/9 y publicado oficialmente en España en el BOE de 27 de mayo de 2002.

bién de relieve otras consideraciones, estrictamente de Derecho Internacional, en relación con las carencias y debilidades del propio Estatuto de la CPI.

I. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN DE LA UNIÓN EUROPEA

En la medida en que la creación de la CPI responde a un planteamiento externo a la Unión Europea y en el plano del Derecho Internacional, es a la dimensión o pilar de la política exterior y de seguridad común al que corresponde una mayor actividad, especialmente relevante ante el debate político sobre la propia existencia de la CPI y la constante presión de los Estados Unidos para impedir su establecimiento efectivo. Vamos a abordar esta perspectiva procediendo, en primer lugar, a determinar las bases jurídico-políticas de la actuación de la Unión Europea en relación con la CPI para abordar, seguidamente, la posición de la Unión en relación con tres etapas sucesivas y diferenciadas: antes de la adopción del Estatuto de la CPI, con la participación de la Comunidad Europea en la Conferencia Diplomática de Roma; a partir de la adopción del Estatuto, con la posición constantemente partidaria de favorecer internacionalmente la entrada en vigor de dicho instrumento; por último, nos ocuparemos de los nuevos desarrollos que ha comportado la entrada en vigor del Estatuto a partir del 1 de julio de 2002.

1. LAS BASES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La habilitación jurídico-política para que la Unión Europea adopte posiciones en relación con la CPI debe situarse, de una manera general, en los valores que en relación con los derechos humanos forman hoy día parte consustancial de la Unión Europea; de otro lado, de una manera más específica, debe situarse en los fundamentos jurídico-políticos de la Política Exterior y de Seguridad Común. En la perspectiva más general, se trata de un reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamen-

tales que, en el plano de la Comunidad Europea, tuvo una primera etapa de reconocimiento jurisprudencial hasta que pasó a formar parte de los tratados constitutivos a partir del Tratado de la Unión Europea de 1992. En este Tratado y, posteriormente en el Tratado de Amsterdam y en el de Niza se han constitucionalizado como valores de la Unión los derechos humanos y las libertades fundamentales². El último estadio de este desarrollo ha sido la proclamación en Niza, en diciembre de 2000, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³.

En el plano más específico no cabe duda de que, en gran medida, los presupuestos de la política exterior de la Unión Europea pueden reconducirse a la promoción de los derechos humanos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En efecto, el artículo 11.1 del TUE establece los objetivos de la política exterior y de seguridad común, entre los que se recoge «el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional» y «el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». Aunque se trate de objetivos formulados en abstracto, es indudable que la creación de la CPI, al acabar con la impunidad en relación con determinados crímenes de derecho internacional, contribuye a la promoción y salvaguarda de los derechos humanos y favorece así, de manera decisiva, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En el propio preámbulo del Estatuto de

² Vid. el artículo 6.2 del TUE (ex artículo F.2) así como el artículo 6.1, introducido en el Tratado de Amsterdam, cuando establece, de una manera reiterativa, que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». Sobre los derechos humanos en la Unión Europea existe una amplia bibliografía, pero pueden señalarse dos excelentes síntesis: la de D. J. LIÑÁN NOGUERAS: «Derechos Humanos y Unión Europea», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2000, pp. 363-420 y la de V. ABELLÁN HONRUBIA: «Los derechos humanos en la Unión Europea», en Zlata DRNAS DE CLÉMENT: *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba 2002, pp. 941-958.

³ Sobre la que ya hay abundantes comentarios doctrinales en español: vid., entre otros, los de M. PI LLORENS: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tribuna Internacional CEI n.º 3, Barcelona 2001; J. A. CARRILLO SALCEDO: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, n.º 9, pp. 7-26 y A. FERNÁNDEZ TOMÁS: *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001.

Roma se reconoce claramente que «estos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad»⁴. En otras palabras, resulta evidente que los principios y objetivos de la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea concuerdan plenamente, en este sentido, con los principios del Estatuto de Roma⁵. Cabe, por tanto, considerar, desde el punto de vista de la Unión Europea, que el pleno apoyo a la creación de una jurisdicción penal internacional entra dentro de los objetivos de la política exterior y de seguridad común, tanto en el plano del respeto de los derechos humanos como en el plano del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

2. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LOS INTENTOS DE CREACIÓN DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Al margen de los antecedentes más remotos o los que se sitúan en el fin de la segunda guerra mundial y, posteriormente, en el desarrollo del derecho internacional en la esfera de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, el proceso que conduciría a la adopción del Estatuto de Roma de la CPI en la Conferencia Diplomática de 1998 tiene como antecedente inmediato la petición de la Asamblea General a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) para que reactivase los trabajos para la elaboración del Estatuto de una Corte Penal Internacional, que concluirían con la elaboración de un proyecto en 1994⁶.

⁴ Párrafo tercero del preámbulo del Estatuto de Roma.

⁵ Y así se recoge en el preámbulo de la Posición Común del Consejo de 11 de junio de 2001 relativa a la CPI —a la que nos referiremos posteriormente— cuando se señala que los principios del Estatuto de Roma «concuerdan plenamente con los principios y objetivos de la Unión».

⁶ En general sobre este proceso histórico y la labor de la CDI vid., entre otros, A. PIGRAU SOLÉ: «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1997*, Universidad del País Vasco/ed. Tecnos 1998, pp. 127-176; I. LIROLA DELGADO; M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, ed. Ariel, Barcelona 2001, pp. 37-54; y A. BOS: «From the International Law Commission to the Rome Conference (1994-1998)», en A. CASSESE; P. GAETA; J. R. W. D. JONES: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press 2001, vol. I, pp. 35-65. Vid., asimismo las reflexiones de quien fuera Jefe de la Delegación española ante la Conferencia Diplomática de Roma, J. A. YAÑEZ-BARNUEVO: «La Conferencia de Roma

Este proceso fue facilitado y sometido a un profundo cambio de enfoque con motivo de la creación de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda que aceleró, sin duda, el proceso hacia el establecimiento de la CPI⁷. Es más, con la creación de ambos tribunales se estableció claramente, por parte del Consejo de Seguridad, la vinculación entre la noción de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y los crímenes internacionales individuales. Cabe por tanto afirmar que, desde los años noventa y con los dos tribunales *ad hoc*, se estaba creando un emergente consenso internacional sobre la necesidad de creación de instituciones internacionales que permitieran llevar ante la justicia a los autores de graves violaciones de los derechos humanos, en un contexto también de reforzamiento del orden internacional como consecuencia de los importantes cambios políticos operados en la sociedad internacional. Y a este consenso y a este establecimiento, la Unión Europea dio su pleno apoyo⁸. En efecto, durante estos años previos a la celebración de la Conferencia Diplomática de 1998, la posición de la Unión Europea se manifestó sin ambigüedades como partidaria del establecimiento de una jurisdicción penal internacional⁹. Es más, como se dijo en esa misma Conferencia, se trataba de una posición favorable a no seguir crean-

y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas», en F. J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, Madrid 2000, pp. 16-28.

⁷ El Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, fue establecido por el Consejo de Seguridad mediante su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 y el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de genocidio y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ruandeses responsables de actos de genocidio y otras violaciones cometidas en el territorio de los Estados vecinos, mediante la resolución 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994.

⁸ Baste señalar, en el contexto del conflicto en la antigua Yugoslavia y antes de la creación del tribunal *ad hoc*, la declaración común sobre la antigua Yugoslavia de 13 de enero de 1993 por la que los Estados miembros subrayaban la necesidad de un tribunal penal internacional y se declaraban dispuestos a apoyar esta iniciativa en las Naciones Unidas (vid. *Boletín de las CE*, n.º 1/2-1993, punto 1.4.5).

⁹ Lo que se refleja en diferentes intervenciones de los representantes de la Presidencia tanto en la Asamblea General de las Naciones Unidas, como en su Sexta Comisión de asuntos jurídicos (vid., por ejemplo, la intervención en nombre de la Unión Europea del representante español, YÁNEZ-BARNUEVO, en la sesión de la Sexta Comisión de 30 de octubre de 1995, Documento A/C.6/50/SR.25, párr. 48 y ss.).

do tribunales *ad hoc* y proceder a la creación de un tribunal de carácter permanente y universal¹⁰. Esta posición partidaria de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente no es sólo una posición política de principios sino que también se reflejará en la participación de la Comunidad Europea como observadora en la Conferencia de Roma¹¹.

A partir del proyecto elaborado por la CDI en 1994, las labores del Comité especial de composición abierta establecido al efecto también en 1994 y las del Comité preparatorio abierto a la participación de todos los Estados¹², la Asamblea General decidió convocar para 1998 una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios con objeto de dar forma definitiva a una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional¹³. Para esta Conferencia, la Asamblea General pidió al Secretario General que invitase a participar «a representantes de organizaciones y otras entidades que hayan recibido una invitación permanente de la Asamblea General a participar, en calidad de observadores, en sus períodos de sesiones y en sus trabajos, en el entendimiento de que dichos representantes participarán en la Conferencia a ese título» y a que invitase, también en calidad de observadores, «a representantes de las organizaciones intergubernamentales regionales interesadas»¹⁴. En consecuencia, tanto a título de organización con invitación permanente de la Asamblea General como de organización intergubernamental regional interesada, la Comunidad Europea podría asistir, en calidad de observadora, a la Conferencia Diplomáti-

¹⁰ Vid., por ejemplo, las declaraciones del representante del Reino Unido en la segunda sesión plenaria de la Conferencia de Roma (Documento A/CONF. 183/SR.2, párr. 31 y ss.) y de Austria en la novena sesión plenaria (Documento A/CONF.183/SR.9, párr. 61 y ss.).

¹¹ Es bien conocido que la Comunidad Europea goza, desde 1974, del estatuto de observador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que le ha ido permitiendo una constante y progresiva participación en las diversas actividades y conferencias auspiciadas por la organización universal. A ello me referí en mi estudio sobre «El estatuto jurídico de las representaciones de la Comunidad Europea en el marco de las Naciones Unidas», *Revista de Instituciones Europeas*, 1990.1, pp. 195-232. Vid., en general, sobre la participación de la Comunidad Europea o de la Unión Europea en Organizaciones internacionales la completa monografía de J. SANTOS VARA: *La participación de la Unión Europea en las Organizaciones Internacionales*, ed. Colex, Madrid 2002.

¹² Establecidos respectivamente mediante la resolución 49/53 de 9 de diciembre de 1994 y la resolución 50/46 de 11 de diciembre de 1995, ambas de la Asamblea General.

¹³ Resolución 51/207 de 17 de diciembre de 1996 de la Asamblea General.

¹⁴ Resolución 52/160 de 15 de diciembre de 1997 de la Asamblea General.

ca. Ello permitió la presencia de observadores de la Comunidad Europea, así como de otras Organizaciones internacionales y, por otro lado, de un número importante de organizaciones no gubernamentales¹⁵.

En el caso de la Comunidad Europea y a la luz de la práctica anterior, se trata de una invitación habitual para asistir a una conferencia internacional, pero hemos de señalar que mientras que la invitación para asistir a una Conferencia sobre el medio ambiente y el desarrollo, los asentamientos humanos o sobre el desarrollo social, por poner algunos ejemplos, encaja ampliamente dentro de los ámbitos competenciales de la Comunidad Europea, aquí el supuesto era, ya de entrada, completamente distinto. En todo caso, podía suponerse que la presencia de la Comunidad y de la diversidad de Organizaciones internacionales que participaron daba un mayor respaldo político a la creación de la futura Corte Penal Internacional. De otra parte, de los datos disponibles no consta que la presencia de la Comunidad Europea fuera muy determinante. En sesiones plenarias intervino la representante de la Comunidad Europea, la Comisaria Bonino, con una declaración de carácter general sobre la competencia que debería tener la Corte y la necesidad de que hubiera una relación constructiva con el Consejo de Seguridad, entre otras cuestiones¹⁶.

En este sentido, fueron los representantes de los Estados miembros los que participaron directamente en las labores de la Conferencia y los que se pronunciaron en la votación final sobre el proyecto de Estatuto de Roma¹⁷. Fueron ellos también los que llevaron el peso de las negociaciones y formaron parte del denominado «grupo de Estados afines», en el que

¹⁵ De hecho, tal como figura en la lista de participantes a este título en la Conferencia Diplomática, nos encontramos con una diversidad de Organizaciones y otras entidades, de naturaleza jurídica distinta lo que evidencia que existe, en la práctica, una abundante flexibilidad sobre los títulos de participación en calidad de observadores. En efecto, en la lista de Organizaciones y otras entidades representadas en la Conferencia por un observador se recogen bajo el mismo epígrafe (Organizaciones intergubernamentales y otras entidades) tanto la Comunidad Europea o el Consejo de Europa como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Orden Militar Soberana de Malta, la Unión Interparlamentaria o la Interpol, por citar sólo algunos (vid., la Lista en el Anexo III del *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Documento A/CONF.183/10).

¹⁶ Vid. la intervención de la Comisaria Emma BONINO en la tercera sesión plenaria de la Conferencia, Documento A/CONF.183/SR.3, párr 114 y ss.

¹⁷ Como es sabido adoptado por 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 en contra (Estados Unidos, China, Iraq, Libia, Yemen, Qatar e Israel).

estaban todos los de la Unión Europea, que tuvo un papel destacado en la elaboración final del texto del Estatuto de Roma. En las sesiones plenarias también intervinieron en diversas ocasiones Estados miembros de la UE y la Presidencia formulando declaraciones de carácter general. Así, por ejemplo, en la segunda sesión plenaria intervino el representante del Reino Unido¹⁸ para señalar que la Unión compartía el deseo general de incluir los crímenes de agresión entre los crímenes de los que tendría competencia la Corte, adecuadamente definidos y sin detrimento de la función del Consejo de Seguridad de mantener la paz y la seguridad internacionales. Además, en relación con los crímenes de guerra postulaba que se incluyeran con independencia del carácter internacional o no del conflicto armado y especialmente que se incluyeran de forma explícita los crímenes relacionado con el género y el uso de niños en conflictos armados¹⁹. En otras sesiones, varios Estados miembros apoyaron la intervención del Reino Unido en su condición de Presidencia de la Unión, como los de Portugal, Bélgica y Irlanda²⁰. En la novena y última sesión plenaria de la Conferencia, intervino también el representante de Austria²¹, en nombre de la Unión Europea, para señalar la trascendencia histórica del aconteci-

¹⁸ En nombre de la UE, de los países de Europa Central y Oriental asociados con la UE, del país asociado Chipre, y de los países de la AELC, Islandia y Noruega (vid. la Declaración en A/CONF.183/SR.2, párr. 31 y ss.).

¹⁹ Aunque la jurisdicción de la CPI no es objeto de nuestro estudio conviene señalar, en este momento, que, además de los Estados Unidos, fue Francia quien desde el principio de la Conferencia intentó la exención de los crímenes de guerra de la jurisdicción de la CPI; lo que llevó finalmente —con reunión de coordinación de la Unión Europea de por medio— a lo que se convertiría en el artículo 124 del Estatuto de Roma (cláusula *opt-out*) mediante el cual se permite a un Estado parte excluir, por un período de siete años desde la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra a los que se refiere el artículo 8. Como es sabido, Francia utilizó esta disposición (vid. la Declaración francesa en BOE de 27 de mayo de 2002). En relación con la negociación de esta disposición vid. la versión de participantes directos en la Conferencia como H.-P. KAUL; C. KREB: «Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, especialmente pp. 155-156.

²⁰ Vid. respectivamente sus intervenciones en la cuarta (Documento A/CONF.183/SR.4, párr. 27 y ss.) y en la sexta sesión plenaria (Documento A/CONF.183/SR.6, párr. 1 y ss.; y A/CONF.183/SR.6, párr. 12 y ss.).

²¹ Hablando en nombre de la Unión Europea y de otros países (concretamente, de Bosnia-Herzegovina, de Hungría, Islandia y Noruega), vid. su declaración en Documento A/CONF.183/SR.9, párr. 61 y ss.

miento y subrayar el compromiso de la Unión para hacer todo lo posible para que la tarea se llevase a cabo con éxito.

Cabe también señalar, por su relevancia política, que en el Consejo Europeo de Cardiff y, sin duda, porque su fecha de celebración coincidía con la convocatoria de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, el Consejo Europeo expresó «su enérgico apoyo a la creación de un Tribunal Penal universal y eficaz» y su determinación de obtener un resultado satisfactorio en la Conferencia Diplomática²². Finalmente, cuando concluyó la Conferencia, la Unión Europea expresó, mediante una Declaración de su Presidencia, su satisfacción por la culminación con éxito de la Conferencia, suscribiendo plenamente el resultado y confiando en que el número exigido de sesenta ratificaciones se alcanzase en breve para que la Corte pudiera ser operativa²³.

3. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FAVORABLE A LA FUTURA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Desde el momento de la adopción del Estatuto de Roma, la posición de la UE se manifestó, de manera constante y reiterada, partidaria de la entrada en vigor del Estatuto y de su efectivo establecimiento. Esta posición se expresó tanto en diversos pronunciamientos políticos como en la adopción de una primera Posición Común sobre la Corte Penal Internacional.

A) *Los pronunciamientos políticos de las instituciones comunitarias ante la creación de la Corte Penal Internacional*

Si la participación en la Conferencia fue limitada, como es lógico por el ámbito competencial al que se refería, lo cierto es que, posteriormente, distintas instituciones comunitarias empezaron a formular declaraciones y llamamientos para una pronta ratificación y entrada en vigor del Estatuto de Roma como, de otra parte, también se encargaría de hacer la Asam-

²² Vid. párr. 96 de las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Cardiff, 15 y 16 de junio de 1998.

²³ Declaración de la Presidencia de 22 de julio de 1998, *Bol. UE* 7/8-1998, punto 1.4.22.

blea General de las Naciones Unidas²⁴. El peso central de estos pronunciamientos políticos recaería en el Parlamento Europeo y en la Presidencia del Consejo, en nombre de los Estados miembros de la Unión.

Una primera resolución del Parlamento Europeo de 19 de noviembre de 1998 marcaba los hitos fundamentales de la posición del Parlamento: de un lado, se pedía a los Estados miembros que ratificaran el Estatuto en el plazo más breve posible para que pudiera iniciar prontamente sus actividades; y, de otro lado, en la línea de obtener la más amplia participación en el Estatuto de Roma, se pedía al Consejo y a la Comisión que convirtieran la firma y ratificación del Estatuto en un elemento prioritario en sus relaciones con terceros países²⁵. En 1999, el Parlamento aprobó de nuevo sendas resoluciones sobre la CPI. En la primera de estas resoluciones, seguía haciendo un llamamiento urgente para una pronta ratificación del Estatuto por parte de los gobiernos y de los parlamentos de los Estados miembros y concretaba la segunda dimensión pidiendo a la Comisión y al Consejo que la firma y la ratificación del Estatuto de la Corte constituyera un elemento esencial de negociación de futuros acuerdos con terceros países y que hicieran todo lo necesario para que los terceros países vinculados a la Unión por acuerdos de asociación o de cooperación firmasen o ratificasen el Estatuto²⁶. La segunda resolución, además de insistir en lo anterior, pedía al Consejo y a la Comisión que fijasen para el 31 de diciembre de 2000 el inicio de la jurisdicción de la Corte y que esto fuera una prioridad de la política exterior de la Unión. El Parlamento pedía asimismo al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros que apoyasen mediante contribuciones voluntarias el Fondo establecido por la Asamblea General para cubrir los gastos de participación de los países menos desarrollados y de los países en vías de desarrollo en los trabajos de la Comisión Preparatoria de la CPI²⁷.

²⁴ Vid. las Resoluciones 53/105 de 8 de diciembre de 1998, 54/105 de 9 de diciembre de 1999, 55/155 de 12 de diciembre de 2000 y 56/85 de 12 de diciembre de 2001, todas ellas de la Asamblea General. Incluso en la Declaración del Milenio, los Jefes de Estado y de Gobierno destacaron la importancia de la Corte Penal Internacional (vid. Declaración del Milenio adoptada mediante la resolución 55/2 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2000).

²⁵ Vid. la resolución de 19 de noviembre de 1998 en DOCE C 379 de 7 de diciembre de 1998, p. 265.

²⁶ Resolución de 6 de mayo de 1999, *Bol. UE* 5-1999, punto 1.1.8.

²⁷ Resolución de 16 de diciembre de 1999, *Bol. UE* 12-1999, punto 1.1.11. El fondo fiduciario fue establecido por la resolución 53/105 de la Asamblea General

En una posterior resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2001²⁸ se seguía urgiendo a los Estados miembros y a los países candidatos que todavía no lo habían hecho a que ratificasen el tratado de Roma lo antes posible y se instaba a todos los demás Estados a que lo ratificasen a fin y efecto de que alcanzara el nivel mínimo de ratificaciones antes del fin de 2001. Igualmente se proponía la ratificación del Estatuto de Roma como una de las prioridades del Consejo para el año 2001 en la perspectiva de sus relaciones bilaterales. Finalmente, el Parlamento Europeo adoptó otra resolución el 28 de febrero de 2002²⁹ en la que, en la misma línea de las anteriores, pedía a los Estados miembros y a los países asociados que todavía no lo hubieran ratificado que lo hicieran lo antes posible y solicitaba igualmente que los Estados miembros, el Consejo y la Comisión utilizasen su influencia política para fomentar la ratificación del Estatuto. Solicitaba igualmente la adopción de un plan de acción de seguimiento de la Posición Común del Consejo de 2001³⁰. Es decir, por parte del Parlamento Europeo existía una clara posición favorable, que se concretaba incluso en voluntaristas fechas límite para la entrada en vigor del Estatuto de Roma, y que se dirigía no sólo a los Estados miembros. A ellos principalmente, pero también se pedía a las instituciones comunitarias que introdujeran la firma y ratificación del Estatuto en sus planteamientos de política exterior y que contribuyeran financieramente al fondo fiduciario establecido por la Asamblea General.

Por su parte, la Presidencia, en nombre de la Unión Europea, hizo públicas también varias declaraciones sobre la CPI. Una primera declaración el 29 de noviembre de 2000 en la que se reiteraba la necesidad de la rápida creación de la Corte y se expresaba satisfacción por los progresos realizados hasta la fecha, no sólo en relación al número de ratificaciones, sino también por el hecho de que la Comisión Preparatoria hubiera ya adoptado por consenso el reglamento de procedimiento y de prueba y el documento sobre los elementos de los delitos. Igualmente, en esta declaración y de conformidad con la resolución del Parlamento Europeo de 6

de 8 de diciembre de 1998 para facilitar la participación de los países menos adelantados en la labor de la Comisión Preparatoria.

²⁸ *Bol. UE* 1/2-2001, punto 1.2.1.

²⁹ Vid. la Resolución en Edición provisional P5_TA-PROV(2002)0082.

³⁰ Es de destacar también que el Parlamento alabó la labor desempeñada por la Comisión, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, de fomentar la ratificación pronta y efectiva por países de todo el mundo.

de junio de 1999, la Unión Europea se comprometía a hacer lo posible para que los terceros Estados vinculados a la Unión por acuerdos de asociación o de cooperación firmasen o ratificasen dicho Estatuto³¹. Con un texto prácticamente idéntico, la Presidencia formuló otra declaración el 5 de diciembre de 2000 a la que, además, se sumarían los países de Europa Central y Oriental asociados a la Unión, Chipre, Malta y Turquía, países también asociados, y los países de la AELC, Islandia, Liechtenstein y Noruega, miembros del Espacio Económico Europeo. Lo relevante es que en escasamente siete días se reiteraba literalmente una declaración de la Presidencia, aunque sólo fuera para constatar que se sumaban a ella diversos países asociados, algunos de ellos candidatos —en aquel momento— a la adhesión³². La siguiente declaración de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001 se publicó con ocasión de la ratificación por el Principado de Andorra del Estatuto de la Corte³³. Finalmente, cuando el 11 de abril de 2002 se reunieron las sesenta ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del Estatuto, la Presidencia publicó una declaración por la que se acogía con satisfacción este acontecimiento y se hacía un llamamiento para que la Corte obtuviera a la mayor brevedad un respaldo universal; reiterando su compromiso de apoyar la pronta puesta en funcionamiento de la Corte³⁴.

B) *La Posición común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional*

Atendiendo tanto a las reiteradas resoluciones del Parlamento Europeo como a las propias declaraciones de la Presidencia, el Consejo de la Unión Europea adoptó el 11 de junio de 2001 una Posición Común relativa a la

³¹ *Bol. UE* 11-2000, punto 1.6.21

³² Vid. el texto de la declaración en *Bol. UE* 12-2000, punto 1.6.23. De hecho, en declaraciones posteriores relativas a la CPI se volvería a repetir este elemento de incorporar a una declaración de la Unión Europea a diversos países no miembros de la Unión, lo que pone de relieve la existencia de unos valores compartidos. Aunque ha de señalarse que a la declaración de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001 y posteriores no se sumó Turquía, contrariamente a lo hecho en la declaración de 5 de diciembre de 2000.

³³ Y cuando ocho de los quince Estados miembros de la Unión ya habían ratificado el Estatuto de Roma (Vid. el texto de la declaración en *Bol. UE* 5-2001, punto 1.6.13).

³⁴ Vid. *Bol. UE* 4-2002, punto 1.6.18.

CPI³⁵ que, como veremos, sería objeto de posteriores modificaciones en el momento en que el Estatuto iba a entrar en vigor y cuando la CPI empezara a estar operativa, lo que ha sucedido en los primeros meses de 2003³⁶. Hemos de subrayar, en primer lugar, que se trata de «posiciones comunes» y no de «acciones comunes». De conformidad con el artículo 14 del TUE, las acciones comunes se referirán a situaciones específicas «en las que se considere necesaria una acción operativa de la Unión» y «serán vinculantes para los Estados miembros en las posiciones que adopten»; por el contrario, las posiciones comunes, tal como establece el artículo 15 del TUE definirán el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático y «los Estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes». Es decir, que las posiciones comunes se configuran más como una orientación de política a la que los Estados miembros deben conformarse. Vamos a ver, ahora, de un lado, el planteamiento político y, de otro lado, las actuaciones propuestas en esta Posición Común.

El planteamiento político va, como no podía ser menos, en la misma línea de los pronunciamientos políticos ya formulados por la Presidencia en nombre de la Unión y que se fundamentan en los objetivos de la política exterior y de seguridad común establecidos en el artículo 11 del TUE y a los que ya nos hemos referido. La filosofía política de la Unión en relación con la CPI giraba claramente en torno a la idea de que al acabar con la impunidad de quien hubiera cometido o instigado atrocidades mediante la aplicación de una justicia imparcial y efectiva, la CPI fortalecería la primacía del derecho y contribuiría a la paz y la seguridad a escala mundial. En este sentido, la Unión se manifiesta comprometida a hacer todo lo posible para lograr el número requerido de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, así como a contribuir a la plena aplicación del Estatuto de Roma y se afirma su objetivo de respaldar su pronta entrada en vigor y el establecimiento de la Corte³⁷.

Por lo que se refiere a las actuaciones propuestas, la Posición Común señala distintas medidas que corresponden a la Unión y a sus Estados

³⁵ Posición Común 2002/443/PESC del Consejo de 11 de junio de 2001 relativa a la Corte Penal Internacional, DOCE L 155 de 12 de junio de 2001.

³⁶ Ello explica los cambios operados, pero también ello viene motivado porque la Posición Común ya establecía su examen y revisión cada seis meses (artículo 7). En el texto actualmente vigente se prevé la revisión de la Posición Común «cuando convenga».

³⁷ Artículo 1 de la Posición Común.

miembros o bien exclusivamente a los Estados miembros y reserva un papel, más genérico que concreto, a las instituciones comunitarias. Así, se prevé que la Unión y sus Estados miembros plantearán, de un lado, y siempre que proceda, la cuestión de la ratificación más amplia posible del Estatuto de Roma en negociaciones o en diálogos políticos con terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones regionales pertinentes; de otro lado, contribuirán también a una pronta entrada en vigor y aplicación del Estatuto mediante la adopción de iniciativas dirigidas a promover la difusión de los valores, principios y disposiciones del Estatuto de Roma y de los instrumentos conexos; y, por último, prestarán su apoyo práctico al pronto establecimiento y al buen funcionamiento de la Corte respaldando la pronta creación de un mecanismo de planificación apropiado con objeto de preparar la creación efectiva de la Corte.

En relación con los Estados miembros, la Posición Común establece, de un lado, que los Estados miembros compartirán con todos los Estados interesados sus experiencias en cuanto a los temas relacionados con la aplicación del Estatuto y, en su caso, aportarán también otras formas de apoyo a este objetivo. De otro lado, se establece que, durante los trabajos de la Comisión Preparatoria conducentes a la adopción de los instrumentos contemplados en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, los Estados miembros³⁸ contribuirán a la pronta finalización de dichos instrumentos y respaldarán las soluciones que sean acordes con la letra y el espíritu del Estatuto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una participación lo más amplia posible.

Claramente se desprende de todo esto que son, en cualquier caso, formulaciones muy genéricas y abiertas de las posibles medidas prácticas que puedan llevar a cabo la Unión y los Estados miembros para seguir avanzando en el objetivo de una pronta ratificación y aplicación efectiva del Estatuto de Roma. Quizás lo que puede resultar más relevante porque significa introducir a las instituciones comunitarias en un ámbito competencial que, en principio, podría resultarles ajeno, es la previsión de que «el Consejo, en su caso, coordinará las medidas adoptadas por la Unión Europea

³⁸ Aunque la Comunidad Europea, como las otras Organizaciones internacionales con invitación permanente de la Asamblea General, participa «en calidad de observadora» en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Comisión Preparatoria (invitación formulada mediante la resolución 53/105 de 8 de diciembre de 1998). Igualmente, participa en calidad de observadora en las reuniones de la Asamblea de Estados Partes (resolución 56/85 de 12 de diciembre de 2001).

y los Estados miembros» y que el Consejo toma nota de que «la Comisión se propone dirigir su acción al logro de los objetivos y prioridades de la Posición común, cuando proceda, mediante las medidas comunitarias apropiadas»³⁹. Aunque, las reservas del «en su caso» y el «cuando proceda» revelan claramente la indefinición y el fuerte carácter político de las previsiones de esta Posición Común. Por ello también, resultan de difícil verificación en textos o instrumentos normativos concretos. Lo cierto es que todo ello es la consecuencia lógica del instrumento utilizado (la posición común) y de la inadecuación de otros posibles instrumentos jurídicos ante una cuestión de carácter tan netamente político como la presente.

4. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Aunque la base seguía siendo la misma de mantener una posición favorable a la entrada en vigor y al establecimiento de la CPI, la inminente entrada en vigor del Estatuto de Roma condujo a la modificación de la Posición Común, además de —como veremos más adelante— provocar un aumento de la oposición de los Estados Unidos y una posición, a veces ambivalente, de la Unión Europea. Posteriormente, en junio de 2003, se ha adoptado una refundición y sustitución de la Posición Común sobre la CPI. Antes, sin embargo, hemos de señalar que, respondiendo a la petición del Parlamento Europeo a la que ya nos hemos referido, el 15 de mayo de 2002 se ultimó el Plan de acción solicitado⁴⁰. Sus focos principales de actuación son los siguientes: de un lado, la coordinación de las actividades de la Unión Europea en la medida en que, en su caso, la Posición Común prevé esta coordinación a cargo del Consejo; de otro lado, el impulso y las iniciativas a adoptar de cara a conseguir el objetivo de la más amplia ratificación e implementación del Estatuto en terceros Estados; y, en tercer lugar, las medidas de apoyo práctico al efectivo establecimiento de la Corte. Todo ello en seguimiento y desarrollo de la Posición Común de 2001.

El siguiente paso vino dado, como hemos indicado, por la modificación de la Posición Común por una Posición Común de 20 de junio de

³⁹ Artículos 4 y 5 de la Posición Común.

⁴⁰ Vid. el Plan de acción en <http://ue.eu.int/pesc/ICC/default.asp?lang=es>

2002⁴¹, que recoge algunos de los planteamientos del Plan de acción. La principal justificación de esta modificación ha de situarse en la pronta entrada en vigor del Estatuto y, en consecuencia, las modificaciones introducidas responden a ese presupuesto y al nuevo escenario que plantea la entrada en vigor del Estatuto⁴². Así, se modifica el objetivo de la Posición Común en el sentido ya no de continuación y respaldo de una pronta entrada en vigor del Estatuto y del establecimiento de la Corte sino, directamente, de «respaldar el pronto establecimiento y el funcionamiento efectivo de la Corte» y, a tal efecto, brindar un apoyo universal a la misma, fomentando la participación más amplia posible⁴³.

Se reiteran, además, con puntuales modificaciones, las actuaciones que se establecen para la Unión y sus Estados miembros. Así, la Unión y sus Estados miembros seguirán planteando la cuestión de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión en las negociaciones o diálogos políticos con terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones regionales pertinentes para contribuir al objetivo de una participación lo más amplia posible en el Estatuto. Además, tanto la una como los otros contribuirán a este objetivo por otros medios, como la adopción de iniciativas dirigidas a promover la difusión de los valores, principios y disposiciones del Estatuto y de los instrumentos conexos cooperando, a tal efecto y «según sea necesario, con los demás Estados, instituciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y demás representantes de la sociedad civil interesados»⁴⁴.

Teniendo en cuenta el momento y el tiempo que necesariamente debe-

⁴¹ Posición Común 2002/474/PESC del Consejo de 20 de junio de 2002 por la que se modifica la Posición Común 2001/443/PESC relativa a la Corte Penal Internacional, DOCE L 164 de 22 de junio de 2002.

⁴² Al entrar en vigor el Estatuto el 1 de julio, la presidencia danesa se pronunció en nombre de los Estados miembros de la Unión Europea celebrando el hecho histórico de la entrada en vigor del Estatuto y subrayando la necesidad de avanzar hacia su funcionamiento efectivo tan pronto como fuera posible, lamentando, como veremos más adelante, la posición de los Estados Unidos impidiendo la extensión del mandato de la misión de las Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina (Declaración de la Presidencia de 1 de julio de 2002, *Bol. UE* 7/8-2002, punto 1.6.38).

⁴³ Nueva redacción del artículo 1.2.

⁴⁴ Nueva redacción del artículo 2.2. Nótese al respecto que cualitativamente a lo ya dispuesto en la Posición Común de 2001 se añade esta cooperación con Estados, instituciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y demás representantes de la sociedad civil, lo que constituye un reconocimiento del importante papel desarrollado por estos últimos.

ría transcurrir entre la entrada en vigor del Estatuto y la instalación efectiva de la Corte, la Posición Común de 2002 se refiere también a que la Unión y sus Estados miembros darán apoyo a la creación de un mecanismo de planificación apropiado, que incluirá un equipo inicial de expertos, con objeto de preparar el establecimiento efectivo de la Corte; a estudiar «una contribución adecuada y equitativa a los costes de las medidas que sean necesarias antes de que entre en vigor el primer ejercicio presupuestario de la Corte y que ésta se halle en condiciones de plena operatividad»⁴⁵; así como, finalmente, a respaldar apropiadamente el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la Corte.

Por otro lado, a la recomendación a los Estados miembros de que compartan con todos los Estados interesados sus experiencias, se añade que aquellos, «cuando se les solicite, facilitarán asistencia técnica y, en su caso, financiera para los trabajos legislativos que hagan falta para la ratificación y la aplicación del Estatuto en terceros países»⁴⁶, lo que introduce un elemento concreto de cooperación técnica y financiera y que ya venía apuntado en el Plan de acción adoptado el 15 de mayo. Finalmente, se establece que los Estados miembros cooperarán para garantizar el correcto funcionamiento de la Asamblea de Estados parte y harán todo lo posible para garantizar que se nombre a candidatos altamente cualificados, alentando el establecimiento de procedimientos transparentes de nombramiento de los jueces y fiscales de conformidad con el Estatuto.

La situación en junio de 2003, cuando la CPI está ya establecida, con magistrados y fiscal designado, y empieza a ser operativa, ha llevado al Consejo a adoptar una nueva Posición Común que actualiza, sustituye y refunde la inicial del 2001⁴⁷. El objetivo de la nueva Posición Común es respaldar el funcionamiento efectivo de la Corte en la misma línea de la modificación realizada en 2002. Igualmente, se plantea potenciar el objetivo de la participación más amplia posible en el Estatuto de Roma mediante medidas como las ya señaladas y que corresponden a la Unión Europea y a sus Estados miembros o sólo a los Estados miembros; a éstos últimos también en relación con el correcto funcionamiento de la Asamblea de los Estados Parte y su contribución en las negociaciones para tra-

⁴⁵ Nueva redacción del artículo 3.3.

⁴⁶ Nueva redacción del artículo 2.3.

⁴⁷ Posición Común 2003/444/PESC del Consejo de 16 de junio de 2003 relativa a la Corte Penal Internacional (DOCE L 150 de 18 de junio de 2003).

tar la definición del crimen de agresión. Asimismo el Consejo, «en su caso», coordinará las medidas y la Comisión, «cuando proceda», dirigirá su acción al logro de los objetivos y prioridades de la Posición Común⁴⁸.

Lo innovador de esta Posición Común de 2003, en el contexto del inicio de la operatividad de la CPI, cabe situarlo en tres aspectos. Se establece, de un lado, que, para respaldar la independencia de la Corte, la Unión y sus Estados miembros deberán animar a los Estados parte para que hagan efectiva su contribución; hacer esfuerzos para lograr la firma y ratificación del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte; y esforzarse por respaldar el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la Corte. De otro lado, la Unión y sus Estados miembros seguirán de cerca la evolución relativa a la cooperación efectiva con la CPI y, en este contexto y por lo que se refiere a los obstáculos que a ella están poniendo los Estados Unidos, llamarán «la atención, cuando sea necesario, de terceros Estados acerca de las conclusiones del Consejo de 30 de septiembre de 2002 sobre la Corte Penal Internacional y sobre los principios rectores de la UE anejos a dichas conclusiones, en relación con propuestas de acuerdos o arreglos relativas a las condiciones de entrega de personas a la Corte»⁴⁹. Conclusiones y principios rectores a los que nos referiremos posteriormente y que, en virtud de esta disposición, podrán ser propuestos para su adopción o seguimiento por parte de otros Estados. Finalmente, la Posición Común consagra una práctica previa en declaraciones de la Presidencia y en intervenciones ante diferentes foros internacionales en relación con la CPI, en el sentido de que los países adherentes pretenden también aplicar la Posición Común desde el día de su adopción, pretensión de la que toma nota el Consejo. Igualmente, la Presidencia pedirá que se sumen a la Posición Común los países asociados Bulgaria, Rumania y Turquía y los países de la AELC⁵⁰.

⁴⁸ Artículos 4 y 6.

⁴⁹ Artículo 5.2.

⁵⁰ Artículo 9. Ello es relevante no sólo porque la Unión Europea considere importante que estos países se sumen a la Posición Común para aumentar su efecto, sino también porque Rumania ha firmado un acuerdo bilateral con los Estados Unidos en relación con las condiciones de entrega a la Corte y Turquía ni tan siquiera ha firmado hasta la fecha el Estatuto de Roma.

II. LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LOS ÁMBITOS MATERIALES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En el ámbito de lo que, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, queda del tercer pilar también se ha generado una deriva que plantea la acción jurídica de la Unión Europea en relación con la CPI. De alguna manera, al principio de cooperación internacional y asistencia judicial a la CPI al que se han comprometido los Estados parte en el Estatuto de Roma se añade, en el marco de la Unión Europea, una cooperación horizontal más estrecha entre los Estados miembros de la Unión Europea para facilitar la investigación y el enjuiciamiento efectivo a nivel nacional —o, complementariamente, por la CPI— de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. A este respecto conviene analizar, de un lado, las bases jurídico-políticas de la actuación de la Unión Europea en relación con la cooperación policial y judicial en materia penal en los ámbitos materiales de competencia de la CPI y, de otro lado, la Decisión del Consejo de 13 de junio de 2002 estableciendo la red europea de puntos de contacto en relación con personas *responsables de los crímenes que son competencia de la Corte* y la Decisión de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

1. LAS BASES JURÍDICO-POLÍTICAS DE LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LOS ÁMBITOS MATERIALES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Como es sabido, el Tratado de Amsterdam introdujo sustanciales modificaciones a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (CAJAI) incorporada como tercer pilar en el Tratado de la Unión Europea adoptado en Maastricht en 1992. A nuestros efectos, interesa destacar que mientras que algunos ámbitos de los asuntos de justicia e interior pasaron a ser comunitarizados en el nuevo Título III del TCE, otros ámbitos conforman el tercer pilar residual redefinido con un nuevo nombre y concepción en el Título VI del TUE, que viene configurado por

la cooperación policial y judicial en materia penal. En conjunto, se trata de un sector cada vez más importante que se enmarca en el proceso de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, convertido como objetivo de la Unión Europea en el artículo 2 del TUE y que tiene como fundamento amparar la libre circulación de personas y sus consecuencias en el territorio de la Unión ⁵¹.

Más concretamente, el Título VI del TUE tiene como orientación fundamental la de ofrecer «un alto grado de seguridad» dentro de este espacio de libertad, seguridad y justicia ⁵², pero que se deja reservado al ámbito de la cooperación intergubernamental porque, como ya hemos señalado, las cuestiones policiales y judiciales en materia penal están estrechamente vinculadas «al ejercicio de la coerción propio del núcleo duro de la soberanía estatal» ⁵³. Pese a estas dificultades, se han ido desarrollando diferentes instrumentos y mecanismos que facilitan la cooperación policial y judicial en esta materia ⁵⁴, los más recientes y destacados de los cuales son la creación en el año 2002 de Eurojust y la adopción de la orden de detención y entrega europea ⁵⁵.

El artículo 34 de este Título VI del TUE faculta al Consejo para la adopción, por unanimidad, de posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y la celebración de convenios, instrumentos todos ellos para arti-

⁵¹ Vid., sobre ello, A. del VALLE GÁLVEZ: «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, n.º 3, pp. 41-78 y I. LIROLA DELGADO: «El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal» en A. OLESTI RAYO: *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, ed. J. M. Bosch, Barcelona 2000, pp. 193-236. Sobre las modificaciones de este tercer pilar en el Tratado de Niza vid. F. Javier QUEL LÓPEZ: «Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, n.º 9, pp. 117-144.

⁵² Artículo 29 del TUE.

⁵³ A MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid 2002, 3ª edición, p. 697.

⁵⁴ Vid., en general sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, la recopilación de textos e instrumentos de F. J. CARRERA HERNÁNDEZ; N. NAVARRO BATISTA: *El espacio de libertad, seguridad y justicia*, ed. Tecnos, Madrid 1999.

⁵⁵ Decisión 2002/187/JAI del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DOCE, L 63 de 6 de marzo de 2002) y Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE, L 190 de 18 de julio de 2002).

cular la cooperación policial y judicial en materia penal. De entre estos actos conviene subrayar la distinción entre decisiones marco y decisiones. Las primeras (letra b del apartado 2) servirán para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros y obligan en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Las decisiones (letra c del mismo apartado) podrán tener cualquier otro fin coherente con los objetivos del Título VI, con exclusión del objeto de las decisiones marco, lo que las hace estar llamadas a convertirse en el acto más importante para la regulación de los elementos operativos del espacio de libertad, seguridad y justicia dependiente del tercer pilar⁵⁶. Estas decisiones serán obligatorias, pero no tendrán efecto directo. Además, el Consejo adoptará por mayoría cualificada medidas que permitan aplicar estas decisiones a escala de la Unión.

En este contexto, ha de señalarse que la cooperación policial y judicial en materia penal en relación con los crímenes competencia de la CPI encaja plenamente dentro de los actos e instrumentos adoptados para articular esta cooperación. La única peculiaridad es que se trata de un tipo de crímenes de trascendencia internacional y de especial gravedad, en relación con los cuales la jurisdicción de la CPI puede operar con carácter complementario. Sucede, así, que los ámbitos materiales de competencia de la CPI introducen simplemente un nuevo factor, ya que los Estados miembros de la UE —todos ellos partes en el Estatuto de Roma— están obligados a cooperar con la CPI y a establecer las correspondientes disposiciones procesales y penales en su ordenamiento interno a tal efecto. En este sentido, los mecanismos de cooperación policial y judicial en materia penal adoptados por la UE han de permitir, sin duda, la cooperación policial y judicial también en relación con este tipo de delitos facilitando tanto la persecución y enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de sus autores⁵⁷ como, en su caso, la cooperación con la CPI. Sin

⁵⁶ Vid. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión ...*, op. cit., p. 701.

⁵⁷ En este sentido, resultan plenamente operativas a estos efectos las disposiciones que garantizan una cooperación judicial rápida y eficaz establecidas en el Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea adoptado por Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000 (DOCE C 197 de 12 de julio de 2000) y el Protocolo del Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros adoptado por Acto del Consejo de 16 de octubre de 2001 (DOCE C 326 de 21 de noviembre de 2001).

embargo, las características peculiares de estos crímenes llevaron al Consejo a la adopción de dos decisiones reforzando la cooperación.

2. LAS DECISIONES DEL CONSEJO EN RELACIÓN CON LA COOPERACIÓN EN LOS ÁMBITOS MATERIALES DE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como hemos indicado, el Consejo adoptó una Decisión el 13 de junio de 2002 en relación con la creación de una red europea de puntos de contacto⁵⁸ y otra Decisión el 8 de mayo de 2003⁵⁹ con la finalidad de reforzar la cooperación en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes competencia de la CPI. La primera Decisión, adoptada a iniciativa de los Países Bajos⁶⁰, tiene como premisa de partida la necesidad de que los Estados parte en el Estatuto de Roma, incluidos los Estados miembros de la Unión Europea, cooperen estrechamente en la lucha contra estos crímenes y, para ello, «la cooperación se verá reforzada cuando los Estados miembros hagan posible una comunicación directa entre puntos de contacto especializados centralizados», con lo que «será posible tener una visión más completa de las personas implicadas en esos crímenes y determinar en qué Estados miembros son objeto de investigación»⁶¹. Se pone así de relieve que el buen fin de la investigación y el enjuiciamiento efectivos de estos crímenes a nivel nacional depende en gran medida

⁵⁸ Decisión 2002/494/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DOCE L 167 de 26 de junio de 2002).

⁵⁹ Decisión 2003/335/JAI del Consejo de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DOCE L 118 de 14 de mayo de 2003).

⁶⁰ Iniciativa del Reino de los Países Bajos con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DOCE, C 295, de 20 de octubre de 2001, p. 7). Vid., asimismo, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 9 de abril de 2002 (DOCE C 127 de 29 de mayo de 2003) adoptada sobre la base del Informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del que fue ponente Timothy Kirkhope (Informe A5-0036/2002).

⁶¹ Párrafos 10 y 11 del preámbulo de la Decisión sobre la red de puntos de contacto.

de una cooperación más estrecha entre las diferentes autoridades que participan en la lucha contra ellos. En este sentido, la segunda Decisión, adoptada a iniciativa de Dinamarca⁶² tiene por objeto «incrementar la cooperación entre las unidades nacionales a fin de potenciar la capacidad de las autoridades policiales y judiciales de los diferentes Estados miembros para cooperar eficazmente en el ámbito de la investigación y el enjuiciamiento de las personas que hayan cometido o hayan participado» en los crímenes competencia de la Corte.

Las Decisiones del Consejo establecen asimismo en sus respectivos preámbulos consideraciones de orden político-jurídico. Entre otros temas, se insiste, de un lado, en que estos crímenes tan graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar impunes y que, a tal fin, han de adoptarse medidas de ámbito nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que efectivamente sean sometidos a la acción de la justicia; de otro lado, se establece explícitamente que, salvo cuando sea aplicable el derecho internacional (es decir, cuando sean aplicables normas como el propio Estatuto de la CPI u otras normas) la investigación, el enjuiciamiento y el intercambio de información en relación con casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra seguirán siendo responsabilidad de las autoridades nacionales.

Por lo que se refiere a la determinación de la base jurídica cabe hacer una distinción entre las dos decisiones: para la creación de la red europea de puntos de contacto ha de señalarse que la base jurídica elegida condiciona claramente su alcance, es decir, si aborda la cooperación policial y judicial o solamente la de carácter policial. La propuesta holandesa establecía como base jurídica, junto al artículo 34.2 letra c) del Título VI del TUE —que, como hemos dicho, prevé la adopción de «decisiones»—, la del artículo 31 del mismo Título en vez de la del artículo 30, finalmente adoptado como base jurídica complementaria. La diferencia no es baladí: el artículo 31 se refiere a la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal, mientras que el artículo 30 se refiere a la acción en

⁶² Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo sobre investigación y enjuiciamiento, entre otros, de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (DOCE C 223 de 19 de septiembre de 2002). Vid. igualmente la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2002 [Edición Provisional P5-TA-PROV(2002)0601] adoptada sobre la base del Informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del que fue ponente Timothy Kirkhope (Informe A5-0429/2002).

común en el ámbito de la cooperación policial. Lo que nos lleva a considerar definitivamente que la creación de la red de puntos de contacto apunta más bien exclusivamente a la cooperación policial y al intercambio de información. Por el contrario, la Decisión de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento, tiene como base jurídica, junto al artículo 34.2.c), los artículos 30 y 31, es decir, tanto la dimensión judicial como la dimensión policial.

La Decisión sobre la red de puntos de contacto establece en su dispositivo que cada Estado designará un punto de contacto para el intercambio de información sobre la investigación de los casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La función de estos puntos de contactos será facilitar, previa solicitud, toda información de que se disponga que pueda ser pertinente en el contexto de investigaciones sobre los casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y cooperar con las autoridades nacionales competentes. Como se indica en el artículo 2, ello se llevará a cabo «de acuerdo con los arreglos pertinentes entre Estados miembros y con la legislación nacional vigente». Igualmente, dentro de los límites establecidos por la legislación nacional vigente, los puntos de contacto podrán intercambiar información pertinente sin mediar solicitud. La Decisión establece, por último, que, aunque surtirá efecto el día de su adopción, los Estados miembros garantizarán, a más tardar un año después de que surta efecto, su capacidad para la cooperación a pleno rendimiento conforme a lo dispuesto en ella (artículo 4).

Por su parte, la Decisión de 2003 establece una obligación genérica de cooperación en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes competencia de la Corte y a tal fin, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que «las autoridades competentes en materia de inmigración y las autoridades policiales y judiciales estén en condiciones de intercambiar la información necesaria para ejecutar eficazmente sus tareas» (artículo 2.2). Se establece asimismo un mecanismo de coordinación entre los Estados miembros mediante los puntos de contacto establecidos en la Decisión anterior y en conjunción con la Red Judicial Europea⁶³. Por lo que se refiere a su aplicación, los Estados miembros adoptarán

⁶³ Establecida mediante la Acción común 98/428/JAI de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea una red judicial europea (DOCE L 191 de 7 de julio de 1998).

las medidas necesarias para atenerse a lo dispuesto en la Decisión antes del 8 de mayo de 2005 (artículo 7).

En definitiva, y a tenor de los instrumentos ya existentes sobre asistencia policial y judicial en materia penal, el *plus* que introducen estas dos Decisiones no es especialmente relevante y, en todo caso, se agota en la recogida e intercambio de información y en la cooperación genérica en relación con la investigación y el enjuiciamiento. Más que la especialidad de los crímenes, lo que quizás justifica las Decisiones del Consejo es el supuesto de que, como muchos de estos crímenes habrán tenido lugar —presumiblemente— fuera de las fronteras de los Estados miembros, los servicios de policía pueden tener dificultades para obtener información suficiente o para verificar la exactitud de la información obtenida. Y por ello, la Decisión de 2003 subraya también especialmente la necesidad de que las autoridades competentes en materia de inmigración tengan la información suficiente respecto a presuntos responsables de estos crímenes.

III. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LAS PRESIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS CONTRA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La entrada en vigor del Estatuto de Roma provocó un aumento de la oposición de los Estados Unidos ante la que las posiciones puestas de manifiesto por la Unión Europea pondrán de relieve tanto sus ambivalencias como los problemas jurídicos y políticos subyacentes en el propio Estatuto de la CPI. La ofensiva de los Estados Unidos se manifestó, de un lado, en relación con su participación en operaciones de mantenimiento de la paz y, de otro lado, en relación con la propuesta de acuerdos de carácter bilateral relativos a las condiciones de entrega a la Corte. Antes de abordar estos dos aspectos conviene referirse, de manera general, a los fundamentos de la oposición de los Estados Unidos.

1. LA OFENSIVA DE LOS ESTADOS UNIDOS CONTRA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La oposición de los Estados Unidos, aunque incrementada con la administración Bush, ya venía del propio proceso de elaboración del Esta-

tuto de Roma. De hecho, durante la Conferencia Diplomática de Roma, los Estados Unidos obtuvieron bastantes concesiones que, sin embargo, no fueron suficientes para persuadir a sus administraciones de firmar y ratificar el Estatuto de Roma⁶⁴. El argumentario de los Estados Unidos contra la CPI se centra en aspectos como el carácter independiente de la fiscalía, el posible despliegue de su competencia sobre nacionales de Estados no partes en el Estatuto y la factibilidad de investigaciones y enjuiciamientos políticamente interesados; argumentos que no resultan suficientemente fundamentados⁶⁵. En este sentido, los problemas jurídicos se plantean en relación con la posición de los terceros Estados no partes en el Estatuto ante el posible ejercicio de la jurisdicción de la CPI o ante las actuaciones judiciales que pudieran adoptar los Estados parte derivadas de sus obligaciones de cooperación con la CPI⁶⁶. La preocupación esencial de los Estados Unidos estriba en que, como diría su representante en la Conferencia de Roma, este país «has special responsibilities and special exposure to political controversy» sobre sus acciones, porque «it is simply and logically untenable to expose the largest deployed military force in the world,

⁶⁴ Con una clara estrategia negociadora: en aras del consenso conseguir concesiones, ambigüedades o limitación de planteamientos, para luego acabar no aceptando el texto negociado. Vid. sobre la obtención de concesiones durante la Conferencia Diplomática M. WELLER: «Undoing the global constitution: UN Security Council action on the International Criminal Court», *International Affairs*, 2002.4, p. 697.

⁶⁵ Sobre la posición de los Estados Unidos en relación con la CPI existe ya abundante bibliografía: vid., entre otros, R. WEDGWOOD: «The International Criminal Court: An American View», *European Journal of International Law*, 1999.1, pp. 93-107, en especial pp. 99-102; una posición doctrinal favorable a la ratificación del Estatuto, examinando y descartando las objeciones de los Estados Unidos, puede verse en J. SEGUIN: «Denouncing the International Criminal Court: An examination of U.S. objections to the Rome Statute», 18, *Boston University International Law Journal*, 2000, pp. 85 y ss. Vid. también, sobre la reacción de los Estados Unidos a la entrada en vigor del Estatuto, S. GÜELL PERIS: «Ofensiva jurídica contra la Corte Penal Internacional», *Política Exterior*, n.º 94, jul/ago 2003, pp. 139-151 y S. ZAPPALÀ: «The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements», *Journal of International Criminal Justice*, 1 (2003), pp. 114-134.

⁶⁶ Sobre la cuestión clave de las relaciones de la CPI con terceros Estados no partes en el Estatuto vid. G.M. DANILENKO: «ICC Statute and third States», en A. CASSESE; P. GAETA; J.R.W.D. JONES: *The Rome Statute .., op. cit.*, Vol. II, pp. 1871-1897 y J.J. PAUST: «The Reach of ICC Jurisdiction over Non-Signatory National», 33 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2000.1, pp. 1-14.

stationed across the globe to help maintain international peace and security and to defend US allies and friends, to the jurisdiction of a criminal court the US government has not yet joined and whose authority over US citizens the United States does not yet recognize»⁶⁷.

Ahora bien, existen salvaguardias suficientes para evitar que la Corte pudiera desviarse en una orientación claramente política como, por ejemplo, el hecho de que el artículo 15 establece que el fiscal —que debe reunirse según el artículo 42 unas determinadas condiciones de alta consideración moral, alto nivel de competencia, extensa experiencia práctica y que actuará de forma independiente como órgano separado de la Corte— sólo puede abrir una investigación cuando la Sala de Cuestiones Preliminares, compuesta de tres magistrados, lo autoriza⁶⁸. Otro elemento de salvaguarda es el criterio y el propio procedimiento —complejo— de elección de los jueces. Pero, en definitiva, el elemento y salvaguarda fundamental lo constituye el «principio de complementariedad» establecido en el artículo 1 del Estatuto y que, como indica Joaquín ALCAIDE, es la «expresión de la filosofía del Estatuto de Roma»⁶⁹. Este carácter complementario de la jurisdicción de la CPI asegura que, en términos generales, la jurisdicción sobre sus propios nacionales la tendría en primer lugar su Estado nacional, en su caso los Estados Unidos si pasaran a ser partes en el Estatuto, asegurando el mantenimiento de la soberanía estatal por la vía de dejar a la CPI como el «*last resort*», que sólo se pone en marcha cuando las autoridades nacionales son incapaces o no quieren investigar y enjuiciar los

⁶⁷ Vid. las consideraciones del que fuera jefe de la delegación de los Estados Unidos ante la Conferencia Diplomática de Roma, D. J. SCHEFFER: «The United States and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, 1999.1, pp. 12 y 18. Sobre el impacto del Estatuto sobre las fuerzas de mantenimiento de la paz vid. M. ZWANENBURG: «The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?», *European Journal of International Law*, 1999.1, pp. 124-143.

⁶⁸ Artículo 57 del Estatuto de Roma. A diferencia de lo que sucede en el Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia donde las acusaciones de la fiscalía son confirmadas por un solo juez.

⁶⁹ Vid. J. ALCAIDE: «La complementariedad de la CPI y de los tribunales nacionales. ¿Tiempos de «ingeniería constitucional»?», en J. A. CARRILLO SALCEDO (coord.): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, en especial pp. 413 y ss.. Vid., asimismo, F. LATTANZI: «Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des États», *Revue Générale de Droit International Public*, 1999.2, pp. 425-444.

crímenes graves de trascendencia internacional a los que el Estatuto se refiere⁷⁰.

Además, la preocupación por el alcance político que pudiera tener la CPI se ve también contrarrestada por la constatación de que la Corte no puede, a falta de una definición del crimen de agresión y de la operatividad de este crimen, investigar la legalidad de una acción militar —donde, en todo caso, sería más factible que se pudiera producir esta politización— sino tan solo los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio⁷¹.

En este contexto, y aunque el 31 de diciembre de 2000⁷², poco antes de finalizar su mandato, el Presidente Clinton firmó el Estatuto de Roma, los Estados Unidos, con una nueva administración y después del 11 de septiembre, optaron el 6 de mayo de 2002 —cuando la entrada en vigor del Estatuto ya tenía fecha fija para el 1 de julio de 2002— por «retirar la firma»⁷³. El anuncio formal por parte de los Estados Unidos de que se consideraba liberado de cualquier obligación jurídica resultante de la firma del Estatuto fue acogido con decepción y pesar por la Unión Europea, como se encargó de precisar una declaración de la Presidencia⁷⁴. Se trata, además, de una circunstancia que, como mínimo, constituye un su-

⁷⁰ Argumento sobre el que incide para denunciar la posición contraria de los Estados Unidos, J. SEGUIN: «Denouncing the International ..», *op. cit.*, p. 94. Sobre las cuestiones de admisibilidad y la operatividad del principio de complementariedad vid. el artículo 17 del Estatuto.

⁷¹ Como es sabido, aunque se trate de uno de los crímenes competencia de la Corte, ésta sólo ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición en la que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales ejercerá su competencia (artículo 5 del Estatuto). En este sentido, cabe suponer que la CPI sabrá distinguir entre el *ius in bello* y el *ius ad bello*.

⁷² El Estatuto de Roma estuvo abierto a la firma hasta el 31 de diciembre de 2000 (artículo 125).

⁷³ Vid. la carta de los Estados Unidos al Secretario General de 27 de abril de 2002 (recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas en fecha 6 de mayo de 2002) solicitando que su intención de no convertirse en parte del Estatuto se reflejara en la lista sobre el estado de ratificaciones que mantiene el depositario [reproducida en 41 *ILM* 1014 (2002)].

⁷⁴ Declaración de la Presidencia de 14 de mayo de 2002 (*Bol. UE* 5-2002, punto 1.6.16). En la declaración se reiteraba una vez más la convicción de la UE de que «las preocupaciones expresadas por Estados Unidos respecto de las futuras actividades de la CPI carecen de fundamento y de que el Estatuto de Roma ofrece todas las garantías necesarias frente a un uso inapropiado de la Corte con fines políticos».

puesto atípico a la luz del derecho de los tratados y de la obligación para los Estados firmantes de un tratado de no frustrar su objeto y fin⁷⁵, y que demostraba la voluntad y la animadversión de la administración Bush hacia la entrada en vigor y el funcionamiento del Estatuto de Roma.

La oposición de la administración Bush se configura en su proyección exterior como paralela a la adopción de legislación nacional, concretamente del proceso que llevaría a la adopción de la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA)⁷⁶. Esta tiene la doble dimensión que hemos señalado y que vamos a abordar seguidamente: de un lado, prohíbe la participación de los Estados Unidos en operaciones de las Naciones Unidas a menos que se adopte una exención permanente o *ad hoc* para las fuerzas de Estados Unidos frente a la persecución de la CPI; y, de otro lado, establece la exclusión de asistencia militar a partir de 1 de julio de 2003 a cualquier Estado parte en el Estatuto, salvo los de la OTAN, a menos que tal Estado haya concluido un acuerdo con los Estados Unidos previniendo la entrega de personal de los Estados Unidos a la Corte. Desde la perspectiva de la UE, baste señalar en este momento que el Consejo expresó su inquietud⁷⁷ y que el Parlamento Europeo se pronunció el 4 de julio sobre este proyecto de ley señalando que rebasaba «ampliamente el derecho soberano de los Estados Unidos de no participar en la Corte, puesto que contiene disposiciones que podrían obstaculizar sus trabajos y menoscabar su acción, e incluso podría penalizar a los países que han optado por apoyarla»⁷⁸.

⁷⁵ Como señala el Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados.

⁷⁶ Firmada finalmente por el Presidente Bush el 2 de agosto de 2002. La propia ley prevé diferentes cláusulas que permiten al Presidente hacer excepciones y continuar suministrando asistencia si se estima necesario para la seguridad nacional (vid. un breve resumen de las principales cláusulas de la ley en «Contemporary Practice of the United States», *American Journal of International Law*, 2002.4, pp. 975-977).

⁷⁷ Vid. las Conclusiones del Consejo de 17 de junio de 2002 (Documento 9717/02 de la Sesión n.º 2437 del Consejo Asuntos Generales, p. 23).

⁷⁸ Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2002, Edición provisional P5_TA-PROV(2002)0367.

2. LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN EN OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Tanto en la *American Servicemembers' Protection Act* como en su actuación exterior, la administración Bush ha planteado el rechazo a la participación de personal de los Estados Unidos en operaciones de mantenimiento de la paz a menos que estuviera garantizada su inmunidad ante la CPI, lo que ha llevado a la adopción de dos resoluciones del Consejo de Seguridad al respecto basadas en el artículo 16 del Estatuto de Roma⁷⁹. La demanda de los Estados Unidos de garantizar la inmunidad frente a la CPI de su personal participante en operaciones de mantenimiento de la paz se situó ante el Consejo de Seguridad cuando era próxima la entrada en vigor del Estatuto de la CPI. A un primer intento de bloquear una misión de las Naciones Unidas⁸⁰, siguió un definitivo bloqueo, con veto incluido, el 30 de junio de 2002, a la renovación de la Misión de las Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina (UNMIBH), en plena coincidencia con la entrada en vigor del Estatuto⁸¹.

Concretamente, el mandato de la UNMIBH expiraba el 21 de junio y en esa fecha se adoptó la resolución 1418 (2002)⁸² por la que se prorrogaba técnicamente el mandato hasta el 30 de junio, fecha en la que los

⁷⁹ El artículo 16 del Estatuto de Roma establece que «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

⁸⁰ Se trata de una preocupación que el embajador Negroponte ya había expresado en mayo de 2002 cuando el Consejo de Seguridad deliberó acerca de la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNMISSET), en la que los Estados Unidos sólo tenían destacados tres oficiales.

⁸¹ En efecto, de un lado, Bosnia-Herzegovina era uno de los países que el 11 de abril de 2002 había ratificado el Estatuto, con lo que se alcanzaron las sesenta ratificaciones necesarias para su entrada en vigor y, de otro lado, la UNMIBH era la primera operación con participación de personal de los Estados Unidos cuya expiración y, en su caso, renovación de mandato coincidía con la entrada en vigor del Estatuto de Roma.

⁸² De 21 de junio de 2002 (vid. la sesión 4458ª del Consejo de Seguridad, Documento S/PV.4558).

Estados Unidos vetaron la renovación del mandato. En esa misma fecha se adoptó otra prórroga técnica hasta el 3 de julio⁸³ y una tercera resolución prorrogó el mandato hasta el 15 de julio⁸⁴. Es decir, hasta tres resoluciones en un plazo de poco más de tres semanas se llegaron a aprobar posponiendo para una fecha ulterior la decisión sobre la renovación de la operación de las Naciones Unidas⁸⁵. Al respecto, la Unión Europea lamentó, el 1 de julio, el veto de los Estados Unidos y la difícil situación en la que se había puesto al Consejo de Seguridad expresando su aceptación de cualquier solución que fuera conforme con el Estatuto y no menoscabara el funcionamiento de la CPI⁸⁶.

En relación con este bloqueo de los Estados Unidos ha de señalarse que para que nacionales de los Estados Unidos participantes en una operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estuvieran ex-

⁸³ Prácticamente *in extremis*, mediante la resolución 1420 (2002) de 30 de junio, adoptada sobre la base de un proyecto de resolución presentado por Francia, Irlanda, Noruega y el Reino Unido (Documento S/2002/716) y aprobado unánimemente en el 4564ª sesión del Consejo (Documento S/PV.4564).

⁸⁴ Resolución 1421 de 3 de julio de 2002 sobre la base del proyecto de resolución (Documento S/2002/724) aprobado unánimemente en la 4566ª sesión del Consejo (Documento S/PV.4566).

⁸⁵ La preocupación por esta situación fue puesta de manifiesto por la Comisión Preparatoria de la CPI, que estaba celebrando su décimo período de sesiones, en una Declaración de 3 de julio en la que transmitía «su profunda preocupación por la situación que tiene lugar en el Consejo de Seguridad en relación con la Corte Penal Internacional y las actividades internacionales de mantenimiento de la paz», instando a todos los Estados a salvaguardar el funcionamiento efectivo e independiente de la CPI y haciendo un llamamiento a los miembros del Consejo de Seguridad para «que el desenlace de esa situación respete plenamente la letra y el espíritu» del Estatuto de la CPI (Vid. la *Declaración de la Comisión Preparatoria de fecha 3 de julio de 2002 transmitida por el Presidente de la Comisión al Presidente del Consejo de Seguridad con copia a los miembros del Consejo y al Secretario General*, Documento PCNICC/2002/L.3, reproducida asimismo en *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su décimo período de sesiones 81 a 12 de julio de 2002*, Documento PCNICC/2002/L.4/Rev.1, párr. 12).

⁸⁶ Vid. la declaración de la Presidencia ya citada de 1 de julio de 2002 (*Bol. UE 7/8-2002*, punto 1.6.38). Otro elemento presente en la preocupación de la Unión Europea era el hecho de que una abrupta interrupción de la UNMIBH, incluida la *International Police Task Force* (IPTF) podía poner en peligro la sustitución de ésta prevista para el 1 de enero de 2003 por parte de la Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE). Se trata de la primera operación policial fuera de sus fronteras que capitanea la Unión Europea y que pudo, finalmente, desplegarse el 1 de enero de 2003.

puestos a una posible investigación por parte de la CPI sería necesario el cumplimiento acumulativo de tres condiciones: en primer lugar, que los Estados Unidos contribuyera con personal a la operación de mantenimiento de la paz; en segundo lugar, que este personal de los Estados Unidos en la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estuviera en el territorio de un Estado que hubiera ratificado y, por tanto, fuera parte en el Estatuto de Roma; y, en tercer lugar, que no existiese otro Tribunal, como el Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, que tuviese primacía. En relación con la operación de las Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina se daban las dos primeras condiciones (participaban nacionales de los Estados Unidos y Bosnia-Herzegovina había ratificado el Estatuto⁸⁷), pero no la tercera; es decir que, en su caso y si se dieran las circunstancias, quien tendría competencia —y, además, con carácter de primacía— sería el Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia. Así lo subrayaron ante el Consejo de Seguridad los representantes de Francia y de Gran Bretaña argumentando la falta de fundamento de las preocupaciones de los Estados Unidos y para poner de relieve que el establecimiento de este Tribunal *ad hoc* no planteó, en su momento, problemas para los Estados Unidos⁸⁸.

La oposición de los Estados Unidos y su veto de 30 de junio fue justificado por el embajador Negroponte en la necesidad de asegurar para los Estados Unidos su jurisdicción nacional sobre su personal y sus funcionarios que participasen en operaciones de las Naciones Unidas. A tal efecto

⁸⁷ Incluso Bosnia-Herzegovina, para facilitar la prórroga del mandato de la UNMIBH declaró su disposición a examinar modalidades para el traslado, la entrega o la extradición de personas que hayan cometido crímenes bajo la jurisdicción del Estatuto de Roma, «a fin de llegar a un acuerdo mutuamente aceptable sobre esta cuestión» (vid. la intervención de su representante en la sesión del Consejo de Seguridad de 10 de julio, Documento S/PV.4568 Resumption 1).

⁸⁸ Vid. las intervenciones de los representantes de Francia y del Reino Unido en la sesión del Consejo de Seguridad de 30 de junio (Documento S/PV.4563). Tal como indicaba el Secretario General, la situación con respecto a la jurisdicción criminal internacional en el territorio de la antigua Yugoslavia «is the same after 1 July 2002, as before that date»; además, el Secretario General había comunicado al Secretario de Estado de los Estados Unidos que una circunstancia como la que provocaba la preocupación y el veto de los Estados Unidos era altamente improbable (vid. la carta del Secretario General de 3 de julio de 2002 dirigida al Secretario de Estado de los Estados Unidos reproducida en <http://www.iccnw.org/html/SGlettertoSC3July2002.pdf>). Al año siguiente, el Secretario General reiteraría lo hipotético e improbable del supuesto (vid. su intervención en la sesión 4772ª del Consejo de 12 de junio de 2003, Documento S/PV.4772).

insistía en buscar una fórmula que proveyera inmunidad a las operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz y que quedara reflejada en el acuerdo sobre el estatuto de la fuerzas o en el acuerdo sobre el estatuto de la misión y que resultara de conformidad con el artículo 98 del Estatuto de Roma⁸⁹. Fueron Francia y el Reino Unido los que también propusieron al Consejo la utilización de la fórmula del artículo 16 del Estatuto de Roma⁹⁰.

En su intervención el 10 de julio la representante danesa⁹¹ señaló que, ante el temor de Estados Unidos de verse envuelto en persecuciones políticas, suficientes salvaguardas estaban establecidas en el Estatuto y subrayó el apoyo firme de la Unión Europea a la creación y funcionamiento eficaz de la Corte y a lograr su respaldo universal en la línea de la Posición Común revisada. En este sentido, además del hecho de que la propuesta de utilización de la vía del artículo 16 se la adjudicaron también Francia y el Reino Unido, ha de destacarse la intervención de la representante de la presidencia danesa en la medida en que, hablando en nombre de la Unión Europea, aunque apuntó que podría invocarse el artículo 16 del Estatuto de Roma, no se pronunció de manera definitiva sobre la vía propuesta y se limitó a instar a los miembros del Consejo a lograr una solución que no dañase la integridad del Estatuto y garantizase una continuación sin

⁸⁹ Vid. su intervención en la sesión de 30 de junio de 2002 (Documento S/PV.4563).

⁹⁰ En su declaración ante el Consejo de Seguridad, el representante francés destacó este hecho cuando señaló las dos vías existentes: la de utilización del artículo 98 o la utilización del artículo 16 (vid. su intervención en la sesión de 30 de junio de 2002, Documento S/PV.4563). Ambas vías deberían servir para buscar un diálogo constructivo y de consenso en el seno del Consejo de Seguridad, lo que tardaría algunos días en alcanzarse en consultas previas de carácter oficioso. Al respecto, Canadá —Estado no miembro del Consejo de Seguridad— señaló que los debates y las consultas a puerta cerrada resultaban «incompatibles con los principios subyacentes al método de trabajo adoptado» por el Consejo en los últimos años (vid. Documento S/2002/723) lo que condujo finalmente a la sesión pública y abierta a numerosos Estados no miembros del Consejo que intervinieron el 10 de julio de 2002 (Documento S/PV. 4568).

⁹¹ Hablando en nombre de la Unión Europea y subrayando que los países de Europa Central y Oriental asociados a la UE (Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania, Eslovaquia, y Eslovenia) y los países asociados Chipre, Malta y Turquía, así como Islandia y Liechtenstein, países pertenecientes a la AELC y miembros del Espacio Económico Europeo, hacían suya también esta declaración (vid. su intervención en la 4568ª sesión del Consejo, Documento S/PV.4568).

interrupción de las operaciones de mantenimiento de la paz. Lo que evidencia, cuanto menos, la dificultad de convenir una posición de consenso en el marco de la Unión.

Finalmente, el 12 de julio de 2002, el Consejo de Seguridad adoptó por unanimidad la resolución 1422 (2002)⁹² por la que, con arreglo al Capítulo VII de la Carta, pedía a la CPI que «si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario», expresando también su intención de renovar la petición para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario. Desde la perspectiva de la UE, el acuerdo de 12 de julio fue considerado por la presidencia danesa⁹³ como un acuerdo «that does not harm» la integridad del Estatuto de Roma y garantiza la continuación de las misiones de paz, especialmente por lo que se refería a la Misión de las Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina (UNMIBH), ya que el acuerdo permitió extender su mandato hasta finales de año⁹⁴. Por su parte, el Parlamento Europeo se pronunció el 26 de septiembre de 2002 lamentando la adopción de la resolución 1422 (2002) y pidiendo que se actuase con firmeza contra la renovación de la resolución del Consejo de Seguridad en julio de 2003⁹⁵.

En efecto, antes de que transcurrieran los doce meses, los Estados Unidos plantearon de nuevo ante el Consejo de Seguridad la renovación de la petición a la Corte para que no iniciara ni prosiguiera, durante otro período de doce meses, investigaciones o enjuiciamientos que pudieran afectar a *participantes en operaciones de mantenimiento de la paz nacionales de Estados no partes en el Estatuto de Roma*. La nueva resolución

⁹² En la 4572ª sesión de 12 de julio de 2002 (Documento S/PV.4572), sobre la base del proyecto de resolución preparado durante el transcurso de las consultas previas del Consejo (Documento S/2002/747).

⁹³ Vid. la declaración de la Presidencia de 13 de julio de 2002 en www.eu2003.dk.

⁹⁴ Mediante la resolución 1423 (2002) del Consejo de Seguridad de 12 de julio de 2002.

⁹⁵ Resolución de 26 de septiembre de 2002, Edición provisional P5_TA-PROV (2002)0449.

del Consejo de Seguridad⁹⁶ es una reproducción literal de la 1422 (2002) pero, en este caso, no fue adoptada por unanimidad y, aunque no obtuvo ningún voto en contra, contó con tres abstenciones entre ellas, además de Siria, las de Francia y Alemania. Más que el contenido, los acontecimientos internacionales del último año habían agravado una cierta fractura en los vínculos transatlánticos; fractura que también incide en una creciente fractura intraeuropea ya que, mientras que Francia y Alemania se abstuvieron, los otros miembros del Consejo de Seguridad miembros también de la UE, Gran Bretaña y España, votaron a favor⁹⁷.

Y, consecuentemente, en la declaración formulada por Grecia, en nombre de la Unión Europea, no hubo un pronunciamiento claro sobre la posición de la Unión en relación con la renovación de la petición de no iniciar ni proseguir investigaciones. Lo único que señaló al respecto el representante de la Presidencia era el pleno apoyo de la Unión al pronto establecimiento de la CPI, su convicción de que las preocupaciones expresadas por los Estados Unidos seguían siendo completamente infundadas y la consideración —compartida tanto por Francia como por el Reino Unido⁹⁸— de que no podía interpretarse la resolución 1422 (2002) como que permitiese su renovación automática. Señaló, en este sentido, que «la Unión Europea cree firmemente que la renovación automática de esta resolución menoscabaría la letra y el espíritu del Estatuto de la Corte Penal Internacional y su objetivo fundamental»⁹⁹.

⁹⁶ Resolución 1487 (2003) de 12 de junio de 2003.

⁹⁷ Lo que, evidentemente, deja en mal lugar la previsión del artículo 19.2 del TUE en relación con la concertación de posiciones en el Consejo de Seguridad; aunque los representantes del Reino Unido, Francia, Alemania y España suscribieron y apoyaron plenamente en sus intervenciones la declaración formulada por el representante de la Presidencia griega en nombre de la Unión Europea (vid. sus intervenciones en la 4772ª sesión del Consejo de Seguridad de 12 de junio de 2003, Documento S/PV.4772).

⁹⁸ El Reino Unido señaló que la resolución 1422 era una medida excepcional, sujeta al examen del Consejo y que no era permanente ni su renovación automática. Francia, que el año anterior había votado a favor, justificó su cambio de posición sobre la base de que la resolución 1422 no comportaba un compromiso de renovación automática sino una obligación de evaluar si era adecuado renovar o no la resolución, según las circunstancias; y las circunstancias eran —al menos formalmente— que la Corte se había convertido en una realidad y que la calidad y la competencia reconocidas de los miembros de la Corte garantizaban sin duda su credibilidad (vid. las respectivas intervenciones en *ibid.*).

⁹⁹ Vid. la intervención del representante de Grecia en *ibid.*.

En este orden de ideas ha de señalarse que en la redacción final del artículo 16 del Estatuto el derecho de veto puede ejercerse a favor de la competencia de la Corte¹⁰⁰. De hecho, es también lo que ha acabado sucediendo en relación con la resolución 1442 en la medida que su renovación al cabo de doce meses debía contar necesariamente con que ningún miembro permanente se opusiera, cuando lo que proponían los Estados Unidos inicialmente hubiera significado una renovación automática de la petición hasta que el Consejo de Seguridad hubiera adoptado una decisión de no renovar¹⁰¹.

Pero no es sólo su renovación. Hay elementos suficientes para discutir la conformidad de la opción adoptada por el Consejo con el artículo 16 del Estatuto de la CPI. El supuesto del artículo 16 se refiere a procesos concretos ya iniciados y no se dirige a establecer un privilegio de manera general ya que, como decía el Secretario General, el propósito de dicho artículo no era abarcar una solicitud de tal envergadura sino una más precisa relativa «a una situación concreta»¹⁰². Porque lo que no está previsto en el artículo 16 es que el Consejo de Seguridad pida a la Corte, «anticipadamente» o *pro-futuro*, que no inicie investigación o enjuiciamiento alguno contra nacionales de Estados no partes en el Estatuto que mantengan contingentes en operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas¹⁰³. El objeto del artículo 16 ha de interpretarse, por tan-

¹⁰⁰ Peores eran, en este sentido, las propuestas anteriores que proponían impedir la actuación de la Corte en relación con una situación de la que se estuviera ocupando el Consejo de Seguridad, a menos que el Consejo de Seguridad decidiera otra cosa, supuesto en el que el derecho de veto podría jugar contra la competencia de la Corte [sobre este desplazamiento en las relaciones Consejo de Seguridad/Corte Penal Internacional operado mediante la denominada «propuesta Singapur» vid., entre otros, C. STAHN: «The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)», *European Journal of International Law*, 2003.1, pp. 89-90; R. WEDGWOOD: «The International Criminal Court...», *op. cit.*, p. 97; A. PIGRAU: «La Corte Penal Internacional posible», *Agenda ONU*, Vol. 1 (1998), p. 31; y M. ARCARI: «Quelques remarques à propos de l'action du Conseil de Sécurité dans le domaine de la justice pénale internationale», *Anuario de Derecho Internacional*, 2002, p. 221].

¹⁰¹ Vid. C. STAHN: «The Ambiguities of Security Council ...», *op. cit.*, pp. 91-92 y las consideraciones de B. MACPERSON: «Authority of the Security Council to Exempt Peacekeepers from International Criminal Court Proceedings», *ASIL Insights*, julio 2002, en <http://www.asil.org/insights/insight89.htm>.

¹⁰² Vid. su intervención ya citada en la sesión del Consejo de 12 de junio de 2003 (Documento S/PV.4772).

¹⁰³ Como críticamente señalan, entre otros, C. GUTIÉRREZ ESPADA: «La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo

to, de manera excepcional, con vigencia temporal y para situaciones concretas e ir más allá en su interpretación significaría alterar el delicado equilibrio que dicho artículo representa. Sin embargo, los Estados europeos fueron conciliadores en la aceptación de la utilización forzada de la previsión del artículo 16 del Estatuto cediendo, de nuevo, a la presión de los Estados Unidos. Otros Estados, por contra, consideraron que esta acción del Consejo resultaba perjudicial «para los esfuerzos internacionales por acabar con la impunidad, para el sistema de justicia internacional», así como para la capacidad colectiva «de utilizar estos sistemas para lograr la paz y la seguridad internacionales»¹⁰⁴.

De otro lado, las dos resoluciones, tal como establece el artículo 16, se han adoptado sobre la base del Capítulo VII que, como es sabido, prevé la acción del Consejo de Seguridad en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión, correspondiendo al propio Consejo determinar su existencia; sin embargo, el Consejo no formuló la determinación a la que se refiere el artículo 39 de la Carta porque la mera posibilidad de que se produjera el suceso, poco probable de otra parte, de que el personal de mantenimiento de la paz hubiera presuntamente cometido delitos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, no podría considerarse, bajo ninguna circunstancia, como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Hay, por tanto, una falta de base sobre el Capítulo VII, a no ser que se considere suficiente para la operatividad de este Capítulo que, como se señala en el preámbulo de las dos resoluciones, «redunda en interés de la paz y la seguridad internacionales dar facilidades a los Estados Miembros para que puedan contribuir a las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad»¹⁰⁵.

de Seguridad», *Anuario de Derecho Internacional*, 2002, pp. 40-41; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002.2, p. 1000; M. ARCARI: «Quelques remarques..», *op. cit.*, págs.223-224; y del mismo M. ARCARI: «La risoluzione 1422 (2002) relativa ai rapporti tra Corte penale internazionale e forze di peacekeeping: (nuovi) problemi di legittimità dell'azione del Consiglio di sicurezza», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2002.3, p. 725.

¹⁰⁴ Como se indica en la Carta de fecha 12 de julio de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por los Representantes Permanentes del Brasil, Canadá, Nueva Zelanda y Sudáfrica (Documento S/2002/754).

¹⁰⁵ Es decir, no se identificó la «amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión» que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 de la Carta, justi-

Ha de indicarse, además, que las dos resoluciones se refieren de una manera harto amplia a la participación en operaciones «establecidas o autorizadas» por las Naciones Unidas. Concordando con una abundante práctica del Consejo de Seguridad, esta referencia puede significar que no se excluye que pudiera hacerse entrar en el ámbito de aplicación de la resolución operaciones militares de diversa naturaleza, con carácter coercitivo, autorizadas a «usar los medios necesarios» por parte del Consejo de Seguridad¹⁰⁶.

En definitiva, pese a no compartirla, los Estados miembros de la Unión Europea acabaron aceptando la posición de los Estados Unidos contribuyendo a adoptar sendas resoluciones del Consejo de Seguridad que garantizan la inmunidad de su personal participante en operaciones de mantenimiento de la paz. Pero tanto en la adopción de la primera resolución como —principalmente— en su renovación en 2003 se puso de relieve la diferencia de perspectivas entre los Estados miembros de la Unión y la falta de concertación.

ficaría el recurso al Capítulo VII (vid., por ejemplo, C. STAHN: «The Ambiguities of Security Council.», *op. cit.*, p. 87; M. WELLER: «Undoing the global constitution.», *op. cit.*, p. 707; y M. ARCARI: «Quelques remarques.», *op. cit.*, pp. 224-225), aunque ello se compensa con la discrecionalidad política del Consejo (vid. S. ZAPPALÀ: «The Reaction of the US to the Entry into Force.», *op. cit.*, p. 119).

¹⁰⁶ Esto explica también la reciente resolución del Consejo de Seguridad 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003, por la que, autorizando «el establecimiento de una fuerza multinacional en Liberia previa al establecimiento de una fuerza de estabilización de las Naciones Unidas a más largo plazo», decidió también que «los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva». Francia, Alemania y México se abstuvieron en la adopción de esta resolución precisamente por este párrafo de su dispositivo (vid. Press Release SC/7836).

3. LOS PRINCIPIOS ADOPTADOS POR EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS ACUERDOS BILATERALES RELATIVOS A LAS CONDICIONES DE ENTREGA A LA CORTE PROPUESTOS POR LOS ESTADOS UNIDOS

La otra dimensión de la ofensiva de los Estados Unidos contra la CPI pasa por la pretensión de celebrar acuerdos bilaterales por los que, teniendo en cuenta el artículo 98.2 del Estatuto, se pretende impedir la entrega a la Corte de cualquier persona nacional de los Estados Unidos. Lo que constituye claramente la continuación de la estrategia puesta en marcha por dicho país y que pasaba inicialmente por introducir en las propias Reglas de Procedimiento y Prueba la opción de garantizar la inmunidad de sus ciudadanos ante la CPI a través del Acuerdo de relaciones con las Naciones Unidas o a través de un acuerdo separado entre las Naciones Unidas y la propia Corte¹⁰⁷.

Se trata de unos acuerdos bilaterales en relación con las condiciones de entrega a la Corte que han venido en denominarse «acuerdos de inmunidad» y que los Estados Unidos han firmado desde 2002 con diferentes países¹⁰⁸. Aunque hay distintas formulaciones de estos acuerdos bilaterales, en esencia, mediante ellos se pretende cubrir tanto a los actuales como los antiguos oficiales del gobierno, los empleados (incluidos los contratistas) o personal militar o, en general, a los nacionales de cada una de las partes¹⁰⁹. Es decir, una categoría mucho más amplia de personas (cubrirían a cualquier nacional de Estados Unidos e incluso nacionales de otros países o del propio país receptor que actúen de contratistas para el go-

¹⁰⁷ Vid. sobre esta propuesta y el debate en la Comisión Preparatoria, C. KEITH HALL: «The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, 2000.4, en especial, pp. 785-786.

¹⁰⁸ Aunque es difícil obtener una información fidedigna de cuántos acuerdos bilaterales se han firmado y cuántos de ellos han entrado en vigor, a 7 de agosto de 2003, eran 57 los Estados implicados en estos acuerdos bilaterales (vid. la información actualizada y otra documentación sobre esta cuestión en el sitio web de la Coalición para la Corte Penal Internacional, <http://www.iccnw.org>).

¹⁰⁹ Hay versiones en los acuerdos bilaterales que establecen la reciprocidad y otras no recíprocas como las de Rumania que sólo garantiza la inmunidad a los nacionales de Estados Unidos y no a sus propios nacionales (sobre los modelos de acuerdos propuestos vid., en general, el sitio web citado en la nota anterior).

bierno de los Estados Unidos) de las que podrían considerarse incluidas en el supuesto de un «Estado que envíe» que, como veremos, es el previsto en el artículo 98.2 del Estatuto.

En efecto, el artículo 98.2 establece que «La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega». Pese a la deficiente redacción, ha de entenderse que el propósito que guía el artículo 98.2 —así como, de otro lado, el artículo 90 en relación con las solicitudes concurrentes y los tratados de extradición¹¹⁰— es claramente el de evitar que la cooperación con la Corte obligue al Estado requerido a incumplir otras obligaciones internacionales¹¹¹. Lo que cabe entender, en parte, ya que, «en ausencia de una disposición similar al artículo 103 de la Carta de la ONU, difícilmente podría invocarse la importancia de los bienes jurídicos protegidos por la Corte como justificación de la violación de otras disposiciones convencionales de rango presuntamente inferior»¹¹². En este sentido, lo que hace el artículo 98.2 es reconocer que los Estados pueden tener previamente existentes y vigentes acuerdos como los *Status of Forces Agreements* (SOFAs) o los *Status of Mission Agreements* (SOMAs) que obliguen a devolver al Estado que envía a sus nacionales cuando se alegue la comisión de un crimen; dándose así prioridad al Estado que envía para investigar y perseguir los crímenes cometidos por sus nacionales. Dicho así, la disposición resulta consistente con el principio de complementariedad que preside el Estatuto de la CPI, pero no deja de ser un síntoma de debilidad.

¹¹⁰ Vid. *infra*, Nota 123.

¹¹¹ Ya en el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, una previsión del artículo 90 del Proyecto establecía, entre los motivos de denegación de lo que por entonces se denominaba rogatoria de asistencia, «El cumplimiento de la solicitud conllevará el incumplimiento de una obligación existente [de derecho internacional] [convencional] respecto de otro [Estado] [Estado no parte]» (vid. el proyecto de Estatuto en *Informe del Comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Documento A/CONF.183/2/Add.1).

¹¹² Como señalan I. LIROLA DELGADO; M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal...*, *op. cit.*, p. 272. Vid. también en la misma línea C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «Algunos obstáculos en el proceso...», *op. cit.*, p. 1002.

Además, este tipo de acuerdos se refiere sólo a una limitada tipología de personas (no a todos los nacionales de un país) enviadas de un país a otro y lo que hacen normalmente es establecer una clara división de responsabilidades en relación con cuál de los dos Estados (el que envía o el receptor) debe ejercer su jurisdicción. Así, por ejemplo, el más relevante de estos acuerdos, el SOFA de la OTAN¹¹³, no establece inmunidades en sentido estricto sino tan sólo fórmulas de establecimiento de primacía entre concurrencia de jurisdicciones¹¹⁴, dejando un espacio «bien raquítico a la jurisdicción del país receptor»¹¹⁵: de un lado, establece la primacía de la jurisdicción del Estado que envía en relación con delitos cometidos en

¹¹³ Vid. el Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas de la OTAN de 19 de junio de 1951 en *UNTS*, Vol. 199, p. 67 y ss. y publicado en España en el BOE de 10 de septiembre de 1987). El artículo clave a nuestros efectos es el artículo VII (vid. el análisis sobre este artículo en J. DURET; J.M. ALLENDE-SALAZAR: *Estatuto de Fuerzas Armadas. OTAN y España*, ed. Tecnos, Madrid 1982, pp. 61-85).

¹¹⁴ En la misma línea, por ejemplo, el Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas establece, de un lado, la inmunidad penal de todos los miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas respecto de sus manifestaciones orales o escritas y de «todos los actos que realicen en su calidad oficial», correspondiendo al Representante Especial certificar, incluso en relación con posibles acciones civiles que se entablen contra miembros de la operación, si el asunto guarda relación con las funciones oficiales; de otro lado, que «los miembros militares del componente militar de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas estarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de sus respectivos Estados participantes en lo referente a todo delito cometido» en el territorio del país receptor, aunque el Secretario General obtendrá de los gobiernos participantes las seguridades de que estarán dispuestos a ejercer su jurisdicción (vid. apartados 46 a 49 del *Modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz*, Documento A/45/594). En el acuerdo con el Estado miembro que aporta contingentes a la operación de mantenimiento de la paz ya se prevé, entre otros aspectos, que el Estado participante ejercerá su jurisdicción respecto de los delitos o infracciones cometidos por su personal militar al servicio de la operación de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz, mientras que el resto de las cuestiones relativas a presuntos delitos y a la responsabilidad civil del personal aportado por un Estado se resolverán de conformidad con los procedimientos establecidos en el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas (vid. párrafos 24 y 25 del *Modelo de acuerdo entre las Naciones Unidas y Estados Miembros que aportan personal y equipo a operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz*, Documento A/46/185).

¹¹⁵ Vid. M. PÉREZ GONZÁLEZ: «Análisis del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la defensa», *Tiempo de Paz*, n.º 13, 1989, p. 31.

ejercicio de «funciones oficiales», correspondiendo la determinación de las funciones oficiales al Estado que envía¹¹⁶; de otro lado, introduce una cláusula de renuncia de jurisdicción por parte del Estado que tenga derecho preferente para ejercerla en la que se inserta la indicación de que las autoridades de dicho Estado «consideraran benévolamente las peticiones de las autoridades de otro Estado de renunciar a su derecho, en los casos en que el otro Estado considera que semejante renuncia tiene particular importancia» (artículo VII.3.c). Al margen de estas matizaciones que apuntan a la preponderancia fáctica de la jurisdicción del Estado que envía (verbigracia, los Estados Unidos), se revela claro que el objeto de los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas es solamente el de determinar a quién corresponde la responsabilidad de la investigación y enjuiciamiento de los crímenes que haya cometido un miembro de la fuerza —es decir, determinar la jurisdicción—, y en ningún caso el de procurar la inmunidad de las fuerzas del Estado que envía por los crímenes que hubiera podido cometer en el Estado receptor.

El problema principal, y está en la base de las propuestas de nuevos acuerdos propugnados por los Estados Unidos, es el de considerar si el artículo 98.2 ampara nuevos y futuros acuerdos o sólo se refiere a los ya existentes en el momento de entrar en vigor el Estatuto de Roma¹¹⁷. Pese a su confusa redacción, debe entenderse que el artículo 98.2 no permite la conclusión de nuevos acuerdos sino que se refiere exclusivamente a los acuerdos ya existentes; ha de reconocerse, sin embargo, que también puede amparar la revisión de los acuerdos o nuevos acuerdos basados en los

¹¹⁶ Aunque también es cierto que un crimen internacional de los que prevé el Estatuto de la Corte «cannot properly be classified as acts done in performance of official duty» (J.J. PAUST: «The Reach of ICC Jurisdiction..», *op. cit.*, p. 11). En este sentido y conectándolo con el principio general que establece el artículo 27 del Estatuto en relación con la improcedencia del cargo oficial, WIRTH sostiene que «any SOFA or other agreement barring the exercise of jurisdiction because of the respective person's official capacity becomes subject to article 27 and is, in effect, suspended», salvo, evidentemente, en relación con partes en el SOFA que no sean partes en el Estatuto (vid. S. WIRTH: «Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute», *Criminal Law Forum*, 2001.4, Vol. 12, p. 455).

¹¹⁷ KAUL y KREB son claros al afirmar que «on the contrary, article 98(2) was not designed to create an incentive for (future) States Parties to conclude Status of Forces Agreements which amount to an obstacle to the execution of requests for cooperation issued by the Court» (H.-P. KAUL; C. KREB: «Jurisdiction and Cooperation in the Statute..», *op. cit.*, p. 165). En sentido contrario se pronuncia, por ejemplo, R. WEDGWOOD: «The Internacional Criminal Court..», *op. cit.*, p. 103.

existentes (pensemos, por ejemplo, en la ampliación de la OTAN), lo que iría perfectamente en la línea apuntada —como vamos a ver— por los principios rectores adoptados por el Consejo de la UE.

Además, cabe sostener que cualquier acuerdo que impida a la CPI ejercer su función complementaria de actuar cuando el Estado no puede o no quiere hacerlo va en contra del objeto y fin del Estatuto, que es que los crímenes más graves de trascendencia internacional no deben quedar sin castigo; y, en este sentido, y de conformidad con el derecho de los tratados, los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe los tratados de los que sean parte y de no frustrar el objeto y fin de los tratados que hayan firmado¹¹⁸. Finalmente, ha de indicarse que la Regla 195 de las Reglas de Procedimiento y Prueba¹¹⁹ deja meridianamente claro que corresponde, en exclusiva, a la Corte decidir si una solicitud de asistencia lleva al Estado requerido a violar sus obligaciones derivadas del Derecho Internacional y no al Estado requerido, a un Estado que envíe o a un tercer Estado que, en todo caso, sólo podrán proporcionar información a la Corte¹²⁰.

¹¹⁸ Artículos 26 y 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados.

¹¹⁹ La Regla 195 dispone: «1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte. 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envía antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado» (Documento PCNICC/2000/1/Add.1). Las Reglas de Procedimiento y Prueba fueron aprobadas por la Asamblea de Estados Parte en su primer período de sesiones del 3 al 10 de septiembre de 2002 (Documento ICC-ASP/1/3).

¹²⁰ Además, cortando de raíz la vía que intentaban explorar los Estados Unidos en la Comisión Preparatoria, en su Quinto período de sesiones se recogió un «entendimiento general en el sentido de que la regla 9.19 [finalmente Regla 195] no ha de interpretarse como si exigiese o requiriese en modo alguno la negociación de disposiciones de cualquier acuerdo internacional específico por la Corte o por cualquier otra organización internacional o Estado» (vid., al respecto, el resumen de *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su quinto período de sesiones (12 a 30 de junio de 2000)*, Documento PCNICC/2000/L.3/Rev.1). Portugal, en nombre de la Unión Europea, expresó su complacencia por la fórmula aprobada que incluía «como elemento esencial» el citado entendimiento y que constituía «la única solu-

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la presión de los Estados Unidos para conseguir la firma de estos acuerdos de inmunidad en el verano de 2002 dirigida a una pluralidad de Estados, entre ellos los de la Unión, condujo a que los Ministros de Asuntos Exteriores iniciaran el análisis de las cuestiones relacionadas con la CPI en una reunión informal celebrada, bajo la presidencia danesa, los días 29 y 30 de agosto de 2002. El Parlamento Europeo, por su parte, se pronunció el 26 de septiembre de 2002 considerando que la presión política de los Estados Unidos para la adopción de los citados acuerdos bilaterales no debería dar ningún resultado, pero también se manifestó profundamente preocupado por las actitudes contradictorias ante las presiones de los Estados Unidos manifestadas por algunos Estados miembros, esperando que los gobiernos y los Parlamentos de los Estados miembros se abstuviesen de aprobar cualquier acuerdo que fuera en detrimento de la aplicación efectiva del Estatuto de Roma¹²¹.

Finalmente, el 30 de septiembre, el Consejo, en su formación de Asuntos Generales y de Relaciones Exteriores, adoptó unas conclusiones conteniendo en anexo unos «Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado parte en el Estatuto de Roma de la CPI y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte»¹²². De entrada, ha de destacarse que se trata de unas conclusiones y de unos principios rectores y no de una Posición Común adoptada formalmente por el Consejo (aunque la Posición Común de 2003 se remita a ellos), lo que denota la dificultad de establecer el consenso y el mínimo consenso alcanzado. Ciertamente que ante las pretensiones de los Estados Unidos, las conclusiones y los principios adoptados constituyen un freno, pero también han de reconocerse ciertas ambigüedades o aspectos susceptibles de diversas interpretaciones.

ción a la que cabía llegar» (vid. *Resumen de las declaraciones formuladas en el plenario en relación con la aprobación del Informe del grupo de Trabajo sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba y del informe del Grupo de Trabajo sobre los elementos de los crímenes*, Documento PCNICC/2000/INF/4).

¹²¹ Vid. la Resolución en Edición provisional, P5_TA-PROV(2002)0449. La referencia crítica apuntaba a los gobiernos del Reino Unido, Italia y, en menor medida, España, favorables a las tesis de los Estados Unidos.

¹²² Vid. *Bol. UE* 9-2002, punto 1.2.3. El texto completo de las Conclusiones del Consejo y su anexo en el Documento 12134/02 de la Sesión n.º 2450 del Consejo Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de 30 de septiembre de 2002, pp. 9-10, y reproducidas asimismo en 42 *ILM* 240 (2003).

En las conclusiones, el Consejo reitera su compromiso expresado en su Posición Común de respaldar la Corte y de promover el apoyo internacional más amplio, incluyendo la reafirmación del principio del respeto de la integridad del Estatuto y del principio de la obligación de cooperar plenamente con la Corte. Teniendo en cuenta las reticencias de los Estados Unidos se entiende que se subraya que «el Estatuto de Roma ofrece todas las salvaguardias necesarias frente al uso de la Corte en función de intereses políticos» y que «la Unión Europea se esforzará por garantizar que la Corte tenga el máximo nivel de competencia, imparcialidad, garantías procesales y justicia internacional». Igualmente, se considera que la UE y los Estados Unidos comparten plenamente el objetivo de la responsabilidad individual por lo que respecta a los crímenes más graves que conciernen a la comunidad internacional y se propone, en esta línea, intensificar el diálogo político entre la Unión Europea y los Estados Unidos en todos los asuntos relativos a la Corte.

Concretamente, ante la propuesta de los Estados Unidos de acuerdos bilaterales relativos a las condiciones de entrega, el Consejo señaló que ya existían diversos tratados bilaterales y multilaterales entre distintos Estados miembros y los Estados Unidos, así como tratados con terceros Estados que resultaban pertinentes a este respecto y tomó nota de que los Estados miembros estaban dispuestos «a entablar con los Estados Unidos una revisión de estos acuerdos, que pueden incluirse en la categoría de acuerdos definidos» en el artículo 98.2 del Estatuto de Roma. Es decir, que antes de aceptar los acuerdos bilaterales propuestos por los Estados Unidos, lo que hizo el Consejo fue plantear la posibilidad de que el mismo resultado perseguido (en el fondo, la inmunidad de nacionales de los Estados Unidos ante la Corte) pudiera ser obtenido con la aplicación o, en su caso revisión, de otros acuerdos bilaterales o multilaterales ya existentes. Entre estos otros acuerdos, están, como hemos dicho y recuerdan los principios rectores, «los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición»¹²³.

¹²³ Aunque no es objeto de nuestro estudio, cabe señalar en relación con los tratados de extradición, que el artículo 90 del Estatuto de Roma ya prevé en su párrafo 4 la posibilidad de que ante solicitudes concurrentes de la Corte y de otro Estado no parte en el Estatuto relativas a la misma persona, el Estado requerido dé prioridad a la solicitud de la Corte si ésta ha determinado que la causa era admisible, salvo que «esté obligado por alguna norma internacional a conceder la extradi-

La vertiente positiva de las conclusiones y principios rectores es que establecen claramente que, en su redactado actual, los acuerdos bilaterales propuestos por los Estados Unidos no resultaban aceptables y serían incompatibles con las obligaciones de los Estados parte en el Estatuto de Roma. Se fijan, así, tres condiciones esenciales para la posible compatibilidad de cualquier solución que se pueda adoptar al respecto. En primer lugar, se establece el principio de que ningún crimen debe quedar impune, lo que significa que cualquier solución «debe incluir disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido crímenes que sean competencia de la Corte no queden impunes», es decir, que la inmunidad no signifique impunidad¹²⁴. Así, los Estados Unidos deberán garantizar el compromiso de investigar y perseguir a los acusados de los crímenes competencia de la CPI en sus tribunales internos, en virtud del principio de complementariedad sobre el que se sustenta el Estatuto de Roma.

En segundo lugar, se establece la exigencia de no reciprocidad o, dicho de otro modo, se establecen limitaciones en cuanto a las personas en el sentido de que, cualquier solución que pueda buscarse, «debe incluir únicamente a personas que no sean nacionales de un Estado Parte en la CPI», lo que permitiría amparar a nacionales de los Estados Unidos o de otros Estados no parte en el Estatuto, pero en ningún caso a nacionales de los Estados de la UE, ya que todos ellos son parte en el Estatuto de Roma. En tercer lugar y vinculado a lo anterior, se prevé el alcance no universal de cualquier solución en el sentido de que, de un lado, toda solución debe «tomar en consideración que algunas personas gozan de estatuto o inmunidad diplomáticos en virtud del derecho internacional» (y

ción al Estado requirente». Esta norma internacional que obligue a la extradición al Estado requirente puede ser el tratado de extradición; y es más, si no hubiera norma internacional que estableciera dicha obligación, el párrafo 6 de este artículo 90 dispone que, en los casos en que sea aplicable el párrafo 4, el Estado requerido decidirá si hace entrega a la Corte o concede la extradición al Estado requirente teniendo en cuenta «todos los factores pertinentes», entre los que el citado párrafo señala algunos. Es decir, el Estado requerido puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares y aunque no medie norma internacional, conceder la extradición al Estado requirente no parte en el Estatuto.

¹²⁴ Lo que es pertinente porque en el modelo de acuerdos propuesto por los Estados Unidos se afirma la intención de investigar y perseguir los crímenes de competencia de la CPI «where appropriate», lo que deja esta formulación poco garantizada.

a ellos se refiere expresamente el artículo 98.1 del propio Estatuto de Roma); de otro lado, que toda solución «debe incluir únicamente a personas presentes en el territorio del Estado requerido porque han sido enviadas por un Estado que envíe» ya que, como señala el artículo 98.2, es necesario el consentimiento del Estado que envía para la entrega a la Corte de una persona; y, por último, que la entrega del artículo 98 «no incluirá el tránsito» al que se refiere el artículo 89 del Estatuto.

Pero las directrices también tienen aspectos negativos en la misma medida en que la formulación de estas condiciones acaba ofreciendo una impresión de ambigüedad de los principios rectores y de convalidación final de la pretensión de los Estados Unidos¹²⁵. Impresión que aumenta cuando se subraya que el objetivo que pretenden los Estados Unidos puede ser alcanzado si se toman en consideración otros acuerdos bilaterales o multilaterales ya existentes. Acuerdos que se está, además, dispuesto a revisar, ya que el Consejo elaboró los principios rectores para que los Estados miembros dispusieran de directrices para examinar «la necesidad y el alcance de posibles acuerdos o arreglos» en respuesta a la propuesta de los Estados Unidos¹²⁶. En definitiva, aunque aparenten ser un rechazo a los acuerdos propuestos por los Estados Unidos —y lo son en parte—, cabe afirmar que las conclusiones y los principios rectores adoptados por el Consejo, repletos de ambigüedades, acaban convalidando y aceptando, de nuevo, aunque con condiciones, la posición de los Estados Unidos. Juicio compartido por el Parlamento Europeo quien, expresando claramente esta impresión de ambigüedad, lamentó, en su sesión de 24 de octubre de 2002, que el Consejo no hubiera adoptado una «clara posición común» en respuesta a los esfuerzos del Gobierno de los Estados Unidos de socavar el carácter universal de la CPI, así como las «vagas indicaciones» incluidas en el acuerdo del Consejo¹²⁷.

¹²⁵ Vid. sobre los principios rectores y sus ambigüedades, S. ZAPPALÀ: «The Reaction of the US to the Entry into Force...», *op. cit.*, pp. 126-129.

¹²⁶ Además, sin pronunciarse claramente si caben o no acuerdos posteriores en el marco del artículo 98.2, los principios se refieren a que «en el acuerdo podría incluirse una cláusula de suspensión o de revisión que limite» su período de vigencia, así como a la necesidad de que la aprobación de todo nuevo acuerdo o de toda modificación de un acuerdo existente «debe ajustarse a los procedimientos constitucionales de cada Estado».

¹²⁷ Vid. la resolución de 24 de octubre de 2002 en Edición provisional, P5_TA-PROV(2002)0521.

CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto cabe concluir afirmando que, desde el primer momento, la posición política de los Estados miembros de la Unión Europea ha sido decididamente favorable y partidaria del establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente. Y aunque no se trate de un ámbito material competencia de las instituciones comunitarias, esta voluntad política ha acabado implicando también a las instituciones comunitarias en una deriva insospechada. Todo ello se ha traducido fundamentalmente en el marco de la política exterior y de seguridad común en la Posición común del Consejo relativa a la CPI, máxima expresión del apoyo político a la pronta y universal ratificación del Estatuto de Roma, a su entrada en vigor y al establecimiento efectivo y operativo de la CPI. Además, desde la perspectiva de la cooperación policial y judicial en materia penal, se ha introducido un suplementario mecanismo de cooperación mediante la creación de la red europea de puntos de contacto y establecido una obligación genérica de cooperación en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes competencia de la Corte.

En este sentido, no cabe duda de que la CPI constituye para la UE uno de los mayores logros del Derecho Internacional desde la creación de las Naciones Unidas, ya que fortalecerá la primacía del derecho y contribuirá al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Pero en la posición de la Unión Europea y de sus Estados miembros hay luces y sombras, claroscuros que son reflejo de los equilibrios entre las diversas realidades políticas. Sucede así que, aunque el Estatuto contiene suficientes salvaguardas para evitar una utilización política de la Corte, la oposición de los Estados Unidos, que no ha hecho más que aumentar con la administración Bush, ha encontrado el eco de otros países y, en parte al menos, la comprensión de los Estados miembros de la Unión Europea. Lo que se pone de manifiesto, de un lado, en la aceptación de su posición en relación con la participación de personal nacional de Estados no parte en el Estatuto en operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, con la adopción de sendas resoluciones del Consejo de Seguridad, que fuerzan la letra y el espíritu del artículo 16 del propio Estatuto; y en relación con la segunda de las cuales no ha habido concertación de los Estados miembros de la Unión y se han evidenciado claramente las disparidades políticas y una cierta fractura, que la guerra de Irak ha agravado.

De otro lado, el mantenimiento de posiciones políticas diferentes y contradictorias ante las presiones de los Estados Unidos ha llevado a la avenencia y a la búsqueda de soluciones de mínimos, consensuadas y pragmáticas sí, aunque sea a costa de desvirtuar los principios proclamados. En esto ha consistido fundamentalmente la adopción por el Consejo de las conclusiones y principios rectores en relación con los acuerdos sobre las condiciones de entrega propuestos por los Estados Unidos, plenos de vaguedades y ambigüedades: aparentan rechazar estos acuerdos, pero acaban asumiendo y aceptando la pretensión de los Estados Unidos. Todo sea por la preservación del vínculo transatlántico, con toda su importancia y con todas las contradicciones que representa para la Unión Europea y sus Estados miembros. Y no cabe duda de que la aceptación de manera subordinada de las posiciones de los Estados Unidos constituye un síntoma más de debilidad de la Unión.

Aunque, en realidad, incluso siendo uno de los mayores logros del Derecho Internacional contemporáneo, es el propio Estatuto de Roma el que expresa las debilidades y carencias presentes en el actual estadio de evolución de la sociedad internacional. Es, quizás, el Estatuto posible, pero no el que muchos hubiéramos deseado. Resulta demasiado ambivalente, débil y generoso con los Estados, como fruto de las complejas negociaciones que llevaron a su alumbramiento y de la propia estrategia negociadora de los Estados Unidos. En este sentido, entiendo que el análisis de la posición de la Unión Europea permite poner de relieve también otras consideraciones en relación con las carencias y debilidades del Estatuto de la CPI. En definitiva, aunque la posición de la Unión Europea resulte en algunos aspectos ambivalente, no deja de ser fiel reflejo de las realidades y debilidades, tanto del proyecto político de la Unión Europea como del propio Estatuto de Roma.

RESUMÉ

L'objet de cette étude est l'analyse de la position de l'Union européenne par rapport à la création et mise en fonctionnement de la Cour Pénale Internationale. Quoiqu'il s'agisse, par principe, d'une question étrangère au cadre des compétences de l'Union, il n'y a pas de doute qu'une dérive, plutôt politique que strictement juridique, s'est déclenchée avec un contenu clair d'appui à l'établissement de la CPI. Ce qui est perceptible autant par rapport à la politique extérieure et de sécurité commune, que par rapport à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Des instruments de coopération intergouvernementale relevant de ces deux piliers ont été adoptés dans le cadre de l'Union.

Cependant, la position de l'Union européenne vis-à-vis les constantes pressions des États-Unis contre la CPI fera ressortir les réalités et perspectives politiques distinctes qui existent au sein de l'Union européenne, se reflétant clairement dans la position ambiguë et condescendante de l'Union par rapport à ces pressions. Celles-ci consistant, essentiellement, en la réclamation de l'immunité de son personnel participant dans des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, ainsi qu'en la proposition de célébration d'accords bilatéraux relatifs aux conditions de livraison à la Cour. L'analyse de la position de l'Union européenne face à ces pressions nous permet, en plus, de mettre en relief d'autres considérations par rapport aux carences et faiblesses du statut de la CPI lui-même.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the analysis of the European Union's position in relation with the creation and establishment of the International Criminal Court. Despite not falling in principle under the European Union's sphere of competence, a more political rather than legal process has undeniably been started with a clear content, supportive of the ICC. This may be perceived in the context of both, the Common Foreign and Security Policy and the Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters pillars, where intergovernmental co-operation instruments have been adopted.

However, the European Union's position vis-à-vis the persisting pressure from the United States against the ICC will show the different realities and political perspectives existing within the Union, as clearly reflects its current ambiguous and condescending position. The United States' pressure consists essentially in claiming immunity for its personnel engaged in UN peacekeeping operations and in proposing the celebration of bilateral agreements concerning the conditions of hand over to the Court. The analysis of the European Union's position vis-à-vis this pressure allows us, in addition, to put emphasis on further considerations in relation with the deficiencies and weaknesses of the ICC Statute.

