

Los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad y el Art. 98 de la Corte Penal Internacional

The Bilateral Immunity Agreements and the article 98 of the International Criminal Court

Christian G. Sommer ()*

Cada vez más en los últimos años, estamos siendo testigos del ensanchamiento en la brecha existente entre la normativa internacional que pretende regular la Comunidad Internacional y las manifestaciones unilaterales de algunos Estados que prácticamente desconocen los principios del Derecho Internacional construido hasta nuestros días.

En este sentido notamos, en especial desde comienzos del siglo XXI, como los Estados fuertes han regresado a prácticas de soberanía clásica o a posiciones del realismo clásico visto desde la óptica de las relaciones internacionales.

En ese contexto se presentan dos modelos de regulación internacional. Por un lado las prácticas jurídicas que, como consecuencia de la evolución del Derecho Internacional, han creado a través del sistema multilateral, instancias legales y judiciales que procurarían generar espacios globales o regionales de justicia, tales como la Corte Internacional de Justicia, las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos y más recientemente, la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), ya no para juzgar Estados, sino establecer responsabilidades de individuos que han ocasionado crímenes de derecho internacional¹.

La Corte Penal Internacional, un viejo proyecto de la Comunidad Internacional, que surgiera como consecuencia de los crímenes de lesa humanidad y genocidio perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial, teniendo su antecedente jurídico en los trabajos de la CDI de Naciones Unidas, refleja el intento de construir un órgano judicial con principios de justicia global, en donde ya no los Estados, sino los individuos que representan a tales Estados puedan ser perseguidos y juzgados por crímenes de derecho internacional. Esta

¹ Prescribe la investigación y juzgamiento por crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y de agresión.

idea de “*evolución*” del derecho internacional que prendió en sus arquitectos, ha devenido en una ingeniería jurídica y procesal, a las cuales algunos Estados no están dispuestos a someterse. Esto es lo que podemos apreciar en los comportamientos de Estados como China, Estados Unidos, Rusia o Israel que no son Estados Parte de la misma.

El 18 de julio de 1998, día de la firma del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el entonces Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, aseguró que el establecimiento definitivo del Tribunal representa “*Un momento histórico y un gigantesco paso en el camino hacia la justicia*”. El 31 de diciembre de 2000, fecha límite para firmar el Estatuto de Roma, los Estados Unidos de Norteamérica junto a Irán e Israel son los últimos países en firmar el Estatuto, elevando a 139 el número total de firmas. Sin embargo, En una actitud polémica, el 6 de mayo de 2002, el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, - bajo la nueva administración del Presidente George W. Bush -, anunció formalmente a las Naciones Unidas su posición de no ratificar el Estatuto de Roma y en consecuencia, mantenerse al margen de sus términos.

En el Estatuto de la CPI, si bien el mismo será de aplicación subsidiaria al sometimiento de la justicia de los Estados por hechos ocurridos en sus territorios o por sus nacionales; los Estados partes se encuentran obligados a cooperar plenamente en la investigación y en el enjuiciamiento de los crímenes de competencia de la Corte, asegurándose además que en el derecho interno de cada uno de éstos, existan los procedimientos aplicables a todas las formas penales especificadas en el estatuto, particularmente en lo que respecta a la extradición o la cooperación y a la asistencia judicial.

Respecto a los puntos que hace al presente análisis, El Estatuto de Roma, prevé una serie de mecanismos respecto de las facultades del Fiscal para con los sujetos investigados. Durante la investigación se podrá dictar *orden de detención* si tras examinar la solicitud, las pruebas y otros antecedentes aportados por el Fiscal, se llega al convencimiento de que hay *motivo razonable* para estimar que se ha cometido un crimen de competencia de la Corte.

Estos puntos son los que han generado el rechazo por parte de varios Estados quienes no han ratificado el Estatuto, especialmente los EE.UU. Ello teniendo en

cuenta que tal detención se podría efectivizar ya sea frente a personal militar o civil que representa intereses de los EE.UU, en operaciones multinacionales de paz, en ejercicios militares combinados en países extranjeros o en la permanencia de tropas y personal estadounidense en cualquier país extranjero que sea parte del Estatuto de la CPI. Es decir, en todo lo referente a la entrada, permanencia y salida de tropas y funcionarios estadounidenses fuera de su territorio. El artículo 27º del Estatuto establece que los cargos oficiales, como Jefes de Estado o de Gobierno, miembros de un gobierno o parlamentarios, representantes elegidos o funcionarios de gobierno, no se eximirán de responsabilidad legal ni serán motivo para reducir la pena. Más aún, la derogación de inmunidades de jurisdicción tradicionalmente reconocidas constituye el reflejo de una nueva tendencia en el derecho internacional; que en función de consolidar la igualdad ante la ley cuando se trata de sancionar eventuales violaciones a los derechos humanos, ha ido minando los poderes omnímodos de la extraterritorialidad judicial de los Estados.

El punto clave es entonces la razón de otorgamiento de la inmunidad por cuanto los Estados no Partes, temen podrían existir motivaciones políticas al interior de la Corte que pusiera en riesgo la seguridad nacional de los mismos.

Para garantizar la inmunidad de cualquier tipo de detención a ciudadano estadounidense, el gobierno de la administración Bush y el Congreso de ese país, crearon una serie de mecanismos legales tendientes a consolidar tales fines. En particular, la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad con más de 100 países, muchos de los cuales ya eran Estados Parte del Estatuto de la CPI.

El art. 98 de la Corte Penal Internacional y los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad²

En el arduo proceso de negociaciones que fue la creación del Estatuto de Roma de la Corte Penal, se estableció en su artículo 98 una cláusula de inmunidad mediante la cual:

² Una aclaración en cuanto a la etimología de los conceptos aquí utilizados, es referente a los conceptos de tratados y acuerdos. Para ambos usaremos la denominación genérica para los entendimientos o contratos entre Estados, o entre éstos y uno o más organismos internacionales, que constituyen una fuente principal del Derecho Internacional. Pueden denominarse con términos considerados sinónimos: tratados, pactos, convenios, convenciones, arreglos, protocolos. Estos dos últimos se reservan para asuntos de menor importancia o que tienen carácter complementario de otros acuerdos.

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 a 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 entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que esta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que de su consentimiento a la entrega

Es necesario aclarar que el propósito de esta cláusula era respetar los *Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas* (CEF) de un Estado en territorio extranjero. Lo que regulan estos convenios es regular la situación jurídica de las Fuerzas Armadas de un país, legalmente establecidas en territorio extranjero, y de esta manera, determinar qué Estado tiene la preferencia para investigar y procesar al personal militar acusado de haber violado la ley en el territorio del Estado receptor.³

El artículo 98, que tuvo su origen en la propia Conferencia Diplomática de Roma, se redactó con objeto de abordar la cuestión de la relación entre las obligaciones de los Estados Partes al amparo del *futuro* Estatuto de Roma y las obligaciones *existentes* de los Estados Partes en el derecho internacional. El párrafo 1 del artículo 98 se redactó, en concreto, para tratar la limitada cuestión de la relación entre las obligaciones de los Estados Partes en el Estatuto de Roma y otras obligaciones previas que tuvieran contraídas en virtud del derecho internacional consuetudinario o convencional concerniente a las inmunidades diplomáticas y las inmunidades estatales, y en concreto a las incorporadas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Como se explica más adelante, el párrafo 2 del artículo 98 fue concebido para afrontar el problema del efecto de un tratado multinacional subsiguiente, el Estatuto de Roma, sobre acuerdos existentes, es decir, los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas. En ambos casos, los redactores adoptaron unas disposiciones cuidadosamente elaboradas, con unas muy limitadas excepciones (o aparentes excepciones) al objeto y fin generales del Estatuto de Roma.

³ HERENCIA CARRASCO, Salvador. *Corte Penal Internacional: Balance y Perspectivas*. Comisión Andina de Juristas y la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos el 27 de julio de 2003.

El artículo 98.2 es aplicable a los Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas (CEF) o "*Status of Forces Agreements*", existentes y vigentes, no a los que se establezcan *después* de que un Estado pasa a ser Parte en el Estatuto de Roma. En cualquier caso, incluso si se diera la circunstancia de que la Corte Penal Internacional llegara a aceptar que esta disposición pudiera ser aceptable para ese tipo de acuerdos renovados o de nuevo tipo, esos nuevos Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas habrían de ser, sin lugar a dudas, consecuentes con las disposiciones del propio Estatuto de Roma y del resto del derecho internacional. Es más, como se explica seguidamente, todo Estado que firme un acuerdo de inmunidad con Estados Unidos, y que previamente hubiera firmado el Estatuto de Roma, estaría actuando de forma contraria al objeto y al fin del Estatuto y, por consiguiente, estaría claramente infringiendo las obligaciones contraídas en virtud del derecho consuetudinario internacional que rige los tratados.

De las actitudes de los delegados gubernamentales que redactaron el Estatuto se desprende que el artículo 98.2 se ideó para contener posibles conflictos entre las obligaciones existentes en virtud de CEF *vigentes* y las disposiciones del Estatuto de Roma:

"El concepto subyacente a esa disposición (el artículo 98.2) era resolver los posibles conflictos jurídicos que pudieran producirse a causa de Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas existentes. Es decir, que, por el contrario, el artículo 98.2 no se concibió para generar un incentivo mediante el que (futuros) Estados Partes llegaran a celebrar Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas que pudieran suponer un obstáculo en la ejecución de solicitudes de cooperación cursadas por la Corte"⁴.

Sin embargo, los Estados Unidos tomaron como fundamento este artículo 98 del Estatuto de Roma para suscribir Acuerdos Bilaterales de Inmunidad VFA (*Visiting Forces Agreements*) o ABI, con el propósito de evitar que sus nacionales, especialmente el personal militar y líderes políticos, sean detenidos y entregados para ser juzgados por la Corte.

⁴ Véase A Legal Analysis of the Proposal and Options for a Compromise Formula in the Light of the Debate in the Working Group on Friday, 23 June 2000: A Contribution by Germany; reproducido en forma de anexo en la obra de Hans-Peter Kaul, *The Continuing Struggle on the Jurisdiction of the International Criminal Court*, Horst Fischer, Claus Kreß & Sacha R. Lüder, *International and National Prosecution of Crimes under International Law*. Berlín. 2001.

El punto de controversia radica en el hecho que la Corte tiene competencia para juzgar a una persona acusada de cometer un crimen de derecho internacional, aún si su país no sea parte del Estatuto. Para esto, basta que esta persona haya cometido un crimen en el territorio de un Estado Parte.⁵ Esto constituye una revolución en justicia internacional puesto que antes de la CPI, el principal requerimiento de estos tribunales (como es el caso de la Corte Internacional de Justicia o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) era obtener el consentimiento expreso de los Estados, como requisito previo para someterlos a su jurisdicción. Esta innovación es inaceptable para Estados Unidos y este mismo argumento ha sido utilizado por potencias nucleares como China, India, Pakistán para no ser Estados Parte de la Corte.

Asimismo, los argumentos de Estados Unidos frente a la CPI se pueden ver en el Anexo de la Resolución 1929 sobre la Promoción de la Corte Penal Internacional de la Asamblea General de la OEA del 10 de junio de 2003. En el texto de la reserva, el delegado estadounidense establece que su país *no ha ratificado el Tratado de Roma y no tiene la intención de hacerlo, debido que la Corte atenta contra la soberanía nacional de los Estados al declarar su competencia sobre nacionales de países que no son parte del Estatuto.*

Considerando que Estados Unidos tiene operaciones militares en casi 100 países en todo el mundo, la Administración Bush promulgó en Agosto de 2002, *la Ley de Protección al Personal Estadounidense (ASPA)*. Mediante esta ley, se estableció como plazo el 1 de julio de 2003⁶ para que se suscriban acuerdos de inmunidad para sus nacionales frente a la Corte. Los países que no realicen esto, verán comprometida la ayuda militar salvo que el Presidente expresamente disponga lo contrario (sea por motivos de Seguridad Nacional o por la firma posterior de estos Acuerdos). Esto es un tema especialmente sensible para países que reciben gran cantidad de ayuda militar o económica⁷.

⁵ Art. 12 del Estatuto de la CPI

⁶ Fecha posterior a las firmas de ratificación de la CPI por parte de muchos de los Estados que luego firmaron los Acuerdos de Inmunidad con Estados Unidos.

⁷ Es interesante analizar las disposiciones de estos acuerdos en base al art. 52 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en cuanto no darían margen de negociación a los estados que se les exige la firma de los ABI, en particular a los más débiles. Art. **52. Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.** *Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.*

A parte de esta disposición, está ley:

a) Prohíbe cualquier cooperación de Estados Unidos con la Corte;
b) Restringe la participación de este país en operaciones de paz y de índole humanitaria; y

c) Autoriza al Presidente a **utilizar todos los medios necesarios** para liberar a un ciudadano estadounidense retenido por la Corte. (*The Hague Invasion Act*)

Parte del problema refiere entonces, a la decisión en el sentido de: si dar curso a una solicitud de entrega exigiría al Estado requerido, -que ha firmados ABI -, o actuar en forma incompatible con las obligaciones que le impongan el derecho internacional de conformidad con un acuerdo según el sentido del artículo 98.2.

En particular, porque le **corresponde a la Corte Penal Internacional**, y **no al Estado** que reciba o al Estado que envíe (Estado receptor o Estado de origen), respectivamente, según la terminología de los CEF, *decidir sobre si se concede inmunidad o no*. Es aquí, donde se hayan plasmadas una de las brechas que dividen las posiciones sobre la CPI y la necesaria creación de los ABI. Por un lado quienes propugnan ideas de justicia mundial y los que se aferran a posiciones unilaterales de los Estados de decidir donde y como obligarse internacionalmente.

El procedimiento para que la Corte Penal Internacional adopte tal decisión está establecido en la Regla 195.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, donde se dispone:

1. *“El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte”.*

Por otra parte, ya el artículo 7 del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) relativo al Estatuto de las Fuerzas, referido a la jurisdicción sobre los miembros de una fuerza o de un elemento civil y las personas dependientes de los mismos del Estado de origen (texto que además ha sido el modelo durante años para los CEF bilaterales de Estados Unidos), establece la asignación de la jurisdicción entre el Estado de origen y el Estado receptor. No se trata de un acuerdo de extradición, sino de un acuerdo en el que se detallan las circunstancias en las que un Estado habrá de entregar a una

persona a otro Estado para ser sometida a investigación y procesamiento (lo que, en determinadas circunstancias, puede realizarse en bases militares del Estado de origen ubicadas en el Estado receptor), así como, algo especialmente pertinente para la comprensión del propósito del artículo 98.2, los pormenores para la cooperación en esas investigaciones y procesos. Sin embargo, Europa tampoco está exenta de la elaboración de ABI.

Los miembros de la Unión Europea, ante la solicitud, fijaron una posición común durante el mes de septiembre del 2002 indicando que los países de la Unión podrán suscribir acuerdos bilaterales con Estados Unidos, dando a sus soldados inmunidad en caso de que sean procesados por el Tribunal Penal Internacional. La cuestión provocó polémica en el seno del grupo europeo donde había dos opiniones antagónicas. Por un lado, quienes rechazaban cualquier tipo de inmunidad -defendida por Alemania-; y por el otro, la de quienes querían que se permitiera a países miembros adoptar acuerdos bilaterales con EE.UU, defendida por Inglaterra. En definitiva triunfó una opción de consenso, presentada por España, por la que se permite a los miembros de la Unión pactar con Estados Unidos la inmunidad de sus militares y diplomáticos mediante compromisos bilaterales. Sin embargo, esta inmunidad no podría en ningún caso extenderse a civiles. Sobre este punto cabe recordar que el Reino Unido y Francia ya habían firmado un acuerdo con el gobierno de Afganistán para impedir que éste pudiera entregar a la Corte Penal Internacional a sus soldados sin su autorización. A ello se suma la incómoda posición de la diplomacia francesa, luego de difundirse que su ratificación del Estatuto se efectuó utilizando el artículo 124, disposición especial que retarda la competencia de la CPI, respecto de sus misiones internacionales, por siete años, en cuanto a los crímenes de guerra⁸.

Parte significativa de la actual análisis jurídico y político sobre la validez y aplicación de los ABI, radican en que, al generarse instrumentos jurídicos de índole "*bilateral*"⁹, éstos no solo atañen a lo concerniente a la inmunidad que puedan gozar las tropas de determinados países, sino que afectan todo el

⁸ CONCHA PUIGRREDON, Jaime. *La Corte Penal Internacional. Contenido y alcances al Tratado*. Curso XLII del Colegio Interamericano de Defensa. Washington, DC. Mayo de 2003

⁹ Más que acuerdos bilaterales, objetivamente se asemejan a compromisos internacionales unilaterales con cláusulas cerradas, ya que los ABI son instrumentos estándares a los cuales los estados que se someten a ellos no pueden modificar el contenido del mismo.

sistema de cooperación internacional que prevé el Estatuto de la CPI, a fin de poder hacer efectivo el funcionamiento de la misma. Sin cooperación internacional, es imposible que la CPI administre justicia ya que no contaría con el soporte que necesita de parte de la mayoría de los Estados Partes.

La Parte IX del Estatuto de Roma a la que pertenece el artículo 98º es concerniente a la “Cooperación Internacional y Asistencia Judicial” y en ella se establece la obligación general respecto de todos los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia, regulándose con esta finalidad los procedimientos aplicables para la detención y entrega de personas a la corte, la detención provisional y otras formas de asistencia y cooperación¹⁰.

De manera genérica las obligaciones establecidas en el Estatuto con respecto a los Estados Partes se subdividen en 2 grupos, la primera de éstas vinculadas a aquellas que establecen la obligación de cooperar plenamente con la CPI y la segunda aquellas relacionadas con la obligación de implementar en la legislación interna los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación con la Corte.

Respecto a la naturaleza de la obligación de cooperar esta ha sido considerada por diversos autores como de carácter general y aplicable a todos los órganos Estatales, razón por la cual *“En principio quedarían vinculadas las autoridades públicas de todos los niveles y desde un punto de vista estrictamente legal no sería necesario tomar ninguna medida legislativa”*.

Una obligación de entrega se iniciaría con las solicitudes de la Corte Penal Internacional que pueden ser dictadas de acuerdo con el Estatuto a solicitud del Fiscal, la defensa, o por propia iniciativa de la Corte. La CPI esta facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados partes y en algunos casos a

¹⁰ Art. 89 de la CPI. 1. *La Corte podrá transmitir, junto con los antecedentes que la justifiquen de conformidad con el artículo 91, una solicitud de detención y entrega de una persona a todo Estado en cuyo territorio pueda hallarse y solicitará la cooperación de ese Estado. Los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de conformidad con las disposiciones de la presente parte y el procedimiento establecido en su derecho interno.*

2. *Cuando la persona cuya entrega se pida la impugne ante un tribunal nacional oponiendo la excepción de cosa juzgada de conformidad con el artículo 20, el Estado requerido celebrará de inmediato consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa es admisible, el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de la solicitud de entrega hasta que la Corte adopte esa decisión.*

Estados no partes. El fundamento del régimen de cooperación que establece el Estatuto lo encontramos al analizar la estructura de la CPI, en ella a colaboración de los Estados Partes es central en la eficacia de la misma pues hace viable materializar todos los procedimientos judiciales que inicie la Corte posibilitando la creación “de una institución capaz de garantizar justicia a la vez que respete plenamente las prerrogativas de los Estados”.

Frente a tales hechos, se han alzado voces críticas respecto de los ABI. Estos sostienen que los Estados que celebren estos acuerdos violarían sus obligaciones de conformidad con el Estatuto de la CPI, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y posiblemente, sus propias leyes de extradición. En particular, se sostiene que, los Estados Partes del Estatuto de la CPI que celebren tales acuerdos violarían los Artículos 27, 86, 87, 89 y 90 del Estatuto, los cuales solicitan proporcionar asistencia y cooperar con la Corte. Estos Estados también violarían el Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual los obliga a no frustrar el objeto y fin de un tratado. Por último, al firmar tales acuerdos, muchos Estados violarían sus propias leyes de extradición debido a que los Estados, por lo general, tienen un poder mucho más amplio para aprobar la extradición y la entrega de personas de lo que podrían permitir los acuerdos propuestos por EEUU.

Respecto a la interpretación de los Tratados.

La entrada en vigor de un tratado es el nacimiento al Derecho Positivo, y por tanto su naturaleza vinculante se desarrolla y se aplica a las partes. Además, marca su obligatoriedad jurídica internacional y el deber de las partes de aplicarlo. Señala Sorensen¹¹, que las disputas que surgen con más frecuencia en relación con los tratados se refieren a su interpretación; la interpretación de los tratados ha ocupado la atención de los tribunales internacionales más que cualquier otro tema, como así también, intensas disputas doctrinales. Según algunos doctrinarios los textos convencionales han de interpretarse buscando la significación más acorde con el fin, atendiendo a las circunstancias del momento y la necesidad social. Pero según la opinión tradicional, el objeto

¹¹ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994

fundamental de la interpretación, ha de ser descifrar la verdadera voluntad del compromiso o acuerdo de partes¹².

Kelsen¹³ señalaba que, la fuerza obligatoria de la convención o de la validez de la norma coincide con la terminación del procedimiento negociador que adquiere fuerza obligatoria. Esa fuerza obligatoria se manifiesta en el hecho de que las partes negociadoras no pueden liberarse unilateralmente de las obligaciones creadas por la convención, y en caso de existir modificaciones, deberán ser hechas de acuerdo al procedimiento prescrito por el orden jurídico. Por su parte, Gutiérrez Espada¹⁴, señala que: "(...) *Para el Derecho Internacional, la entrada en vigor, exige de las partes en el trato su cumplimiento. De ahí que los Estados, sabedores de esa norma, deben acompañar los requisitos internos que determinan la válida aplicación del tratado por los órganos del Estado a la fecha de su entrada en vigor en el plano internacional; de otro modo, se correría el riesgo de incurrir en la comisión de un hecho ilícito internacional.*"

Así, el Art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, respecto a la Regla general de interpretación, reza que: "*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*". El principio "según el objeto y el fin del tratado", fue reconocido por primera vez por el CIJ en su dictamen del 28 de mayo de 1951 sobre "*los reservas a la Convención de Genocidio*".

A su vez, el principio internacional del "*pacta sunt servanda*" implica que la actitud de buena fe debe prevalecer durante la ejecución de un tratado en vigor. El art. 26 de la Convención de Viena, manifiesta que: "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*". Y establece la norma como *regla general*.

Al decir de Remiro Brotóns¹⁵, ello nos conduce a una posición teleológica que encuentra en dicho artículo un doble límite: por un lado el *objeto* forma parte de un único criterio interpretativo junto con el *fin*. Otro la interpretación

¹² REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Mc Graw-Hill. 1997

¹³ KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado*, Editora Nacional. México. 1974.

¹⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Césareo, *Derecho Internacional Público*, Editorial Trotta. 5ta Edición, España. 1995

¹⁵ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. 1995

teleológica, convive dentro de la misma regla general, con los métodos de interpretación tradicionales de la concepción objetiva (vg. CIJ. *Asuntos de los ensayos nucleares*. 1974),¹⁶ lo que se refuerza con el ya enunciado art. 18 de la Convención de Viena.

En el presente caso, en cuanto al cumplimiento por parte de los Estados Partes de la CPI y que a su vez han firmado los ABI con posterioridad, se podría considerar que estamos frente a las pautas que establece el art. 30 de la Convención de Viena, referente a las cuestiones de interpretación *ratione materiae*. Ésta, determina la compatibilidad de un tratado anterior y otro posterior sobre la misma materia y en que medida los efectos de uno, no quedan limitados por el otro. Frente a la incompatibilidad de derechos y obligaciones establecidos por tratados concluidos por sujetos diferentes, la CDI advirtió que tales hechos no se tratan de un problema de validez o nulidad, sino de responsabilidad internacional de quien, irremediablemente incumple una obligación libremente consentida.

Art. 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3:

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41¹⁷ y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al

¹⁶ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Mc Graw-Hill. Madrid.1997

¹⁷ **Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente.** 1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: a) si la posibilidad de tal modificación esta prevista por el tratado: o b) si tal modificación no está prohibida por el tratado. a condición de que: i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones: y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. 2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

artículo 60¹⁸ ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

Es así, que para quienes denuncian la validez de los ABI, todo argumento que pretenda esgrimir que los acuerdos de inmunidad estadounidenses son consecuentes con lo dispuesto en el artículo 98.2 del Estatuto de Roma, incumple el requisito básico mínimo de una interpretación de buena fe. Tal interpretación contradice frontalmente lo que los Estados pretendían en Roma y, por consiguiente, el principio preponderante en la interpretación de los tratados conforme al derecho internacional.¹⁹

Pautas desde las relaciones internacionales

¹⁸ **Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación.** 1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:

i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o

ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, sí el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o

b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

¹⁹ AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, 2000. "El primer principio (la interpretación de buena fe) emana directamente del principio de *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La interpretación forma parte de la aplicación de todo tratado, pero, claro está, lo que de ello se sigue es que todo proceso de análisis del material pertinente y de su evaluación debe hacerse de buena fe. Incluso en el caso de que la redacción del tratado sea clara, si su aplicación conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (por adoptar aquí la fraseología de la propia Convención de Viena en su artículo 32.b), las partes en el tratado de que se trate han de buscar otra interpretación."

Las divergencias que nos plantea la aplicación de la normativa internacional frente a los ABI- que procuran la inmunidad de jurisdicción de tropas y funcionarios de las potencias mundiales-, pone en foco la continua disputa entre derecho y poder.

Esta compleja situación en la comunidad internacional contemporánea, al decir de Carrillo Salcedo²⁰, *tiene que ser tenida en cuenta en todo esfuerzo de comprensión del derecho internacional actual. En ese sentido, lo esencial estriba en tomar conciencia de la tensión existente entre dos realidades básicas: de una parte la soberanía de los estados, de otra, el hecho indiscutible de que los Estados no viven aislados sino inmersos en un medio colectivo, la comunidad internacional, que a diferencia del pasado no se reduce exclusivamente a lo interestatal y que constituye hoy un grupo social universal y único, global, aunque a la vez heterogéneo y fragmentado.*

Así, se reproducen en los últimos años, actitudes de la grandes potencias que parecen hacer tabla rasa sobre la legalidad internacional. Sin embargo, tales modos solo remarcan hechos que ya se habían plasmado en la historia internacional. El mismo Estado que había construido la legalidad de la Sociedad de las Naciones, mediante los principios wilsonianos, fue de los primeros en deslegitimar el organismo cuando no le fue útil. Estas actitudes parecen repetirse con el actual rol que los EE.UU - principalmente - le asignan a la ONU y los organismos internacionales, instituciones, de los que en su momento, fue artífice necesario para su construcción.

Por ello, para poder entender en la actualidad, porque una potencia mundial como EE.UU, realiza actos unilaterales de consecuencias internacionales, hay que brevemente diferenciarlo en dos períodos.

A posteriori de la Segunda Guerra Mundial, los gobernantes estadounidenses, comprendían que, así como la civilización misma se distingue por la insistencia en que los conflictos se resuelven por medios diferentes a la fuerza bruta, así éstos insistieron en que las relaciones internacionales se debían ordenar bajo el mismo principio. Este principio fue proclamado en momentos posteriores a que el régimen alemán exhibió un desprecio aún mayor por el derecho

²⁰ CARRILO SALCEDO, Juan A. *Permanencia y cambios en el Derecho Internacional*. Cursos Euromediterráneos de Derecho Internacional. Vol. III. Editorial Aranzadi. Castellón, España. 1999.

internacional: actuó con el principio declarado de que *el poder hace al derecho*²¹. Sin embargo, pese a las declaraciones de algunos dirigentes estadounidenses de acompañar el cumplimiento irrestricto del derecho internacional, algunos pensadores influyentes sostienen ahora que el derecho internacional tiene poco o nada que ver con la legitimidad de los EE.UU en el seno internacional. *No fueron el derecho y las instituciones internacionales sino las circunstancias de la Guerra Fría y el papel de Washington en ella, lo que confirió legitimidad a EE.UU* (de obrar internacionalmente), remarca Robert Kagan²². Esta disputa entre quienes restan legitimidad al derecho internacional y quienes la defienden como un marco esencial para el “*orden y la convivencia internacional*”, no es otra que la ya clásica disputa desde la explicación teórica de las relaciones internacionales entre realistas e idealistas.

El debate entre idealistas y realistas se inicia hacia 1930, sin embargo, es un debate que sigue abierto con menor o mayor fuerza, según los tiempos históricos en que nos encuadremos, pero sobre todo porque el debate, por encima de todo es ideológico. Más allá de los matices y posiciones teóricas que han pretendido explicar la realidad internacional del último siglo, el intercambio de visiones y por ende de construcción de políticas de Estado e internacionales han estado configuradas sobre estas dos posiciones. Como las dos caras de Jano, reflejan posiciones casi antagónicas a la hora de explicar la política internacional. Solo recordar que para el idealismo, la política es el arte del buen gobierno antes que el arte de lo posible. El realismo por su parte, asocia naturalmente la imagen del Estado – en palabras Del Arenal – *con la de un gladiador enzarzado en un combate perpetuo*²³. Es desde estas visiones antagónicas que el idealismo postula su fe en el racionalismo casi radical, en razón de considerar que un orden racional y moral es posible en el sistema internacional, en el cual los Estados son capaces de comportarse entre sí de tales formas. Frente a estas posiciones, las concepciones realistas remarcan las políticas de poder como el motor de cambio histórico²⁴. Para ésta no existe una

²¹ TUCKER, Robert y HENDRICKSON, David. *Las Fuentes de la legitimidad estadounidense*. Foreign Affairs en español. Volumen 5. nº 1. México. 2005.

²² KAGAN, Robert. *Poder y Legitimidad de Estados Unidos*. Archivos del Presente Año 9 nº 33. Buenos Aires. 2004.

²³ DEL ARENAL, Celestino. *Introducción a las Relaciones Internacionales*. Tecnos. Madrid. 2000

²⁴ MORGENTHAU, Hans J. *Politics Among Nations*. New York. 1960

armonía entre las políticas de los Estados ya que ven a los Estados en una constante competición. Porque son incapaces de generar confianza entre sí y que les permita escapar de tales situaciones. En concreto, las posiciones realistas se asientan en actuar a favor del propio interés, de acrecentar el poder, aumentar la capacidad y habilidad de controlar a los demás.²⁵

Es esclarecedor también, posicionarnos en el actual contexto internacional sobre el cual se dan las exigencias de las firmas de los ABI por parte de EE.UU. En un mundo en donde el paradigma de la seguridad se ha reposicionado como eje central, EE.UU ha primado la firma de los ABI en países en donde sus intereses nacionales²⁶ son más inmediatos. Solo basta con releer la estrategia de Seguridad Nacional para el Siglo XXI y recientes declaraciones de funcionarios del Departamento de Estado de EE.UU. *“Me parece que ya hemos visitado muchos países en todo el mundo [...] Creo que cuando en un principio anunciamos el esfuerzo que estamos realizando les dimos ya alguna pista sobre la amplitud de destinos a los que íbamos a transmitir el mensaje. Instruimos a nuestras embajadas para que se pusieran en contacto con gobiernos extranjeros y nos hemos concentrado, creo, en los lugares en que **con más probabilidad habrá presentes tropas estadounidenses, o por los que serán desplegadas o pasarán.** Por lo tanto, los lugares en los que no es probable que vaya a haber personal estadounidense en un futuro previsible, ciertamente, no serán los primeros de la lista”.*²⁷ De esta manera se está protegiendo al personal estadounidense de cualquier solicitud judicial, ya sea por delitos que prevé el Estatuto de la CPI como hasta de delitos tipificados en los códigos penales de los países firmantes de ABI²⁸.

²⁵ NIEBUHR, Rienhold. *Christian Realism and political Problems*. New York, 1949

²⁶ Es el posicionamiento estratégico del “interés nacional”, lo que mueve en sí, toda acción de un Estado. Morgenthau argumenta que se puede explicar la política exterior de un Estado si se toma conciencia que para éste la misma va a estar en función de sus intereses nacionales (...) Simplemente poniéndose en lugar de quienes toman las decisiones y deduciendo cual será el curso “racional” de lo que van a hacer. Ver VASQUEZ, John A. *El poder de la política del poder*. Gernika, México. 1991.

El debate sobre las perspectivas de construcción de la agenda exterior de los EE.UU en base a los “intereses nacionales”, ha estado siempre presente. Desde el ya citado Morgenthau y con analistas como Carr, Niebuhr, Spykman, Kirkpatrick, Kennan, Kissinger hasta Wolfowitz y Rice, la influencia del concepto de interés nacional demuestra que éste ha sido clave en la política exterior estadounidense y sirve para explicar el accionar de este país en el mundo.

²⁷ BECKER, Elizabeth "U.S. Ties Military Aid to Peacekeepers' Immunity" New York Times, 10 de agosto de 2002.

Resulta así que para las posiciones realistas, los estados tienen que respetar las normas jurídicamente internacionales, *pero a ellos corresponde examinar cuales son las exigencias del derecho internacional en cada situación concreta*. En el sistema internacional y en las relaciones internacionales, son los estados los que en definitiva aprecian unilateral y subjetivamente el alcance de sus obligaciones. La paradoja de estas situaciones que se analizan, radican en que el Estado que ha acrecentado la brecha existente entre quienes cumplen el derecho internacional y quienes muchas veces lo ignoran (EE.UU), no es quien estaría incurriendo en responsabilidad internacional por la firma de los ABI frente al art. 98 de la CPI (por no ser Estado Parte), sino que tal responsabilidad recae sobre Estados chicos o sin poder internacional, que sí son parte del Estatuto de la CPI.

Por todo ello, podemos apreciar como en la coyuntura del actual contexto internacional, estamos regresando a las posturas realistas o neorrealistas que hacen mella al cada vez más vapuleado multilateralismo internacional como instrumento para garantizar la paz y la seguridad internacional. Es esta clara postura sobre el poder en el que se embarcan los Estados al momento de exigir la firma de ABI al resto de los Estados.

El gran reto estará en la postura que tomen los funcionarios de la Corte Penal Internacional, en especial la Fiscalía de la Corte. En tal sentido es esencial que los Estados partes del Estatuto de Roma, respeten y hagan respetar los acuerdos firmados, y en el caso que la Fiscalía solicite una orden de arresto para funcionarios o miembros de las fuerzas armadas de USA, la misma se concrete. Que los Estados respeten el derecho Internacional, dependerá en parte la importancia que la Corte Penal Internacional tendrá en las décadas futuras.

() Abogado (UNC). Adscripto a las Cátedras de Derecho Internacional Público y Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado. Coordinador del Centro de Estudios Internacionales de las Américas.*

²⁸ Para un análisis legal sobre la factibilidad e implicancias de la firma de un ABI por parte de Argentina, ver: SANCHEZ MARINCOLO, Miguel. El ingreso de tropas extranjeras a la República. *Revista Jurídica La Ley*. 15 de julio de 2004.

Lista de países que han firmado los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad

País	Relación con la Corte Penal Internacional
Afganistán	No es Estado Parte
Albania	Estado Parte
Angola	No es Estado Parte
Antigua y Barbuda	Estado Parte
Azerbaijón	No es Estado Parte
Bahrein	Firmante del Estatuto de Roma
Bangladesh	Firmante del Estatuto de Roma
Belice	Estado Parte
Bhután	No es Estado Parte
Bolivia	Estado Parte
Bosnia-Herzegovina	Estado Parte
Botswana	Estado Parte
Brunei	No es Estado Parte
Burkina Faso	Estado Parte
Burundi	Estado Parte
Congo-Brazzaville	Estado Parte
Camboya	Estado Parte
Chad	Firmante del Estatuto de Roma
Colombia	Estado Parte
Comoros	No es Estado Parte
Costa de Marfil	No es Estado Parte
Djibuti	Estado Parte
Dominica	Estado Parte
Egipto	Firmante del Estatuto de Roma
El Salvador	No es Estado Parte
Emiratos Árabes Unidos	No es Estado Parte
Eritrea	Firmante del Estatuto de Roma
Etiopía	No es Estado Parte
Fiji	Estado Parte
Filipinas	Firmante del Estatuto de Roma
Gabón	Estado Parte
Gambia	Estado Parte

Georgia	Firmante del Estatuto de Roma
Ghana	Estado Parte
Guinea	Estado Parte
Guinea Ecuatorial	No es Estado Parte
Guyana	Firmante del Estatuto de Roma
Haití	No es Estado Parte
Honduras	Estado Parte
India	No es Estado Parte
Islas Marshall	Estado Parte
Islas Mauricio	Estado Parte
Islas Palau	No es Estado Parte
Islas Salomón	Estado Parte
Israel	Firmante del Estatuto de Roma
Jordania	Estado Parte
Kazajstán	No es Estado Parte
Kuwait	No es Estado Parte
Kyrgistán	No es Estado Parte
Liberia	Estado Parte
Laos	No es Estado Parte
Macedonia	Estado Parte
Madagascar	Estado Parte
Malawi	Estado Parte
Maldivas	No es Estado Parte
Marruecos	No es Estado Parte
Mauritania	No es Estado Parte
Micronesia	No es Estado Parte
Mongolia	Estado Parte
Mozambique	Firmante del Estatuto de Roma
Nauru	Estado Parte
Nepal	No es Estado Parte
Nigeria	Estado Parte
Nicaragua	No es Estado Parte
Pakistán	No es Estado Parte
Palau	No es Estado Parte
Panamá	Estado Parte
Papau Nueva Guinea	No es Estado Parte

República Centroafricana	Estado Parte
República Democrática del Congo	Estado Parte
República Dominicana	Estado Parte
Paraguay	Estado Parte
Ruanda	No es Estado Parte
Rumania	Estado Parte
San Tomé y Príncipe	No es Estado Parte
Senegal	Estado Parte
Seychelles	Firmante del Estatuto de Roma
Singapur	No es Estado Parte
Sierra Leona	Estado Parte
Sri Lanka	No es Estado Parte
Tailandia	No es Estado Parte
Tayikistán	Estado Parte
Timor Oriental	Estado Parte
Togo	Estado Parte
Tonga	No es Estado Parte
Túnez	No es Estado Parte
Turkmenistán	No es Estado Parte
Tuvalu	No es Estado Parte
Uganda	Estado Parte
Uzbekistán	Firmante del Estatuto de Roma
Zambia	Estado Parte

Fuente: Coalición de ONG's para la Corte Penal Internacional