

# El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales de inmunidad

Elisa Schiavo\*

Sumario: 1.- El Estatuto de la Corte Penal Internacional. 1.1.- Antecedentes. 1.2.- Problemas en el funcionamiento de la Corte. 1.3.- Limitaciones *ratione materiae*. 1.4.- Limitaciones *ratione personae*. 1.5.- Condiciones para el ejercicio de la competencia. 2.- El artículo 98 del Estatuto de Roma. 2.1.- Principios fundamentales. 2.2.- Contenido del artículo 98. 3.- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado. 4.- American Service-Members Protection Act. 5.- Acuerdos Bilaterales de Inmunidad. 5.1.- Sujetos protegidos. 5.2.- Incompatibilidad de los Acuerdos con el Estatuto.

**Resumen:** El artículo analiza las limitaciones en la aplicación de la normativa contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y la incompatibilidad con el mismo de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, que han sido ampliamente usados por los Estados Unidos de América para evitar una cabal aplicación del propio Estatuto de Roma en el territorio de ciertos Estados Partes.

---

\* Profesora de la materia de 'Derecho Internacional Público' en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciada en Derecho por la Università degli Studi di Salerno, Italia; Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

## 1. – EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La justicia penal internacional tiene como fin el de determinar la responsabilidad penal de los individuos. La creación de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto ha entrado en vigor el 1° de julio de 2002, constituye un adelanto en materia de fijación de responsabilidades individuales, y ha permitido una primera e importante codificación de normas en materia de responsabilidad penal individual, en el ámbito internacional<sup>1</sup>. La actual Corte se constituye así como el primer tribunal internacional permanente, con competencia para juzgar a individuos que hayan realizado las conductas tipificadas en su propio Estatuto<sup>2</sup>.

El elemento de la complementariedad de su jurisdicción, respecto de las jurisdicciones nacionales, fue insertado en los artículos 1 y 17 del Estatuto, con la función de mitigar las preocupaciones expresadas por algunos Estados,

en los casos en que se concibió que el Tribunal pudiese enjerirse en asuntos propiamente internos, y violar de esta manera la soberanía de los países tanto partes como no partes del Estatuto. La redacción cautelosa del artículo 17 en mención, demuestra las limitaciones que frecuentemente encuentra la Corte en el ejercicio de su jurisdicción; el primer candado es representado por el hecho de que todo asunto será considerado inadmisibile a menos que el Estado que tenga jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no pueda realmente hacerlo. De manera sucesiva, se prevé la inadmisibilidad del asunto cuando la persona haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, o cuando el asunto no sea de 'gravedad suficiente' para justificar el inicio de la acción penal por parte de la Corte<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Hasta noviembre de 2010, se cuentan 114 Estados como partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>2</sup> Art. 1 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "*Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional. La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto*".

<sup>3</sup> Art. 17 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "*1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d)*

## El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

### 1.1 - ANTECEDENTES

El surgimiento de un derecho penal internacional, que asigne responsabilidades a los individuos en materia de violaciones del derecho humanitario internacional, tiene fuertes antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, que se remontan a los finales de la Segunda Guerra Mundial. La constitución de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y de Tokio, en 1945, representa un importante antecedente en la implementación de medidas represivas individuales, para los casos de ciertas graves violaciones a los derechos humanos.

En épocas más recientes, la creación, por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los Tribunales Especiales para Yugoslavia (en 1993) y Ruanda (en 1994), ha determinado la consolidación de importantes principios jurídicos en la materia del derecho humanitario internacional<sup>4</sup>.

En particular, el conjunto de tales actividades ha puesto en marcha la elaboración de los preceptos fundamentales en materia de justicia penal sustantiva, y ha fijado una relevante

referencia jurisdiccional para la reciente constitución de la Corte Penal Internacional. En el ámbito de competencia propia de tal tribunal, la delimitación de los crímenes que recaen bajo su jurisdicción, ha sido realizada mayormente fuera de los foros convencionales internacionales, y ha sido producto de las elaboraciones doctrinales, jurisprudenciales y de derecho declarativo, existentes sobre la materia.

En el campo de la tutela de los derechos humanos, los principios fundamentales que caracterizan la materia, han progresivamente adquirido peso, y han sido aplicados, independientemente de la existencia de específicas obligaciones convencionales, y a través de la labor dogmático-teórica de instituciones internacionales y de actores no estatales, muchas veces en abierto contraste con la práctica actual de los Estados.

Dada la histórica y general ausencia de tratados o leyes internas que protejan efectivamente tales derechos, el derecho humanitario internacional ha sido frecuentemente clasificado en la categoría de la costumbre internacional; sin embargo, a falta de una práctica generalizada, tales disposiciones carecen de los elementos necesarios para poder ingresar a la categoría mencionada, y pertenecen, más bien, al campo del derecho declarativo.

En el ámbito específico de la protección a los derechos humanos, el surgimiento del concepto de responsabilidad individual, y la aplicación de la normatividad en materia, se ha ido realizando fuera de los foros convencionales tradicionales, y ha sido efec-

---

*El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. (...)*"

<sup>4</sup> Sin embargo, los Tribunales en mención se constituyeron después que los crímenes se cometieron, con una jurisdicción limitada en el tiempo y en el espacio, y a través de órganos de naturaleza política, y poco democráticos, como el Consejo de Seguridad, donde 5 países tienen el derecho de vetar las resoluciones del mismo.

tuado por organizaciones y actores no estatales, con independencia de lo previsto en los ámbitos nacionales, y de manera muchas veces contraria a la práctica efectiva de los Estados.

## 1.2 – PROBLEMAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

En la reciente constitución del tribunal, se han evidenciado una serie de dificultades, que amenazan con mermar decisivamente su autonomía y funcionamiento integral, representadas esencialmente por los persistentes problemas de ratificación del Estatuto, la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (o *Bilateral Immunity Agreements – B.I.A.*), por los poderes de veto reconocidos al Consejo de Seguridad de la O.N.U. (en el artículo 16 del Estatuto)<sup>5</sup>, por la previsión de ‘contribuciones voluntarias’ de los gobiernos en el financiamiento de las actividades del tribunal (en el artículo 116)<sup>6</sup>, y por

la absoluta falta de previsión de un cuerpo policíaco que dependa directamente del tribunal.

A todo esto deben añadirse las limitaciones *ratione materiae* y *ratione personae* previstas en el propio Estatuto, en cuanto a la competencia de la Corte.

## 1.3 – LIMITACIONES RATIONE MATERIAE

El área de competencia del tribunal, determinada por el mismo Estatuto en sus artículos de 5 a 8, resulta ser limitada a una serie de crímenes específicos, tales como el genocidio, la agresión, los crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>7</sup>.

Estas restricciones en el ejercicio de la jurisdicción del tribunal, demuestran como el derecho penal internacional esté aún lejos de constituirse como un cuerpo normativo uniforme y omni-comensivo. En muchos foros se ha

<sup>5</sup> Art. 16 del “Estatuto de la Corte Penal Internacional”: “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, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder 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.”

<sup>6</sup> Art. 116 del “Estatuto de la Corte Penal Internacional”: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115, la Corte podrá recibir y utilizar, en calidad de fondos adicionales,

*contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios en la materia que adopte la Asamblea de los Estados Partes.”*

<sup>7</sup> Art. 5 del “Estatuto de la Corte Penal Internacional”: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: La corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. (...)”

## El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

evidenciado la urgente necesidad de ampliación de las conductas penadas: solamente por citar algunas situaciones, podemos mencionar a los crímenes económicos, el tráfico de estupefacientes, el tráfico de personas, el blanqueo de capitales, y toda otra actividad delictiva que tenga la capacidad de traspasar las fronteras nacionales y afectar los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.

La referencia contenida en los artículos 1, 5 y 17 del propio Estatuto hace un vago llamado al elemento de la 'gravedad' de la conducta; por ende, el instrumento ha terminado por tipificar y castigar solamente cierto tipo específico de conductas, consideradas arbitrariamente relevantes, a partir de su tipificación en los artículos de 5 a 8 del Estatuto, y sobre la base de evaluaciones de carácter subjetivo, que puedan otorgarles aquella característica de 'gravedad' a la cual hace referencia el mismo instrumento internacional.

### 1.4 – LIMITACIONES RATIONE PERSONAE

Las limitaciones *ratione materiae*, deben añadirse las limitaciones *ratione personae*, a la competencia del Tribunal en cita, dado que, aunque el artículo 25 de su Estatuto fije, de manera novedosa, el principio de responsabilidad internacional individual,

mucho se discute aún acerca de los específicos sujetos individuales que puedan ser enjuiciados<sup>8</sup>.

Una correcta interpretación del articulado debería comprender, no solamente los "criminales de Estado", y los crímenes realizados por personal estatal en el ejercicio de sus funciones, sino también los cometidos por todo grupo de poder en el Estado, aunque no ejerza funciones estatales. El concepto de macro-criminalidad, en sentido restringido, se refiere a la criminalidad fortalecida por el Estado, al crimen colectivo políticamente condicionado, a los crímenes de Estado, toda vez que éstos constituyen simplemente la expresión de una criminalidad estatal interna, orientada hacia los propios ciudadanos.

En un sentido amplio, la macro-criminalidad debería comprender también los crímenes internacionales de actores no individuales, si se parte de un presupuesto que considere esencialmente al elemento de la conducta como el criterio relevante para la determinación de la responsabilidad. En este sentido, se discute acerca de la posibilidad de concebir y tipificar formas de responsabilidad de actores no estatales que sean personas jurídicas, como las empresas transnacionales, cuando realicen conductas penadas internacionalmente por el Estatuto.

<sup>8</sup> Art. 25 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "*De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. (...)*"

## 1.5 – CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

A partir de los dos principios básicos de la territorialidad y de la nacionalidad, el artículo 12 del Estatuto<sup>9</sup> señala que la Corte tendrá competencia para conocer de aquellos crímenes que se hubieran cometido en el territorio de un Estado parte, o por un nacional de un Estado parte. Así, el Estatuto establece que la Corte conozca solamente aquellos crímenes conexos, en cuanto al territorio o por medio de la nacionalidad del sujeto activo, con algún Estado parte del Estatuto.

De esta manera, el Estatuto ha recogido los criterios tradicionales que encontramos en el marco de la legislación comparada, relativos a la atribución de jurisdicción, entre los que figuran el principio de territorialidad (un Estado ejerce jurisdicción por los crímenes cometidos en su territorio), y el principio de la nacionalidad del acu-

sado, llamado también principio de la personalidad activa.

El Estatuto ha descartado la inclusión del principio de la personalidad pasiva, es decir, aquel principio que permite atribuir jurisdicción en función de la nacionalidad de la víctima. De igual forma, tampoco ha sido recogido el criterio de la jurisdicción universal, en virtud del cual un Estado se arroga el derecho de juzgar a personas que no son nacionales suyos, por crímenes que no se cometieron en su territorio, y frente a víctimas que tampoco son sus nacionales.

Cabe señalar que los Estados Unidos, que a la fecha no han suscrito el Estatuto, insisten en que la Corte no puede tener jurisdicción sobre los nacionales de los Estados que no sean parte del Estatuto, bajo el argumento que con ello se podría poner en peligro la efectividad de la participación de Estados Unidos en operaciones humanitarias de restablecimiento y mantenimiento de la paz alrededor del globo.

Un ulterior elemento que condiciona el integral funcionamiento de la Corte es representado por lo dispuesto en el artículo 13, que reconoce legitimación activa para someter un caso a la jurisdicción de la Corte solamente a los Estados Partes, al Fiscal y al Consejo de Seguridad<sup>10</sup>. Así, individuos,

<sup>9</sup> Art. 12 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "1. El Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5. 2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) el Estado del que sea nacional el acusado del crimen. (...)"

<sup>10</sup> Art. 13 del "Estatuto de la Corte Penal Internacional": "La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) un Estado parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14,

## El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

107

Organizaciones Internacionales<sup>11</sup>, Organizaciones No Gubernamentales y Estados no Partes no podrán remitir al Fiscal denuncias, aunque se prevé que podrían hacerle llegar informes para que éste empiece, ex officio, una investigación<sup>12</sup>.

### 2. – EL ARTÍCULO 98 DEL ESTATUTO DE ROMA

Uno de los problemas más graves en materia de efectividad y positivo funcionamiento del nuevo Tribunal, es representado por el contenido del artículo 98 de su Estatuto.

La redacción de este precepto fue objeto de largas discusiones en el seno de los Comités que se encargaron de la redacción definitiva del texto del Tratado de 1998. El rol preponderante de los representantes de Estados Unidos, determinó en larga medida que el

---

*una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.*

<sup>11</sup> En relación con la legitimación activa de las organizaciones internacionales, se consideró que los Estados son los únicos titulares de la función jurisdiccional en materia penal.

<sup>12</sup> Sobre la base del art. 15 del ‘Estatuto de la Corte Penal Internacional’.

artículo terminase expresándose en los términos siguientes:

*“1. La Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad. 2. 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”.*

El texto arriba transcrito refleja claramente, por su vaguedad y complejidad, el trabajoso camino que condujo a su creación, y presenta en la actualidad no pocos problemas interpretativos, relacionados sobre todo con su coherencia respecto de los demás artículos del Estatuto.

### 2.1 – PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En materia de interpretación del contenido del artículo, el punto de

arranque es fundamentalmente constituido por los artículos 31 y 32 de la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, según los cuales un tratado deberá ser interpretado de buena fe, según el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos (y no la intención de las partes, lo que constituiría un criterio demasiado subjetivo), a la luz del contexto, y a partir de la consideración del objeto y fin del tratado; sin embargo, como medio complementario de interpretación, podrán ser usados los trabajos preparatorios, si éstos sirven para dilucidar la interpretación en casos de ambigüedad.

En el caso específico del Estatuto de Roma, debe tenerse en cuenta que su objetivo principal es bipartido: por un lado, sus normas se enfocan en la penalización de determinadas conductas consideradas de grave magnitud; por el otro, el articulado fomenta las investigaciones y juicios nacionales, antes de recurrir a la Corte, a través del llamado principio de complementariedad<sup>13</sup>. A la luz de lo expresado, resulta claro que ninguna interpretación del artículo 98 puede llegar a garantizar la impunidad por ciertos crímenes y para ciertos criminales, dado que lo anterior frustraría claramente el objeto y fin del propio Tratado.

Solamente a partir de estas observaciones puede ser correctamente entendido el contenido del artículo 98, por medio del cual los Estados negociadores intentaron simplemente preservar ciertas protecciones en materia

<sup>13</sup> Cfr. arts. 1 y 17 del 'Estatuto de la Corte Penal Internacional'.

de enjuiciamiento, ya previstas por el derecho consuetudinario internacional y el derecho de los tratados.

En este sentido, el artículo debe ser leído en conjunto con el numeral 27 del propio Estatuto<sup>14</sup>.

La supuesta contradicción entre estos dos preceptos es solamente aparente. En efecto, el art. 27 establece una prohibición general de utilización de cargos oficiales, y de las inmunidades que éstos puedan conllevar, para impedir el ejercicio de competencia por parte de la Corte; por otro lado, el art. 98 establece excepciones a la regla general en materia de entrega a la Corte, que sin embargo, continúan siendo perfecta consecuencia del principio de complementariedad y de los propósitos generales del Estatuto, encauzados a evitar la impunidad por ciertos crímenes de particular magnitud.

Según el criterio enunciado, el artículo en cuestión debe entonces ser interpretado en sentido restrictivo, y de manera en que no contradiga el objeto y fin del Estatuto en su conjunto.

## 2.2 – CONTENIDO DEL ARTÍCULO 98

El párrafo primero del artículo 98 no presenta mayores dificultades inter-

<sup>14</sup> Art. 27 del 'Estatuto de la Corte Penal Internacional': "(...) 2. *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.*"



## El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

pretativas, y se refiere específicamente a los casos de personal que goce de inmunidad diplomática: en aplicación de las normas vigentes en la materia<sup>15</sup>, el Estatuto reconoce el derecho del Estado receptor de no entregar a la Corte el sospechoso, dado que sobre él no puede efectivamente ejercer su jurisdicción. Sin embargo, también en este caso, la inmunidad no debe ser confundida con la impunidad del involucrado: el Estado aportante continuará teniendo la obligación de ejercer su jurisdicción sobre su nacional, según se desprende de la lectura del art. 31 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas<sup>16</sup>. En este sentido, si este Estado es parte del Estatuto, podría hasta preverse la entrega de la persona protegida por la inmunidad a la Corte, dado que la inmunidad concierne una suspensión en el ejercicio de la jurisdicción para el Estado receptor, no para el aportante.

De mucha mayor envergadura son los problemas derivados de la interpretación del contenido del párrafo segundo del art. 98. En este caso, las palabras clave son “acuerdo internacional” y “Estado aportante”. El párrafo en

cuestión toma entonces en consideración la inmunidad de que gozan ciertas personas, cuando sean enviadas oficialmente por un Estado, y resulten ser protegidas por un acuerdo internacional, que prevea un procedimiento específico para el enjuiciamiento de las mismas.

Del análisis de las negociaciones que se dedicaron a la redacción del art. 98, se puede claramente deducir como el fin del mismo no haya sido el de proteger individuos particulares, que no estén actuando en una función oficial, o que no se encuentren comprendidos entre una particular categoría de personal, prevista en un acuerdo internacional.

Los acuerdos a los que se refirieron los negociadores son los “Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación” (*Status of Mission Agreements* – SOMAs) y los “Acuerdos sobre el Estatus de las Fuerzas” (*Status of Force Agreements* – SOFAs)<sup>17</sup>, previstos por ejemplo en el art. 4 de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado. Típicamente, tales acuerdos son negociados con las Naciones Unidas, en casos de operaciones militares multinacionales: el propósito de esta normativa no es garantizar la llana y simple inmunidad del personal involucrado, sino determinar la aplicación de los procedimientos especiales de res-

<sup>15</sup> Pueden tomarse en consideración a las diferentes Convenciones en materia de inmunidad diplomática, y especialmente la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas.

<sup>16</sup> Aunque la redacción del artículo en cuestión no haya sido particularmente acertada. Art. 31 de la ‘Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas’: “(...)4. *La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.*”

<sup>17</sup> Los varios proyectos de artículo elaborados antes de 1998, demuestran claramente la intención de los negociadores, tanto estadounidenses como de los demás países, de proteger esta categoría específica de personas.

ponsabilidad previstos en los propios Acuerdos.

Resulta entonces cierto que, en particulares situaciones, la normatividad contenida en los Acuerdos en mención podría llegar a colisionar con la normatividad propia del Estatuto, en materia de entrega de personas a la Corte. En estos casos, el artículo 98 prevé el respeto de la vigencia de los acuerdos previos y, en aplicación del principio de complementariedad, autoriza la toma de las medidas que sean en ellos previstas para hacer justicia de determinadas situaciones que involucren cuestiones de responsabilidad del personal en cuestión.

### 3. — CONVENCIÓN SOBRE LA SEGURIDAD DEL PERSONAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL PERSONAL ASOCIADO

Los SOFAs y SOMAs son acuerdos especiales previstos, entre otros, en el art. 4 de la Convención de 1994 sobre Seguridad del Personal de las Naciones Unidas. En este sentido, resulta ejemplificativo y valioso analizar este instrumento en particular, dado que los demás Acuerdos se han inspirado en larga parte en la propia Convención. Para que la prohibición de entrega prevista en el art. 98.2 sea efectiva, el Tratado de 1994 aclara que se necesita estar en presencia de tres supuestos específicos:

- Previa creación de una relación oficial, entre el país o institución

aportante y el país receptor, así como previsto por ejemplo por la Convención de 1994, que considera personas protegidas solamente a aquellos individuos contratados o desplegados por el Secretario General de Naciones Unidas, como miembros de los componentes militares, policíacos o civiles de una operación de Naciones Unidas, o personas asignadas por un gobierno o institución internacional, con el acuerdo del órgano competente de Naciones Unidas (art.1)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Art. 1 de la 'Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado': "*Para los efectos de la presente Convención: a) Por personal de las Naciones Unidas se entenderá: i. Las personas contratadas o desplegadas por el Secretario general de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas; ii. Otros funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas o sus organismos especializados o el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) que se encuentren presentes, con carácter oficial, en una zona donde se lleve a cabo una operación de las Naciones Unidas; b) Por personal asociado se entenderá: i. Las personas asignadas por un gobierno o por una organización intergubernamental con el acuerdo del órgano competente de las Naciones Unidas; ii. Las personas contratadas por el Secretario general de las Naciones Unidas, por un organismo especializado o por el OIEA; iii. Las personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el Secretario general de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el OIEA (...)*".

## El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

111

- Una operación establecida por el órgano competente de Naciones Unidas, de conformidad con la Carta, y realizada bajo la autoridad y control de las Naciones Unidas (art. 2)<sup>19</sup>.
- Un acuerdo específico, que deberá comprender de antemano disposiciones sobre las prerrogativas e inmunidades de los componentes militares y de policía de la operación (art.4)<sup>20</sup>.

Así, la intención de los negociadores del artículo 98.2, y en específico de los participantes estadounidenses

(que fueron los principales actores en la redacción del mismo), fue la de proveer medios, dentro del Estatuto de Roma, para permitir el funcionamiento de las reglas especiales contenidas en los existentes SOFAs o SOMAs, y para favorecer la suscripción futura de otros acuerdos del mismo tipo, cuando llegare a ser necesario, y siempre en el respeto de los límites y características propios de tales acuerdos<sup>21</sup>.

### 4. – AMERICAN SERVICE-MEMBERS PROTECTION ACT

La actitud de Estados Unidos, sin embargo, ha cambiado profundamente en los años sucesivos a 1998. La Administración Bush ha retirado la firma (6 de mayo de 2002) apuesta al Estatuto durante la presidencia Clinton, y desde entonces más de una vez ha reiterado su negativa en ser Parte del mismo.

A todo esto deben añadirse las presiones ejercidas sobre otros Estados, partes y no partes del Estatuto, para que suscriban Acuerdos Bilaterales de Inmunidad con Estados Unidos, que se consideran erróneamente basados sobre el art. 98 del Estatuto. Como veremos, tal no es el caso, porque estos acuerdos no reúnen las características de los acuerdos a los que se refiere el Estatuto, amplían indiscrimi-

<sup>19</sup> Art. 2 de la 'Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado': "1. La presente Convención se aplicará al personal de las Naciones Unidas y al personal asociado y a las operaciones de las Naciones Unidas, según se definen en el artículo 1. 2. La presente Convención no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas, a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales."

<sup>20</sup> Art. 4 de la 'Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado': "El Estado receptor y las Naciones Unidas concluirán lo antes posible un acuerdo sobre el estatuto de la operación de las Naciones Unidas y de todo el personal que participa en la operación, el cual comprenderá, entre otras, disposiciones sobre las prerrogativas e inmunidades de los componentes militares y de policía de la operación."

<sup>21</sup> A diferencia de lo que muchas interpretaciones afirman, los negociadores nunca tuvieron la intención de limitar la aplicación del art. 98 solamente a los acuerdos ya existentes.

nadamente la categoría de personas protegidas, y no hacen referencia alguna a la instauración de una relación oficial entre el Estado aportante y el Estado receptor.

La base y el incentivo para la suscripción de tales acuerdos se encuentra fundamentalmente en el “American Service-Members Protection Act” (ASPA), una legislación federal promovida por el Senador Jesse Helms como una enmienda al “Defense Authorization Act”, y aprobada en agosto de 2002. El objetivo de la enmienda ha sido el de “proteger al personal militar y oficial de Estados Unidos contra el enjuiciamiento por parte de una corte penal internacional de la cual los Estados Unidos no son parte”.

La Ley autoriza “cualquier acción necesaria” para evitar la entrega de los individuos a la Corte (Secc. 2008.a)<sup>22</sup>. Además, contiene la prohibición de proveer ayuda militar a aquellos países que hayan ratificado el Estatuto, a menos que no suscriban acuerdos especiales de inmunidad (Secc. 2007.c)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Sección 2008.a del ‘American Service-members Protection Act’: “AUTHORITY- The President is authorized to use all means necessary and appropriate to bring about the release of any person described in subsection (b) who is being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court.”

<sup>23</sup> Sección 2007.c del “American Service-members Protection Act”: “ARTICLE 98 WAIVER- The President may, without prior notice to Congress, waive the prohibition of subsection (a) with respect to a particular country if he determines and reports to the

Sucesivamente, la Enmienda Nethercutt al *Foreign Operations Appropriations Bill*, aprobada el 7 de diciembre de 2004, ha autorizado la suspensión de toda asistencia económica a los Estados partes del Estatuto que no hayan firmado tales Acuerdos Bilaterales de Inmunidad. La asistencia concierne un vasto número de iniciativas, en los campos del mantenimiento de la paz, medidas anti-terroristas, controles de tráfico de droga, o ayuda para el desarrollo económico y democrático<sup>24</sup>.

## 5. - ACUERDOS BILATERALES DE INMUNIDAD

Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (Bilateral Immunity Agreements – BIAs) son acuerdos ejecutivos que no requieren de la aprobación del Senado según la ley americana. Su

---

*appropriate congressional committees that such country has entered into an agreement with the United States pursuant to Article 98 of the Rome Statute preventing the International Criminal court from proceeding against United States personnel present in such country.”*

<sup>24</sup> Entre los Programas suspendidos, a partir del 1° de julio de 2003, se encuentran los siguientes: *International Military Education and Training (IMET)*, *Foreign Military Financing (FMF)*, *Excess Defense Articles (EDA)* y *Non-Drug Emergency Drawdown Authority Funds*. La Sección 574 de la *Foreign Operations Appropriations Law*, de 2005, conocida como la “*Nethercutt Amendment*”, añade los programas de ayuda económica, los *Economic Support Funds*, a la lista de programas potencialmente suspendidos.

## El artículo 98 del Estatuto de Roma y los acuerdos bilaterales...

objetivo específico es prohibir la entrega de un vasto número de “personal” estadounidense a la Corte, cuando el individuo se encuentre en el territorio de un Estado parte o no parte.

El problema fundamental que surge con tales acuerdos es representado por el hecho de que, no obstante la reiterada referencia al artículo 98 del Estatuto<sup>25</sup>, estos instrumentos no respetan las provisiones del artículo y, además, son generalmente firmados gracias a presiones de carácter económico, que los Estados Unidos están ejerciendo sobre determinados países.

A todo esto debe añadirse también que los Estados parte del Estatuto que firman tales acuerdos, se encuentran en una posición de grave y abierta violación de las normas del Estatuto, que no prevé la posibilidad de presentar reservas, y cuyas normas deben ser aplicadas integralmente, y con el respeto del objeto y fin del tratado<sup>26</sup>.

### 5.1 – SUJETOS PROTEGIDOS

Generalmente en los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad que ya han entrado en vigor, los sujetos protegidos son:

- Cualquier tipo de funcionario público, presente o pasado;
- Todo tipo de empleados, comprendidos contratistas (hasta si son nacionales del Estado firmante);
- Personal militar; y,
- Nacionales de Estados Unidos (y del Estado firmante, en caso de que el acuerdo sea recíproco).

A tal propósito, los Estados Unidos alegan que tales acuerdos bilaterales de no-entrega deben comprender todo nacional estadounidense, y hasta individuos privados no nacionales que trabajen o hayan trabajado, en cualquier función, para Estados Unidos. Lo que es más, los Estados Unidos afirman que tales acuerdos se rigen bajo el artículo 98 del Estatuto, cuando el contenido del mismo diverge profundamente del de los acuerdos en cuestión: la primera diferencia se refiere a la categoría de sujetos protegidos, que ha sido exageradamente ampliada, dado que en los Acuerdos no hay ya referencia alguna al concepto de “Estado aportante”, no se prevé la instauración de una relación oficial entre los dos Estados, y simplemente se afirma, de manera extremadamente genérica, que todo nacional de Estados Unidos será protegido, en conjunto con todo empleado de Estados Unidos, independientemente de su nacionalidad.

<sup>25</sup> Tales acuerdos son llamados también “Article 98 Agreements”.

<sup>26</sup> Esto vale también para los Estados que hayan firmado, pero aún no ratificado el Estatuto, de acuerdo al art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

## 5.2 – INCOMPATIBILIDAD DE LOS ACUERDOS CON EL ESTATUTO

A todo lo anterior debe añadirse un gravísimo problema ulterior que se está suscitando con los países partes del Estatuto, que hayan suscrito Acuerdos Bilaterales de Inmunidad: en este sentido, la suscripción de tales acuerdos constituye una abierta violación del Estatuto. Según lo dispuesto por sus artículos 12, 13 y 17, la Corte ejerce competencia para investigar y enjuiciar en caso de renuencia o impotencia de un Estado para incoar un juicio o iniciar una investigación: la jurisdicción complementaria que ejerce es fundamental, y es la única garantía existente para evitar la impunidad.

Así, el artículo 98 no puede absolutamente ser interpretado para que permita a un Estado no parte del Estatuto (como Estados Unidos) beneficiarse de su aplicación para sustraer a sus nacionales de la jurisdicción de la Corte. El objeto y fin del tratado deben ser respetados; de otra manera, se nulificaría la jurisdicción de la Corte y se comprometería el mismo contenido del Estatuto<sup>27</sup>.

Con la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, el Estado parte violaría sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma, y el Acuerdo en sí no sería legalmente válido bajo el art. 98 del Estatuto. Este precepto debe ser considerado como un mecanismo que refleja la observancia del principio de

complementariedad, y no como un método que pueda ser aprovechado por Estados no Partes, para influir en la jurisdicción de la Corte: es entonces un mecanismo previsto solamente para los Estados Partes.

En una situación similar se encuentran aquellos Estados que hayan firmado, pero aún no ratificado el Estatuto, dado que el art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe cualquier acto en virtud del cual se frustren el objeto y fin del tratado.

Por todas las razones expuestas, la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad constituye un peligroso precedente, que permite la instauración de un efectivo sistema de impunidad para los nacionales estadounidenses, y una monumental violación del principio básico de igualdad ante a la ley: **TODOS LOS SERES HUMANOS SON IGUALES ANTE LA LEY, A MENOS QUE SEAN CIUDADANOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.**

<sup>27</sup> Cfr. Arts. 26, 27 y 31 de la 'Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados'.