

## NOTA EXPLICATIVA SOBRE EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL\*

Cherif Bassiouni\*\*

Presidente del Comité Redactor de la Conferencia de Roma

### I. LA NECESIDAD DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL

I. La Primera Guerra Mundial tenía que ser la guerra que pusiese fin a todas las guerras. Sin embargo, tras un periodo relativamente corto de tiempo, el mundo se vio de nuevo implicado en otro conflicto de mayores proporciones. Tras la difusión de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad mundial prometió nunca más. Con todo, desde entonces han tenido lugar unos 250 conflictos armados, internos, regionales e internacionales<sup>1</sup>. Estos conflictos, junto con las violaciones de derechos humanos perpetradas por regímenes

represivos, han producido de 70 a 170 millones de muertos<sup>2</sup>. El alcance, en su conjunto, de todas estas consecuencias dañosas excede a nuestra capacidad de comprensión, pero hemos de encarar la dura realidad. Es trágico, pero se han desarrollado pocos mecanismos de responsabilidad y, en consecuencia, no ha habido prevención alguna.

2. Desde el proceso a los líderes nazis en Nüremberg, los gobiernos se rindieron a las prácticas de conveniencia de la *realpolitik*, donde la responsabilidad y la justicia son a menudo el precio de los compromisos políticos<sup>3</sup>. Uno de los resultados de este

\* Traducción de J. L. de la Cuesta.

\*\* Catedrático de Derecho y Presidente del Instituto Internacional de Derecho de los Derechos Humanos. Universidad DePaul, Facultad de Derecho; Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal; Presidente del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales; Presidente del Comité Redactor de la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

<sup>1</sup> Cherif Bassiouni, «Searching for Peace and Achieving Justice», 59 *Law & Contemp. Probs.* 9, 10 (1996); ver también Daniel Chirot, *Modern Tyrants: the Power and Prevalence of Evil in our Age* (1994); Pierre Hassner, *Violence and Peace: from the Atomic Bomb to Ethnic Cleansing* (1995); Rudolph J. Rummel, *Death by Government* (1994). Igualmente, Erik Hobsbawm, *The Age of Extremes: a History of the World, 1914-1991* (1995); ver *SIPRI Yearbooks 1975-1996*. Hay dos estudios mencionados por la *PIOOM Newsletter and Progress Report*, en 1994 y 1995: A. J. Jongman y A. P. Schmid, «Contemporary Conflicts: a Global Survey of High and Lower Intensity Conflict and Serious Disputes», 7 *PIOOM Newsletter and Progress Report*, 14 (invierno, 1995), «Inter-Disciplinary Research Program on Causes of Human Rights Violations, Leiden, The Netherlands», y «Study», 6 *PIOOM Newsletter*, 17 (1994); Alex P. Schmid, «Early Warning of Violent Conflicts: Casual Approaches», en *Violent Crime & Conflicts*, 47 (ISPAC, 1997); «PIOOM World Conflict Map 1994-1995», 7 *PIOOM Newsletter*, *supra*.

<sup>2</sup> Ver *supra* nota 1.

<sup>3</sup> Cherif Bassiouni, *Impunity for International Crimes*, 71 *U. COLO. L. Rev.* 409 (2000).

enfoque ha sido que el número de crímenes de *jus cogens*<sup>4</sup>, como la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, las prácticas esclavistas y la tortura, se han incrementado en todas partes del mundo. Aún más, gobiernos capaces de prevenir o mitigar estos trágicos acontecimientos, o en posición de desplegar una justicia retributiva y restaurativa, han permanecido, lamentablemente, en su mayor parte pasivos, indiferentes, sirviendo en ciertos momentos

hasta de apoyo de esas prácticas<sup>5</sup>.

3. Por consiguiente, en lugar de ser declarados responsables por estos crímenes internacionales, la mayor parte de sus perpetradores se beneficiaron de la impunidad bien de *jure* o de *facto*.<sup>6</sup> La sociedad civil internacional ha expresado, en todo caso, una creciente oposición hacia las prácticas de concesión de impunidad, en particular en el caso de los líderes que ordenaron la comisión de atrocidades y de

<sup>4</sup> Ver Cherif Bassiouni, «Sources of International Criminal Law», en *I International Criminal Law*, 38-46,62-81 (Cherif Bassiouni, ed., 2a. ed. 1999).

<sup>5</sup> El genocidio ruandés es un llamativo ejemplo de pasividad por parte de la comunidad en violación de su alegato de *nunca más*. Si bien se aprobó finalmente un tribunal penal para los hechos de genocidio ocurridos en 1994, la comunidad mundial contempló durante el curso de un año cómo se desarrollaba la matanza. Ver, en general, Gerard Prunier, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide* (1997); Philip Gourevitch, *We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families* (1998); *Frontline: The Triumph of Evil* (emisión televisiva PBS, 1 enero 1999, que relata la pasividad de la comunidad internacional durante el genocidio ruandés).

<sup>6</sup> La impunidad de *facto* puede darse tanto si la falta de investigación o enjuiciamiento es intencional, aunque no sancionada por la ley, como si un sistema jurídico es incapaz de cumplir sus obligaciones de investigar y perseguir. En algunas instancias, un determinado Estado puede estar dispuesto a llevar a cabo investigaciones y enjuiciar, pero ser incapaz de hacerlo. Esto puede ocurrir, tras un conflicto, si los Estados se enfrentan a otras prioridades más urgentes. En estas situaciones, los gobiernos frecuentemente no dan prioridad a las exigencias de una justicia penal efectiva y reducen los fondos destinados a la persecución o no se preocupan de asegurar que los puestos vayan a ser cubiertos por profesionales competentes que cumplan sus funciones con diligencia y honestidad. Así, los Estados con sistemas judiciales que no funcionan impiden alcanzar la meta de la sociedad civil internacional de garantizar la justicia y la exigencia de responsabilidad. La impunidad de *jure* se da cuando algunos de los mecanismos apropiados de responsabilidad queda anulado por concesión de amnistía o de similares medidas de gracia. Esto incluye amnistías en blanco que cubren un determinado período de tiempo, aplicables a un cierto grupo de personas u otorgadas de manera específica a un determinado individuo. En la resolución de conflictos internacionales se han empleado los siguientes mecanismos de exigencia de responsabilidad: procesos internacionales, comisiones internacionales de investigación, comisiones nacionales de investigación y de la verdad, procesos nacionales, mecanismos de depuración política, respuestas civiles, mecanismos de compensación de las víctimas. Ver Bassiouni: *Searching for Peace*, *supra* nota 1, 18-22. Debe destacarse igualmente que la impunidad de *jure* puede darse también cuando un Estado elige un mecanismo de responsabilidad inapropiado dada la naturaleza de la infracción. Éste es especialmente el caso si la selección de un determinado mecanismo excluye todos los demás. Así, por ejemplo, un Estado puede impulsar una política de impunidad si opto por una comisión de la verdad como mecanismo de responsabilidad por genocidio, eliminando de manera absoluta el enjuiciamiento. Procedimientos jurídicos embarazosos o períodos inadecuados de prescripción que llevan a frustrar la persecución o la reclamación civil por daños son otros ejemplos.

los altos oficiales que ejecutaron esas órdenes ilícitas. Como resultado de ello se desarrollan ya algunos procesos<sup>7</sup>.

4. Desde la Segunda Guerra Mundial, las demandas de justicia han impulsado la creación de cinco comisiones internacionales de investigación<sup>8</sup> y cuatro tribunales internacionales *ad hoc*<sup>9</sup>. Estas instituciones se han beneficiado del apoyo de gobiernos

movidos por consideraciones humanistas y también por parte de los que reconocen la importancia de los mecanismos de responsabilidad penal internacional, en cuanto medios para mantener el orden mundial y restaurar la paz. Estos desarrollos son reflejo de la emergencia de la responsabilidad y de la justicia como valores internacionalmente reconocidos o como líneas políticas necesarias para el mantenimiento del orden mundial y para

<sup>7</sup> Por ejemplo, el enjuiciamiento de líderes antiguos y contemporáneos como: (a) Augusto Pinochet de Chile, ver *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others, ex parte, Pinochet: Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others, ex parte, Pinochet*. Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999; Warren Hoge, «British Court Rules Pinochet Extraditable for Trial in Spain», *New York Times*, 8 de octubre de 1999 (con todo, no fue finalmente extraditado a España, al considerarlo demasiado enfermo el Ministro del Interior británico y permitir su regreso a Chile). El 8 de agosto de 2000, la Corte Suprema de Chile hizo pública su decisión, por 14 votos contra seis, de confirmar la decisión de la Corte de Apelaciones sobre el levantamiento de la inmunidad de Pinochet, sometiéndole, en consecuencia, a juicio y abriéndole la posibilidad de hacerlo responsable por los 154 cargos de que se le acusa; ver *El Mercurio Electrónico*, «Corte Suprema desahoró a Pinochet por 14-6», <http://www.elmercurio.cl/noticias/detalle/detalle-noticia.asp?idnoticia=28769> (8 de agosto de 2000); (b) Slobodan Milosevic de Serbia, ver *Indictment of Slobodan Milosevic*, núm. IT-99-93-I (24 de mayo de 1999) (violación de las leyes y costumbres de la guerra y crímenes contra la humanidad), hoy que subrayar, con todo, que no fue procesado con anterioridad al conflicto de Kosovo, como resultado de los Acuerdos de Paz de Dayton; (c) Radovan Karadzic de la antigua República Serbia en Bosnia, ver *Indictments of Radovan Karadzic*, núms. IT-95-18-1-I (25 de julio de 1995); IT-9505-1 (16 de noviembre de 1995) (Srebrenica) (graves infracciones de la Convenciones de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad); y (d) Habre Hissene, ver Norimitsu Onishi, «An African Dictator faces Trial in his Place of Refuge», *New York Times*, 1 de marzo de 2000. A3 (el antiguo dictador de Chad fue detenido por torturas en Dakar, Senegal, donde estaba viviendo en el exilio desde que su régimen fue derribado en 1990).

<sup>8</sup> Las cinco comisiones internacionales de investigación son: 1) la Comisión de 1919 sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y la aplicación de penas; 2) la Comisión de 1943 de crímenes de guerra de las Naciones Unidas; 3) la Comisión de 1946 para el Lejano Este; 4) la Comisión de expertos de 1942 creada en aplicación de la resolución 780(1992) del Consejo de Seguridad para investigar crímenes de guerra y otras violaciones del derecho humanitario internacional en la antigua Yugoslavia; y 5) la Comisión independiente de expertos de 1994 creada en aplicación de la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad para investigar graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda. Ver, en general, Cherif Bassiouni, «From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court», *10 Harv. Hum. Rts. J.*, 11-49 (1997).

<sup>9</sup> Los cuatro tribunales internacionales *ad hoc* son: 1) el Tribunal militar internacional para perseguir a los grandes criminales de guerra de la escena europea, 1945; 2) el Tribunal militar internacional para perseguir a los grandes criminales de guerra del Lejano Este, 1946; 3) el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, 1993; y 4) el Tribunal penal internacional para Ruanda, 1994. Ver, en general, Bassiouni, «From Versailles to Rwanda», *supra* nota 8.

la restauración y el mantenimiento de la paz<sup>10</sup>. Con todo, la persecución de la justicia penal internacional sobre bases *ad hoc* no es nada satisfactoria. Así, mientras que tras la Segunda Guerra Mundial, para el conflicto armado en la antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda, han surgido tribunales, no se ha hecho lo mismo respecto de las atrocidades cometidas en Sierra Leona<sup>11</sup> o en Camboya<sup>12</sup>. Para eludir las trampas de una justicia *ad hoc*, la justicia penal internacional necesita normas claramente establecidas que se apliquen de manera coherente por un tribunal penal internacional permanente.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

### A. NATURALEZA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL<sup>13</sup>

5. La CPI es una institución internacional permanente, creada por medio de un tratado para investigar y perseguir a aquellas personas que hayan cometido «los crímenes más graves de trascendencia internacional»

[artículo 1], en particular: genocidio [artículo 6], crímenes contra la humanidad [artículo 7] y crímenes de guerra [artículo 8]. Estos crímenes se encuentran bien definidos por el derecho penal internacional y actualmente conllevan la obligación de investigar, enjuiciar o conceder la extradición de los individuos acusados de su comisión y de castigar a los individuos que violan esas normas consolidadas.

6. La CPI es una institución basada en un tratado que obliga sólo a los Estados partes. No es un cuerpo supranacional, sino un ente internacional similar a otros ya existentes; no es un sustitutivo de la jurisdicción penal nacional y no suplanta a los sistemas nacionales de justicia penal, más bien es «complementaria» de éstos [artículos 1, 17]. La CPI no hace nada más que lo que todos y cada uno de los Estados de la comunidad internacional pueden hacer conforme al actual derecho internacional. Es la expresión de la acción colectiva de los Estados partes en un tratado, dirigida a crear una institución que haga justicia colectiva

<sup>10</sup> Ver Cherif Bassiouni, *Policy Perspectives Favoring the Establishment of the International Criminal Court*, 52 *Columbia J. Int'l Aff.*, 795 (1999).

<sup>11</sup> Norimitsu Onishi, *Survivors Sadly Say, Yes, Reward the Tormentors*, *New York Times*, 30 de agosto de 1999.

<sup>12</sup> «The United Nations and Cambodia 1991-1995 (1995)»; *Genocide and Democracy in Cambodia: The Khmer Rouge, The United Nations and the International Community* (Ben Kiernan, ed., 1993). Las Naciones Unidas y Camboya tratan de establecer algo similar a un tribunal para perseguir a algunos de los líderes más destacados, pero es algo claramente simbólico. Ver en general «Advisory Services and Technical Cooperation in the Field of Human Rights. Situation of Human Rights in Cambodia, Report of the Special Representative of the Secretary-General for Human Rights in Cambodia, Mr. Thomas Hammarberg», submitted in accordance with Resolution 1999/76. Doc. NN. UU. E/CN.4/2000/109, párrafos 30-40 (13 de enero de 2000).

<sup>13</sup> Ver, en general, Roy S. Lee, «The Rome Conference and its Contributions to International Law», en *The International Criminal Court: The Making of the Rome's Statute, Issues, Negotiations, Results 1-40* (Roy S. Lee, ed., 1999) [en adelante, «Making of the Rome Statute»]. Para comentarios adicionales sobre la creación de la Corte, ver Otto Triffterer, «Article I: The Court», en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article 51-64* (Otto Triffterer, ed., 1999) [en adelante, «Commentary on Rome Statute»].

respecto de determinados crímenes internacionales. Es, por tanto, una extensión de la jurisdicción penal nacional. Creada por un tratado cuya ratificación por parte de la autoridad parlamentaria nacional lo convierte en parte del derecho nacional. Por consiguiente, la CPI ni afecta a la soberanía nacional ni pasa por encima de ningún sistema nacional deseoso y capaz de cumplir sus obligaciones convencionales.

#### B. COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES<sup>14</sup>

7. La competencia de la CPI se extiende sólo a los Estados miembros y su ejercicio es «complementario» de los sistemas jurídicos nacionales [artículo 17].

8. La jurisdicción penal nacional tiene siempre prioridades sobre la CPI y ésta sólo puede ejercer su competencia en dos situaciones [artículo 17], a saber: (a) cuando el sistema jurídico nacional se ha desplomado; o (b) si un sistema jurídico nacional rechaza o incumple sus obligaciones de investigar, perseguir o enjuiciar a personas que supuestamente han cometido los tres crímenes sobre los que la CPI es actualmente competente, o de castigar

a los que hayan sido declarados culpables. Los criterios de determinación de la aplicabilidad de la jurisdicción de la Corte se recogen en los artículos 17 y 18 del Estatuto.

9. Los principios de primacía de los sistemas jurídicos nacionales y de «complementariedad» de la CPI son evidentes en ciertos pasajes del Estatuto. Quizás los que mejor lo reflejen son las disposiciones de la parte 9 del Estatuto, que exigen que todas las demandas de cooperación, incluidas la detención y entrega de un acusado y el aseguramiento de la prueba, deben dirigirse a los sistemas nacionales y ejecutarse por éstos. En aplicación de dichos principios, se establecen salvaguardias judiciales con relación a las investigaciones y acusaciones del fiscal de la Corte. El artículo 15(4) exige la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para que el fiscal dé comienzo *motu proprio* a una investigación, frente a lo que sucede cuando es remitida por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad [artículo 15].

#### C. DERECHO APLICABLE<sup>15</sup>

10. El artículo contiene el principio enmarcador del derecho aplicable y, de

<sup>14</sup> El término «complementarity» no existe en inglés. El Comité *ad hoc* de 1993 y el Comité Preparatorio de 1996 seleccionaron un término que proviene del francés «Complementarité», con el fin de describir la relación entre la CPI y los sistemas nacionales. Ver Cherif Bassiouni, «Observaciones Concerning the 1997-98 Preparatory Committee's Work», 13 *Nouvelles Études Pénales*, 5. 21 (1997). Para una discusión acerca del principio de complementariedad, ver, en general, John T. Holmes, «The Principle of Complementarity», en *Making of Rome Statute*, supra nota 13, 41-78. Para comentarios adicionales sobre la complementariedad, ver Sharon A. Williams, «Article 17: Issues of admissibility», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 383-394.

<sup>15</sup> Per Saland, «International Criminal Law Principles», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 189-216. Para comentarios adicionales sobre el derecho aplicable, ver Margaret MacAuliffe de Guzmán, «Article 21: Applicable Law», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 435-446.

forma apropiada, requiere la aplicación del derecho internacional cuyas cuatro fuentes se recogen en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, a saber:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y,
- d) [...] las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas jurídicas<sup>16</sup>.

Por consiguiente, esto significa también que el tratado debe ser interpretado de conformidad con la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados<sup>17</sup>.

11. Cualquier disposición del Estatuto que entre en conflicto o que sea incompatible con el derecho internacional general quedará subordinada a éste. Además, todo conflicto o incompatibilidad entre cualesquiera de las obligaciones

derivadas del Estatuto y otras obligaciones de los Estados partes derivadas de un tratado deberá someterse primero al contraste con las fuentes aplicables del derecho internacional acabadas de mencionar y, después, con lo dispuesto por el artículo 21(1)(c).

12. El artículo 21<sup>18</sup> añade especificidad a las disposiciones generales del artículo 10. Conforme al artículo 21, el derecho aplicable por la CPI es, en primer lugar: (a) el texto del propio Estatuto; (b) los elementos de los crímenes; y (c) sus reglas de procedimiento y prueba [artículo 21(1)(a)]. En segundo término, si procede, la CPI aplicará los tratados correspondientes y los principios y reglas del derecho internacional [artículo 21(1)(b)]. Por último, la Corte aplicará los principios generales del derecho derivados de los derechos nacionales, de los sistemas jurídicos mundiales, con inclusión de los derechos internos de los Estados que normalmente ejercerían su jurisdicción sobre el crimen (siempre que esos principios no sean incompatibles con la CPI y con el derecho internacional) [artículo 21(1)(c)]. La Corte puede también aplicar los principios y reglas jurídicas del modo interpretado en decisiones anteriores [artículo 21(2)]. Con todo, la aplicación e interpretación del derecho aplicado por la Corte debe ser «compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos

<sup>16</sup> Ver Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, 1983, U.N. Y.B. 1334.

<sup>17</sup> Ver Convención de Viena sobre el derecho de tratados, 1155 U.N.T.S. 331.

<sup>18</sup> El artículo 21 debería haberse fusionado con el artículo 10, pero no lo fue porque la parte 2, donde se encuentra el artículo 10, no fue sometida al comité redactor. Por el contrario, fue enviada directamente al comité del conjunto. Ver Cherif Bassiouni, «Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court». 32 Cornell INTL L.J.:443, pp. 457-460 (1999).

como el género, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición» [artículo 21 (3)].

13. Hay posibilidad de conflicto entre la jerarquía de fuentes aplicables a partir del artículo 10 y las más específicas del artículo 21. De conformidad con las reglas de interpretación de tratados de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, es la intención de las partes lo que debe ser controlado; en este caso las partes no trataron de limitar las fuentes consolidadas del derecho internacional mencionadas por el artículo 10 y contenidas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Por consiguiente, la especificidad contenida en el artículo 21 ha de subordinarse al criterio general del artículo 10, por la voluntad de los redactores (si no fuera así, la especificidad del artículo 21 predominaría sobre el criterio general del artículo 10)<sup>19</sup>.

14. Otra aparente incoherencia surge entre el artículo 21 y el artículo 9 sobre los elementos de los crímenes, ya que el artículo 21 recoge la lista de elementos de los crímenes como una fuente de derecho aplicable, mientras que el artículo 9 declara de manera específica que estos *elementos de los*

*crímenes [...] ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8. Conviene destacar que los elementos de los crímenes que deben ayudar a la Corte [artículo 9] han de ser considerados una fuente jurídica que puede ser aplicada de forma que modifique las disposiciones del Estatuto [artículos 6-8]. Los elementos deben ser aprobados por la Asamblea de los Estados partes [artículo 112] en su primera sesión tras la entrada en vigor del tratado. Con todo, la Asamblea de los Estados partes no puede modificar el Estatuto a través de la aprobación de los elementos de los crímenes, puesto que la modificación del Estatuto requiere mayoría de dos tercios de los presentes y votantes, a condición de que una mayoría absoluta de los Estados partes constituirá el quórum para la votación, tal y como establece el artículo 112.*

### III. COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

#### A. CONDICIONES PREVIAS PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA<sup>20</sup>

15. Para que la Corte ejerza su competencia respecto de un crimen, éste deberá haber sido cometido en el territorio de un Estado miembro o por uno de sus nacionales [artículo 12(2)]. Asimismo, la CPI puede ejercer su competencia si un Estado que no es parte lo acepta y el crimen ha sido cometido en el territorio de ese Estado

<sup>19</sup> Dado el modo en que se redactó el Estatuto, no puede decirse que una disposición fuera redactada o aprobada antes que la otra.

<sup>20</sup> Ver, en general, Elizabeth Wilmshurst, «Jurisdiction of the Court», en *Making of the Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 127-142. Para un comentario adicional sobre las condiciones previas para el ejercicio de la competencia, ver Sharon A. Williams, «Article 12: Preconditions to exercise of jurisdiction», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* n. 13, pp. 329-342.

o el acusado es nacional del mismo [artículo 12(3)]<sup>21</sup>.

16. La competencia de la CPI se basa en el principio universalmente reconocido de la territorialidad y no sobre el criterio de la jurisdicción penal universal<sup>22</sup>. Claramente se establece en derecho internacional que, siempre que se cometa un crimen en el territorio de un determinado Estado, éste puede perseguir a su autor, incluso si el autor es un no nacional<sup>23</sup>. Por causa de este principio, un Estado puede extraditar a otro a un no nacional para su enjuiciamiento. Consiguientemente, todo Estado tiene el derecho, de acuerdo con su normativa constitucional, a transferir la jurisdicción a otro Estado que sea competente para el enjuiciamiento de un individuo acusado de la comisión de un crimen<sup>24</sup>,

o a una institución internacional de enjuiciamiento. Esta transferencia de jurisdicción es un ejercicio perfectamente válido de su soberanía nacional, pero debe hacerse de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos<sup>25</sup>. En consecuencia, la CPI no dispone de ningún poder adicional en cuanto al enjuiciamiento de un nacional de un Estado que no sea parte que comete un crimen en el territorio de un Estado parte, sino que puede realizar lo que ya se acepta en la práctica consuetudinaria de los Estados<sup>26</sup>.

17. Puesto que la CPI es complementaria de la jurisdicción penal nacional, la entrega de un individuo a la jurisdicción de la CPI con arreglo al tratado por parte de un Estado miembro: (a) no supone ninguna detracción de su soberanía nacional;

<sup>21</sup> El artículo 12(3) con relación a la remisión a la CPI por un Estado no parte usa el término «el crimen de que se trate», en lugar de «una situación en la que parezca haberse cometido uno o más crímenes pertenecientes al ámbito de competencia de la Corte». En todas las demás remisiones a la CPI por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad, el Estatuto usa el término «situación», con el fin de excluir una posible selectividad de las instancias o individuos que deben remitirse a la CPI. La redacción del artículo 13(2) (que se incluye en la parte 2, directamente enviada al comité de conjunto y que no fue examinada por el comité redactor, ver Bassiouni, *Negotiating the Treaty of Rome*, supra nota 17) no trató de desviarse de los demás métodos de revisión. Por consiguiente, el artículo 12(3) debe ser leído *in pari materia* con el artículo 13 (*una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes*) que caen en el marco de la competencia de la Corte.

<sup>22</sup> Ver Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*. 3a. ed., 1996, pp. 356-357.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, la Convención europea sobre transferencia de procesos penales, ETS, núm. 73, 30 (marzo de 1978); *European Inter-State Co-Operation in Criminal Matters*, 831 (E. M. Rappard y Cherif Bassiouni, eds., 1991). La entrega de delincuentes por un Estado a otro tiene lugar normalmente a través de la extradición. Ver Bassiouni, *International Extradition*, 385, supra nota 22.

<sup>25</sup> Las normas internacionales de derechos humanos establecen ciertas garantías sustantivas y procesales. Estas normas se recogen también en convenciones regionales, como el Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales. Ver «The Protection of Human Rights in the Administration of Justice: A Compendium of United Nations Norms and Standards» (Cherif Bassiouni, ed., 1994); y Cherif Bassiouni, «Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent in National Constitutions», 3 *Duke Journal of Comparative & International Law*, pp. 235-297 (1993). Ver, en general, *Les Droits de l'Homme à l'Aube du XXI Siècle* (Karel Vasak, ed., 1999).

<sup>26</sup> Ver Bassiouni, *International Extradition*, supra nota 22, p. 357.

(b) ni afecta a la soberanía nacional de otro Estado (como el Estado de la nacionalidad del autor o de la víctima), y (c) no viola los derechos del individuo cuyo enjuiciamiento se transfiere a una jurisdicción penal competente (que ejercerá su competencia de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos).

#### B. RATIONE TEMPORIS: CUÁNDO PUEDE EJERCER SU COMPETENCIA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL<sup>27</sup>

18. La competencia de la CPI es sólo prospectiva [artículos 11,24(1)]<sup>28</sup> y, por tanto, no se aplica a los crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del tratado. Con respecto a los Estados que accedan al tratado, la jurisdicción de la CPI se aplicará sólo a los crímenes cometidos tras la incorporación del Estado al Tratado.

19. El Estatuto de la CPI entrará en vigor cuando el tratado que lo incorpora haya sido ratificado por 60 Estados, en particular, el primer día del mes que siga al sexagésimo día posterior a la fecha de depósito del sexagésimo instrumento de ratificación [artículo 126(1)].

20. Para los Estados que accedan al tratado tras su entrada en vigor, la fecha de inicio de la entrada en vigor de la CPI para cada uno de ellos será el primer día del mes siguiente al sexagésimo día desde el depósito de la ratificación por parte del correspondiente Estado [artículo 126(2)].

21. El Estatuto dispone que un Estado puede, en el momento de la ratificación, optar por retrasar la aplicación de la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes de guerra [artículo 8] por un periodo de siete años [artículo 124].

#### C. RATIONE PERSONAE: LOS SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL<sup>29</sup>

22. La competencia de la CPI se extiende sólo a las personas físicas [artículos 1,25(1)], que hayan cometido un crimen siendo mayores de 18 años [artículo 26].

23. La CPI no tiene competencia sobre los Estados o personas jurídicas por causa de la comisión de alguno de los crímenes de la competencia de la Corte [artículo 5]<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Ver, en general, Saland, *supra* nota 15. Para comentarios adicionales sobre la competencia *ratione temporis*, ver Sharon A. Williams, «Article 11: Jurisdiction *ratione temporis*», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* n. 13, pp. 323-328. Para comentarios adicionales sobre la entrada en vigor del tratado, ver Roger S. Clark, «Article 126: Entry into force», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 1289-1291.

<sup>28</sup> El artículo 11 debería haberse unificado con el artículo 24. El artículo 11 se solapa con el artículo 24, pero como ya se ha dicho, puesto que el artículo 11 se contenía en la parte 2, fue directamente al comité del conjunto y no pasó por el comité de redacción, ver Bassiouni, *Negotiating the Treaty of Rome*, *supra* nota 18. En caso de posible incoherencia, el artículo 24 debería ser interpretado de conformidad con la parte 3, que se refiere a los principios generales del derecho penal.

<sup>29</sup> Ver Lee, *supra* nota 13, 32. Para los comentarios adicionales sobre la competencia *ratione personae*, ver Kai Ambos, «Article 25: Individual Criminal Responsibility», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 475-493. Sobre el tema de la responsabilidad penal individual, ver, en general, Farhad Malekian,

<sup>30</sup> Sobre la responsabilidad criminal de los Estados y organizaciones en el derecho penal internacional, ver Bassiouni, *Sources of International Criminal Law*, *supra* nota 4, pp. 24-31.

24. Por lo demás, nadie quedará exento de su responsabilidad criminal por cargo oficial, aun cuando éste pueda conllevar inmunidad en el derecho interno [artículo 27]<sup>31</sup>.

D. *RATIONE MATERIAE*: LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL<sup>32</sup>

25. La competencia de la CPI *ratione materiae* se extiende, en este momento, conforme al artículo 5, a tres crímenes internacionales bien definidos: genocidio<sup>33</sup>, crímenes de guerra<sup>34</sup> y crímenes contra la humanidad<sup>35</sup>. Los tres crímenes actualmente integrados en el marco de competencia de la CPI se definen en los artículos 6, 7 y 8. Éstos

siguen el derecho internacional existente y caen dentro de la categoría de *jus cogens*: vinculan a todos los Estados al ser normas que incorporan obligaciones de las que ningún Estado puede sustraerse<sup>36</sup>. El Estatuto incluye también en su lista el crimen de agresión, que todavía tiene que ser definido y no se somete por ello a la jurisdicción de la CPI (ver *infra* párrafos 35-37). Además, la Corte tiene competencia sobre crímenes contra la administración de justicia y puede imponer sanciones [artículo 70, 71] (ver *infra* párrafo 80)<sup>37</sup>.

26. El artículo 6 define el genocidio de acuerdo con la Convención de 1948 sobre la prevención y castigo del crimen

<sup>31</sup> Ver Soland, *supra* nota 15, p. 202. Para comentarios adicionales sobre inmunidad, ver Otto Triffterer, «Article 27: Irrelevance of Official Capacity», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 500-515.

<sup>32</sup> Ver, en general, Herman von Hebel y Darryl Robinson, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en *Making of the Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 79-126. Para comentarios adicionales sobre la competencia *ratione materiae*, ver Andreas Zimmerman, «Article 5: Crimes within the Jurisdiction of the Court», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 97-107.

<sup>33</sup> Sobre el crimen de genocidio, ver Matthew Lippman, «Genocide», en *I ICL*, *supra* nota 4, pp. 589-613.

<sup>34</sup> Para un repaso histórico de la evolución formal e informal de las limitaciones relativas a la beligerancia entre los Estados occidentales, ver M. Howard, G. Andreopoulos y M. Shulman, *The Law of War: Constraints on Warfare in the Western World* (1994). Ver también, en general, *The Law of War Crimes: National and International Approaches* (Timothy McCormack y Gerry Simpson, eds., 1997); *The Law of Armed Conflict into the Next Millennium* (Michael Schmitt y Leslie Green, eds., 1998); *Essays on the Modern Law of War* (Leslie Green, ed., 2a. ed., 1999); Leslie C. Green, «International Regulation of Armed Conflicts», en *I ICL*, *supra* nota 4, pp. 393-416; Michael Veuthey, «Non-International Armed Conflicts and Guerrilla Warfare», en *I ICL*, *supra* nota 4, pp. 417-438.

<sup>35</sup> Sobre los crímenes contra la humanidad ver Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (2a. ed. rev. 1999); Margaret McAuliffe de Guzmán, «The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity». 22 *HUM. RTS. Q.* 335 (2000).

<sup>36</sup> Ver Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, *supra* nota 17, arts. 53, 64; Cherif Bassiouni, «International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*», 59 *L. & Contemp. Probs.* 63 (1996).

<sup>37</sup> Ver Von Hebel y Robinson, *supra* nota 32. Para comentarios adicionales sobre los delitos contra la administración de justicia, ver Kenneth Harris, «Article 70: Offences against the Administration of Justice», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 917-924; Otto Triffterer, «Article 71: Sanctions for Misconduct before the Court», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 925-936.

de genocidio<sup>38</sup>, ratificada por 123 Estados<sup>39</sup>.

27. El artículo 7 define los crímenes contra la humanidad<sup>40</sup> en la línea del artículo 6(c) de la Carta de Núremberg<sup>41</sup>, del artículo 5 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia<sup>42</sup> y del artículo 3 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>43</sup>. El detalle incluido en el artículo de la CPI le otorga una mayor especificidad y es reflejo de la progresiva evolución del derecho internacional consuetudinario<sup>44</sup>.

28. Hay que destacar que para que se dé un crimen contra la humanidad son necesarios los siguientes elementos: (a) debe producirse en el marco de la política de un Estado o de una organización no estatal [artículo 7(2)]; (b) cometerse los crímenes específicos enumerados en el artículo 7(1), y (c) la comisión de esos crímenes debe tener lugar de modo «generalizado» o «sistemático» [artículo 7(1)]. El elemento político es el elemento jurisdiccional que convierte en crímenes internacionales

unos crímenes que, de otro modo, serían crímenes internos. Es, por tanto, un requisito mínimo. En los elementos de los crímenes aprobados por la comisión preparatoria se declara:

3. Por «ataque contra una población civil» en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos indicados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la «política [...] de cometer esos actos» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil [nota 1].<sup>45</sup>

La disposición tiene una nota a pie de página, que establece:

<sup>38</sup> «Convenio sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio», 78 U.N.T.S. 277 (Nueva York, Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1948), reproducido en Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions*, pp. 247-250 (1997) [en adelante «Bassiouni, Conventions»]. Ver también Lippman, «Genocide», *supra* nota 33.

<sup>39</sup> En diciembre de 1997.

<sup>40</sup> Estatuto CPI, *supra* nota 13, artículo 7. Ver Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity*, *supra* nota 35, pp. 243-275.

<sup>41</sup> Bassiouni, *Conventions*, *supra* nota 38, pp. 457-494.

<sup>42</sup> Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, Res. C.S. 808, U.N.SCOR 48 Seso 3217 mtg. Doc. NN.UU. S/RES/808 (1993).

<sup>43</sup> *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*. Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994)49 Ses., Doc. NN.UU. S/RES/955 (Nueva York, Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994).

<sup>44</sup> El artículo 7(1) requiere que el «ataque sobre la población civil» sea «sistemático» o «extendido» como hace el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, pero el artículo 7(2) exige que tal «ataque» sea producto de la «política» del Estado. En consecuencia, el elemento de la «política» es un prerrequisito. Ver Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law*, *supra* nota 35, pp. 243-275.

<sup>45</sup> Ver Informe de la comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional. Adición. Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes, Doc. NN.UU. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (6 julio 2000).

[nota 1] La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se llevaría a cabo mediante la acción del Estado o de la organización. Esta política, en circunstancias excepcionales, podría llevarse a cabo por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización<sup>46</sup>.

Por consiguiente, la política estatal contemplada en el artículo 7 («generalizada o sistemática») debe plasmarse en una «promoción o aliento activo». Es de destacar que la falta de prevención de crímenes no supone automáticamente promoción o aliento; sólo «en circunstancias excepcionales» la falta de prevención se traduce en «promoción o aliento activo».

29. La disposición del artículo<sup>47</sup> incluye: (1) las «graves infracciones»<sup>48</sup> y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que han sido ratificados por 186 Estados, y (2) las «graves infracciones» del Protocolo I de 1977<sup>49</sup> y del Protocolo II<sup>50</sup>, considerados parte del derecho consuetudinario de los conflictos armados.<sup>51</sup> El Protocolo I ha sido ratificado por 147 Estados, y el Protocolo II por 139 Estados<sup>52</sup>. Además, el artículo 8 incluye, en parte, lo que se considera el derecho consuetudinario de los conflictos armados, que abarca la prohibición de ciertas armas.

30. Puesto que los tres crímenes competencia de la CPI se encuentran ya bien definidos por el derecho penal internacional, la Corte no crea un nuevo derecho penal internacional; más bien incorpora el derecho penal internacional preexistente. Aunque éste

<sup>46</sup> *Ídem.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, artículo 8.

<sup>48</sup> Convenio de Ginebra para la mejora de las condiciones de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas terrestres, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31, artículo 50 (Nueva York, Naciones Unidas, 12 de agosto de 1949); Convenio de Ginebra para la mejora de la condición de los miembros de las fuerzas navales heridos, enfermos y náufragos, 6 U.D.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85, 6 U.S.T.3316.75 U.N.T.S. 135, artículo 51 (Nueva York, Naciones Unidas, 12 de agosto de 1949); Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, artículo 130 (Ginebra, Naciones Unidas, 12 de agosto de 1949); y Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287, artículo 147 (Nueva York, Naciones Unidas, 12 de agosto de 1949). Ver también los autores citados *supra* nota 34.

<sup>49</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del 8 de junio de 1977 (Protocolo I de 1997), Anexo I Doc. NN.UU. A/32/144 (1977), reproducido en 16 I.L.M. 1391. Ver Yves Sandoz, *Commentary on the 1997 Additional Protocols* (1986).

<sup>50</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales (Protocolo II de 1997), Anexo II Doc. NN.UU. A/32/144 (1977), reproducido en 16 I.L.M. 1391. Ver Sandoz, *Commentary*, *supra* nota 49.

<sup>51</sup> Ver también Convenio relativo a las leyes de las costumbres de la guerra terrestre (segundo de La Haya IV). 36 Stat. 2277 (La Haya, 18 de octubre de 1907).

<sup>52</sup> Para las ratificaciones de los dos protocolos de las cuatro Convenciones de Ginebra, ver Bossiouni, *Conventions*, *supra* nota 38, pp. 457-494.

no fuera el caso, la Corte es producto de un tratado y, por consiguiente, los Estados partes pueden sin duda establecer qué debe constituir un crimen internacional siempre que su aplicación sea de cara al futuro.<sup>53</sup> Toda queja de que el Estatuto de la CPI acoge un cuerpo de derecho penal internacional que no se encuentra previamente legislado es, por ello, infundada.

31. Conforme al artículo 9 del Estatuto, la comisión preparatoria creada por la resolución F de la Conferencia Diplomática debe aprobar los elementos de los crímenes. Estos «elementos» no suponen una enmienda del Estatuto ni complementan la definición de los crímenes actualmente contenida en los artículos 6, 7 y 8. Son meramente elementos de carácter indicativo para la Corte, relativos a aquello que será preciso probar respecto de los crímenes.

32. Los elementos de los crímenes acordados en la 5a. sesión de la comisión preparatoria (y que deben ser adoptados por los Estados partes) han clarificado en diverso grado qué se necesita probar. En el genocidio, los elementos de los crímenes no añaden nada significativo al entendimiento general de la definición de genocidio. En los crímenes de guerra, los elementos introducen conceptos como la necesidad militar, la razonabilidad y la conducta ilícita, sin establecer un criterio de prueba que permita tasar esas adiciones<sup>54</sup>. Por ello, ésta será una tarea que quedará para la jurisprudencia de la Corte con base en las relevantes fuentes de derecho aplicables

contenidas en los artículos 10 y 21 (ver *supra* párrafos 10 a 14 sobre el derecho aplicable). En cuanto a los crímenes contra la humanidad se introduce un texto con una nota explicativa. Los elementos de los crímenes insisten aquí en la necesidad de prueba de la policía estatal o de un actor no estatal, mediante la demostración de la promoción o aliento activos, que incluye la omisión o la falta de acción. (Ver *supra* párrafo 28).

Hay que destacar que los principios generales de derecho penal conocidos por la mayoría de los sistemas jurídicos reconocen que la ausencia de acción, intencional, deliberada o plenamente buscada, habiendo un deber u obligación jurídica preexistente de actuar es parte del elemento material de los crímenes más importantes. En consecuencia, es posible probar la política de un estado o de un actor no estatal a partir de la ausencia de acción, intencional, deliberada o plenamente buscada. «Promoción y aliento activo» incluye, obviamente, la participación por parte de un Estado o de un actor no estatal en una conducta que resulta en la comisión de crímenes contra la humanidad. En ambos casos -a saber, comisión y omisión (o falta de acción o conducta pasiva)- debe darse, al menos, el elemento de conocimiento.

33. Con relación a los tres crímenes, el elemento subjetivo articulado en el artículo 30 se aplica salvo si es otro el elemento requerido: el artículo 6 (genocidio) exige una intención específica. Probablemente, los

<sup>53</sup> Los artículos 11 y 24 expresamente declaran que la competencia de la CPI es prospectiva.

<sup>54</sup> Ver proyecto definitivo de los elementos de los crímenes, *supra* nota 45.

\* Tipo objetivo. Nota del traductor.

elementos de los crímenes denotan cierta confusión entre intención general e intención específica. Tal vez, la confusión podría haberse resuelto exigiendo un mejor nivel para los políticos -intención general con inclusión del conocimiento-, dada la capacidad de estas personas de saber o de prever las consecuencias de sus actos al tener mayor acceso a la información y por su capacidad de control del aparato estatal. Para los ejecutores inferiores, debería exigirse una intención específica o el conocimiento del conjunto de la política en cuyo apoyo están actuando. Este conocimiento no debería requerirse, con todo, en la comisión de crímenes de guerra [artículo 8] porque estos crímenes no precisan de una intención específica.

34. Los tres crímenes se solapan en sus términos típicos, pero el Estatuto no contiene ninguna disposición sobre el modo en que los jueces habrán de resolver estos concursos legales o de hechos<sup>55</sup>. Tampoco se ocupa el Estatuto de los problemas concursales relativos a las penas [artículos 70-80] que pueden producirse si una persona es condenada por diversos crímenes (con términos típicos similares) con base en la misma conducta. También se darán problemas de conflicto de disposiciones jurídicas [artículos 6, 7 Y 8] en lo relativo a la determinación por la Corte del ne

*bis in idem* [artículo 20], en particular, puesto que los elementos de los crímenes contienen múltiples similitudes respecto de los tres crímenes. Estos problemas se suscitarán igualmente en los tribunales de los Estados partes. El modo en que los jueces de la CPI y los jueces nacionales resolverán estos problemas es incierto.

#### 1. DEFINICIÓN DE LA AGRESIÓN E INCLUSIÓN DE OTROS CRÍMENES<sup>56</sup>

35. En el artículo 5(1)(d) del Estatuto se prevé un cuarto crimen: la agresión. Contrariamente a lo que sucede con los otros tres crímenes de su competencia, a saber, genocidio [artículo 6], crímenes contra la humanidad [artículo 7] y crímenes de guerra [artículo 8], el crimen de agresión no se define en el Estatuto. Pero el artículo 5(2) se ocupa de la eventual definición de la agresión y declara:

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esta disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

36. Este crimen sólo entrará en vigor tras su definición y aprobación por la

<sup>55</sup> Ver Cherif Bassiouni, «The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities», 8 *Transnational I. & Contemp. Probs.* 199 (1998). Los sistemas jurídicos civilistas denominan este problema *concours idéal d'infractions*.

<sup>56</sup> Ver Von Hebel y Robinson, *supra* nota 24, pp. 81-85. Para comentarios adicionales sobre la competencia sobre el crimen de agresión, ver Zimmerman, *supra* nota 32, pp. 102-106. Para comentarios adicionales sobre la reforma del tratado, ver Roger S. Clark, «Article 121: Amendments», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 1265-1273. Ver también Benjamin Ferencz, *Defining International Aggression* (1975); Cherif Bassiouni y Benjamin B. Ferencz, «The Crime against Peace», en *ICL*, *supra* nota 4, pp. 313-354.

Asamblea de los Estados partes [artículo 5(2)] por consenso o por mayoría de dos tercios de los Estados partes si el consenso no llega a alcanzarse [artículo 121(3)]. Tras su aprobación, será aplicable a los Estados partes que hayan ratificado la enmienda a partir de un año desde el depósito del instrumento de ratificación [artículo 121(5)]. El crimen de agresión no será aplicable a un Estado parte que no haya aceptado la enmienda y en ningún caso se aplicará la agresión de manera retroactiva [artículo 22(1)].

37. Siguiendo el mecanismo descrito en el artículo 121, se podrán incluir otros crímenes en el marco de competencia de la Corte. Crímenes como el tráfico de drogas y terrorismo han sido ya propuestos para su inclusión y se ha adoptado una resolución para asegurar una revisión futura<sup>57</sup>. Los nuevos crímenes sólo serán aplicables a partir de un año desde el depósito del instrumento de ratificación por los

Estados partes que lo acepten. La CPI no ejercerá su competencia con relación a un nuevo crimen cubierto por la enmienda si resulta cometido por nacionales de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la competencia de la Corte sobre tales nuevos crímenes.

## 2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL<sup>58</sup>

38. El Estatuto recoge los elementos de la responsabilidad criminal en su artículo 25 y las condiciones de exención de la responsabilidad criminal en los artículos 31-33<sup>59</sup>. Estas disposiciones no contienen, sin embargo, una definición del «elemento material» o *actus reus* requerido.<sup>60</sup>

39. De conformidad con el artículo 25 del Estatuto, un individuo será penalmente responsable por una «conducta» que constituya un crimen de

<sup>57</sup> Ver Von Hebel y Robinson, *supra* nota 32, pp. 85-87.

<sup>58</sup> Ver, en general, Per Saland, *supra* nota 15. Para comentarios adicionales sobre la responsabilidad criminal, ver Raúl C. Pangalangan, «Article 25: Individual Criminal Responsibility», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 475-492. Para comentarios adicionales sobre la exención de responsabilidad criminal, ver Albin Eser, «Article 31: Grounds for excluding criminal responsibility», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 537-554; Otto Triffterer, «Article 32: Mistake of Fact or Mistake of Law», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 555-572; Otto Triffterer, «Article 33: Superior Order and Prescription of Law», en *Commentary on Rome Statute*, *supra* nota 13, pp. 573-588. Ver, en general, Cherif Bassiouni, *Sources*, *supra* nota 4, p. 3426. Para el debate sobre los principios generales del derecho internacional, ver Cherif Bassiouni, «A Functional Approach to General Principles of International Law», 11 MICH. J. INT'L L. 768 (1990).

<sup>59</sup> Estos elementos son un reflejo de los principios generales del derecho penal recogidos por los principales sistemas penales mundiales. La codificación que se contiene en estas disposiciones de la CPI puede no ser de total conformidad con las exigencias de todos los sistemas nacionales; en cualquier caso, no entran en conflicto con lo que se denomina la «parte general» del derecho penal de la mayoría de los sistemas jurídicos.

<sup>60</sup> La razón de la ausencia de una disposición de esta suerte fue debida a la falta de consenso entre los delegados de la Conferencia Diplomática en cuanto a la ausencia de actuar o la omisión como parte del elemento material. Bassiouni, *Negotiating the Treaty of Rome*, *supra* nota 18, p. 464.

la competencia de la Corte, con independencia de si lo comete por sí solo o con otro, si: (a) ordena, propone o induce a la comisión del crimen, consumado o intentado; o (b) facilita la comisión de ese crimen, ayuda, encubre o colabora de algún modo en su comisión o en su tentativa de comisión.

40. Un individuo puede ser también culpable si contribuye de algún otro modo a la comisión o tentativa de comisión de un crimen por parte de un grupo con una finalidad común [artículo 25(d)]. La conducta del individuo debe ser intencional y realizarse con el fin de contribuir a llevar a cabo la actividad del grupo, si tal actividad o propósito entraña la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, o a sabiendas de la intención del grupo de cometer el crimen [artículo 25(d)(i)-(ii)].

41. La responsabilidad penal no puede ser eludida con base en: (a) el cargo oficial del delincuente [artículo 27]; (b) la prescripción [artículo 29]; o (c) el error de derecho, salvo que el error excluya el elemento de intencionalidad [artículo 32(2)]<sup>61</sup>.

42. Un militar no puede eludir su responsabilidad por los crímenes cometidos bajo su mando si supo o debía haber sabido que se estaban cometiendo y no adoptó medidas razonables para su prevención [artículo 28(a)]. Esta responsabilidad incluye la que corresponda por las acciones de los subordinados si el superior: (i) las conoció o deliberadamente las ignoró, (ii) las controlaba de manera efectiva, y (iii) no adoptó las medidas necesarias para su prevención o represión [artículo 28(b)]<sup>62</sup>.

43. Una persona no será criminalmente responsable en determinadas circunstancias, si: (a) padecía una enfermedad o deficiencia mental que le privaba de su capacidad para controlar su conducta; (b) actuó en legítima defensa; o (c) estaba bajo coacción [artículo 31].

#### IV: INVOCACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

##### A. EL PROCESO DE REMISIÓN DE UNA «SITUACIÓN» A LA CORTE: INICIO DE LA INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Para comentarios adicionales sobre el cargo oficial del delincuente, ver Otto Triffterer, «Article 27: Irrelevance of Official Capacity», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 501-514. Para comentarios adicionales sobre la prescripción, ver William A. Schabas, «Article 29: Non-Applicability of Statute of Limitations», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 523-527. Ver Christine Vanden Wyngaert, «War Crimes, Genocide and Crimes against Humanity. Are States taking National Prosecutions Seriously?», en 3 ICL, supra nota 4, pp. 227-238.

<sup>62</sup> Para comentarios adicionales sobre la responsabilidad de los mandos y demás superiores, ver William J. Fenrick, «Article 28: Responsibility of Commanders and other Superiors», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 515-523. Ver Jordan J. Paust, «Superior Orders and Command Responsibility», en 1 ICL, supra nota 4, pp. 223-238.

<sup>63</sup> Ver, en general, Lionel Yee, «The International Criminal Court and the Security Council», en *Making of the Rome Statute*, supra nota 13, pp. 143-152. Para comentarios adicionales sobre remisión de «situaciones» a la Corte, ver Williams, «Article 12...», supra nota 20; Sharon Williams, «Article 13: Exercise of Jurisdiction», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 343-352; Antonio Marchesi, «Article 14: Referral of a Situation by a State Party», en *Commentary on Rome Statute*, supra nota 13, pp. 329-359.