

Los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional

The Agreements on the Status of Foreign Armed Forces as a Limit to the Jurisdictional Activity of the International Criminal Court

Os Acordos sobre o Estatuto das Forças Armadas Estrangeiras como limite da atividade jurisdiccional do Tribunal Penal Internacional

Yoveslav Radoslavov Yordanov*

Fecha de recepción: 21 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10897>

Para citar este artículo: Yordanov, Y. R. (2022). Los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-24. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10897>

Resumen

El presente trabajo examina algunas limitaciones jurisdiccionales que impiden a la Corte Penal Internacional (CPI) ejercer de modo efectivo su competencia sobre los nacionales de Estados terceros, aun cuando los crímenes se hubiesen cometido en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto de Roma (ER). En la primera parte, el artículo profundiza en la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes militares como funcionarios del Estado de su nacionalidad. En segundo lugar, el estudio se centra en la conformidad de los acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas

* Abogado y diplomático. Doctor en derecho internacional de la Universidad Complutense de Madrid, España; diplomado en estudios de la Unión Europea de la Escuela Diplomática de España; posgrado en ciencias políticas de la Universidad de California, Berkeley, EE. UU.; master en derecho internacional público de la Universidad Complutense de Madrid, España; licenciado en derecho de la Universidad de Almería, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5246-9172>. Correo electrónico: yoveslav@gmail.com

extranjerias, cuya base jurídica es el artículo 98.2. del ER y sus disposiciones. Se prestará particular atención a los acuerdos suscritos por los Estados Unidos de América (EE. UU.) con otros Estados Parte del ER a la luz del citado artículo, al originarse en estos casos una especie de inmunidad procesal *ad hoc* que condiciona la operatividad de la CPI.

Palabras clave: agentes militares; Corte Penal Internacional; Estados no Parte; Fuerzas Armadas extranjeras; limitaciones jurisdiccionales.

Abstract

This paper examines some of the jurisdictional limitations that prevent the effective jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) over nationals of third States, even when the crimes were committed over the territory of a State Party to the Rome Statute (ER). In its first part, the article elaborates on the immunity of military agents as officials of the State of nationality from criminal jurisdiction. Secondly, the study focuses on the conformity of the Agreements on the Status of Foreign Armed Forces that adopt article 98.2. of the ER as their legal basis and its provisions. The focus will be on the agreements signed by the United States of America (USA) with other States Parties to the RS considering the aforementioned provision since these cases give rise to a kind of *ad hoc* procedural immunity that conditions the operability of the ICC.

Keywords: Military agents; International Criminal Court; Non-Party States; Foreign Armed Forces; jurisdictional limitations.

Resumo

Este artigo examina algumas das limitações jurisdicionais que impedem o Tribunal Penal Internacional de exercer efetivamente sua jurisdição sobre terceiros nacionais, mesmo quando os crimes foram cometidos no território de um Estado Parte do Estatuto de Roma. Em sua primeira parte, o artigo trata da imunidade de jurisdição penal dos agentes militares como funcionários do Estado de nacionalidade. Em segundo lugar, o estudo centra-se na conformidade dos Acordos sobre o Estatuto das Forças Armadas Estrangeiras, que adotam como base jurídica o artigo 98.2 do Estatuto, com as suas disposições, com particular atenção aos acordos assinados pelos Estados Unidos da América com outros Estados Partes do Estatuto à luz do referido artigo, pois esses casos dão origem a uma espécie de imunidade processual *ad hoc* que condiciona o funcionamento da Corte.

Palavras-chave: agentes militares; Tribunal Penal Internacional; Estados Não Partes; Forças Armadas Estrangeiras; limitações jurisdicionais.

Introducción

La Corte Penal Internacional (CPI) tiene jurisdicción para investigar y enjuiciar a los individuos que cometen uno o varios de los crímenes de su competencia, con el condicionante de que la conducta típica hubiese tenido lugar en el territorio de un Estado Parte, con independencia de la nacionalidad del presunto culpable o cuando hubiese(n) sido perpetrado(s) por el nacional de un Estado Parte. Sin embargo, por la existencia de ciertos instrumentos jurídicos, el ejercicio de esa competencia general podría verse limitado. Estos mecanismos pueden adoptar formas y nombres muy diferentes, aunque todos ellos comparten un denominador común: los efectos que producen, pues funcionan como inhibidores jurisdiccionales *vis-à-vis* la competencia de la CPI.

Con este trabajo proponemos el examen de aquellas situaciones en las que la CPI no podría investigar ni enjuiciar a una persona por su condición personal al ser el sujeto activo del crimen un agente militar, nacional de un tercer Estado, presente en el territorio de un Estado Parte en el que haya tenido lugar la conducta de que se trate. Ahora bien, conviene aclarar que el estudio aborda solamente algunas de las limitaciones jurisdiccionales, aquellas que consideramos más trascendentales por su amplitud y consecuencias jurídicas sobre la competencia de la CPI. En primer lugar, al tratarse de una de las limitaciones más recurrentes y de mayor importancia, iniciaremos con la *inmunidad de jurisdicción penal* de la que podrían beneficiarse algunos individuos por su condición personal. No obstante, por la naturaleza de los crímenes tipificados en el ER, en particular, a la luz de su escala, gravedad y magnitud, solo determinados individuos estarían en la posición de cometer tales conductas, elemento plenamente relevante en relación con su inmunidad. En particular, el artículo 5 del ER cita, *expressis verbis*, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Este último, de incorporación más reciente al listado de crímenes.

En segundo lugar, veremos cómo esta limitación competencial puede proceder por vía convencional, al originarse a partir de los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras (SOFAs, por sus siglas en inglés).¹ Se trata de una tipología de acuerdos que determinan el estatuto jurídico de los componentes que integran las Fuerzas Armadas (FF. AA.) estacionadas temporalmente en el territorio de un Estado Parte en el ER. Cabe advertir “desde ya” que el pretendido encaje jurídico de estos acuerdos a las disposiciones del artículo 98 del ER es más que discutible,

1 En la práctica internacional, a los acuerdos del artículo 98.2. del ER se les conoce también como Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, Acuerdos Bilaterales de no Entrega o Acuerdos de Impunidad.

en la medida en que su finalidad no es otra que contravenir el objeto y el fin del tratado, más que de ajustarse a la literalidad del precepto normativo.

A los efectos del presente artículo, tomaremos como caso de estudio la presencia de las tropas estadounidenses en el territorio de Afganistán hasta su retirada efectiva el 30 de agosto de 2021, producida por orden expresa de la Administración Trump y materializada con la Administración Biden. Así mismo, tomando en consideración el estado actual de las relaciones internacionales, la tesis sustentada en el presente estudio va en consonancia con los acontecimientos en Ucrania y la investigación en curso de la CPI contra ciudadanos rusos, en su mayoría agentes militares, por los presuntos crímenes cometidos en el territorio de Ucrania.²

Adicional a las limitaciones jurisdiccionales señaladas, el principio de complementariedad, que inspira el funcionamiento de la CPI, también puede erigirse como un límite a su jurisdicción. En este sentido, los artículos 18 y 19 del ER confieren a los Estados terceros amplios derechos procedimentales que les permiten impugnar la competencia del órgano judicial cuando la investigación o el enjuiciamiento recaen sobre sus propios nacionales. En el mismo sentido, la concurrencia de solicitudes de extradición sobre el sospechoso del crimen presentadas al Estado donde haya tenido lugar la conducta es otra limitación para la CPI, que se produce cuando el acusado ha sido requerido por un Estado no Parte, siempre y cuando ese tercer Estado tuviera la intención real de ejercer su jurisdicción sobre dicha persona.

Asimismo, procede recordar que el propio ER prevé una excepción legal a la competencia de la CPI cuando se trate de investigar el *crimen de agresión*.³ Ello quiere decir que cuando los nacionales de Estados no Parte cometen alguno de los crímenes del artículo 5 del ER (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), la CPI será competente con arreglo al principio de territorialidad. Contrariamente, la CPI no tendrá jurisdicción cuando se trate del crimen de agresión, incluso cuando este se hubiese cometido en el territorio de un Estado Parte o en el territorio de un Estado que hubiese aceptado la jurisdicción de la CPI mediante una declaración *ad hoc* de conformidad con el artículo 12.3. del ER, como es el caso

2 En la práctica jurisprudencial de la CPI sobre la materia objeto de estudio, esta ha centrado su atención en pronunciarse sobre los *SOFAS*, en particular, respecto a la investigación en curso en Afganistán. Fuera del objeto de este estudio, sería de interés dar seguimiento a dicha práctica judicial en lo que se refiere a las investigaciones en el Estado de Palestina y la presencia de elementos militares de Israel (*Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18) y la investigación en curso en Ucrania y la presencia de elementos militares de Rusia (*Situation in Ukraine*, ICC-01/22). Sobre la agresión cometida por la Federación Rusa contra Ucrania, véase la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/ES-11/L.1.

3 El párrafo quinto del artículo 15. bis, que regula el ejercicio de la competencia frente al crimen de agresión, establece: “[r]especto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando este sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.”

de Ucrania. En este último supuesto se trata de una excepción legal dispuesta por el propio ER, que limita tanto la competencia *ratione loci* de la CPI, como la competencia *ratione personae*.

1. La inmunidad de jurisdicción de los agentes militares como funcionarios del Estado de la nacionalidad

Antes de entrar propiamente en el estudio de los SOFAS, resulta necesario trazar unas líneas generales sobre la inmunidad de jurisdicción en materia penal en sentido estricto, dado que su contenido crea una especie de inmunidad procesal a favor de los agentes militares. En términos generales, un individuo presunto responsable de haber cometido un crimen de la competencia de la CPI en el territorio de un Estado Parte es, en la mayoría de las situaciones, una persona que no goza de inmunidad de jurisdicción, por lo que responderá, en consecuencia, por sus actos u omisiones ante la Fiscalía de la CPI. Así, en virtud de los párrafos primero y segundo del artículo 27 del ER, ni el cargo oficial de una persona, sea esta el jefe de Estado o jefe de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, ni la inmunidad que conlleve eventualmente dicho cargo podrán ser invocados ante la CPI con el pretexto de impedir su actuación judicial.

Ahora bien, la inmunidad como institución jurídica y, sobre todo, como límite a la actividad jurisdiccional de la CPI, requiere un análisis detenido cuando se trate de los miembros que integran las FF. AA. de un Estado no Parte en el ER, que estuviesen físicamente en el territorio de un Estado sometido a la jurisdicción de la CPI.

Con respecto a las conductas calificadas como crímenes de la competencia de la CPI, el elemento contextual establecido, tomando como referencia el artículo 7 relativo a los crímenes de lesa humanidad, consiste en un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”.⁴ De ahí que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción cobre relevancia cuando el acusado del crimen sea un nacional de un Estado tercero respecto de la CPI, que por ser agente militar goza de inmunidad en el territorio del Estado Parte donde haya tenido lugar la conducta en los términos estipulados por el artículo 12.2. literal a) del ER.⁵

4 El texto del ER reproducido se distribuyó como documento UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El ER entró en vigor el 1 de julio de 2002.

5 El tenor literal de esta disposición afirma: “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”.

A la luz del párrafo primero del artículo 27, antes mencionado, queda claro que no se produce distinción alguna basada en el cargo oficial del acusado, en el sentido que su ocupación resulta absolutamente irrelevante para determinar su responsabilidad penal individual, esto es, su imputabilidad. La consecuencia inmediata de la improcedencia del cargo oficial es la falta de inmunidad jurisdiccional para los funcionarios del Estado, inclusive cuando se trate del jefe de Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de Asuntos Exteriores en activo (Watts, 1994), incluidos los miembros integrantes del poder ejecutivo y el poder legislativo, representantes elegidos o funcionarios gubernamentales. Dentro de esta lista, que no tiene carácter exhaustivo, habría que incluir al personal militar, aun cuando la disposición guarda silencio al respecto (Watts, 1994).⁶

Lo anterior significa, *prima facie*, que los funcionarios de un Estado no Parte en el ER, siendo el Estado de la nacionalidad que alega la incompetencia de la CPI, no pueden fundamentarse en la inmunidad para eludir su responsabilidad penal y evitar así ser investigados y juzgados. ¿Sucede siempre así? La respuesta es no. Tenemos que leer las disposiciones del artículo 27 de forma conjunta con las del artículo 98 del ER. En efecto, se trata de una disposición relativa a la cooperación, que establece que habrá casos en los que la inmunidad —atribuida en virtud del derecho internacional (art. 98.1.) o mediante una norma convencional (art. 98.2.)— desplegará sus efectos prevalentes con respecto a la aplicación del artículo 27 del ER.

De conformidad con el párrafo primero del artículo 98, que, clarifiquemos, destina su mandato a la CPI y no al Estado Parte en cuestión, resulta que la CPI no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado Parte requerido deba actuar en forma incompatible con sus obligaciones internacionales respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, *salvo*, eso sí, que la CPI obtenga previamente la cooperación de ese Estado no Parte para la renuncia a dicha inmunidad.

En principio, si bien la CPI ejercerá su competencia sobre los funcionarios de un Estado sin importar cuál sea su cargo o rango, esa competencia puede verse limitada u obstaculizada si para su ejercicio se exige que el Estado Parte requerido incumpla sus compromisos de garantizar la inmunidad de un tercer Estado o de sus propios nacionales. Cuando el párrafo primero establece que la “Corte no

6 El artículo 27 del ER no se refiere expresamente al cargo de *personal militar*, aunque la inmunidad de jurisdicción que este conlleva se entiende subsumida en el precepto como una inmunidad *con arreglo al derecho internacional*.

dará curso” a la solicitud de detención y entrega, ello significa que la CPI se abstendrá de requerir al Estado Parte para que detenga y entregue a la persona acusada del crimen, puesto que esa persona goza de inmunidad en virtud del derecho internacional. A diferencia del párrafo segundo, en cuyo caso la inmunidad se atribuye por vía convencional o por medio de un acuerdo bilateral o multilateral. Por consiguiente, la CPI deberá declinar la solicitud de asistencia que exija al Estado requerido a actuar de forma inconsistente con sus compromisos internacionales, ya que, de lo contrario, se quebrantaría la inmunidad jurisdiccional de terceros (Schabas, 2010).

De esta manera, habría que ver semejante abstención por parte de la CPI como una limitación a su propia competencia cuando el presunto responsable sea el funcionario de un Estado no Parte que disfruta de inmunidad *ratione personae*, en virtud del derecho internacional, *salvo* que la jurisdicción de la CPI se hubiese activado por el Consejo de Seguridad *ex* artículo 13.b) del ER, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Berman, 1999; Escobar Hernández, 2000; Escudero Espinosa, 2003; Gargiulo, 1999a; 199b; Yee; 1999, entre otros). En tal supuesto, no hay inmunidad que invocar y la CPI podría exigir el cumplimiento de la orden de detención y entrega con todas sus consecuencias.

De la lectura del artículo 98 resulta que el citado párrafo primero *no reconoce* la “inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado”, *sino que* su finalidad es impedir que el Estado Parte requerido tenga que incurrir en responsabilidad internacional para dar cumplimiento a una orden adoptada por la CPI. Asimismo, si el párrafo segundo del artículo 27 del ER sostiene que no procede la inmunidad, tampoco habría que entender que el artículo 98 hace una interpretación *a contrario sensu*, que revierta la voluntad del legislador estatutario. El objeto y el fin del artículo 98 son bien distintos, ya que tienen que ver, como su propia rúbrica sugiere, con la cooperación exigida a los Estados Parte con respecto a la renuncia a la inmunidad y el consentimiento a la entrega (*The Prosecutor v. Al Bashir*, 2019).

En virtud de lo dicho, resulta que las disposiciones del párrafo primero del artículo 98 pierden su sentido y razón de ser cuando nos referimos a un Estado Parte, que con la ratificación del ER ha renunciado a toda inmunidad que podrían disfrutar ordinariamente sus propios nacionales en virtud del derecho internacional. Se trata, por consiguiente, de una norma que cobra sentido operativo solamente con respecto a los Estados no Parte que permanecen ajenos al sistema creado por el ER (Akande, 2006; Broomhall, 2003; Gaeta, 2002; Schabas, 2001; Wirth, 2001).

2. Los acuerdos del artículo 98.2 del Estatuto de Roma: los SOFAS

La CPI 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 CPI a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que la CPI obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.⁷

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 98, el ER prevé la posibilidad de que la CPI no dé curso a una orden de detección y entrega cuando el destinatario sea un sujeto nacional de un tercer Estado, con el cual el Estado Parte tenga suscrito un acuerdo internacional del tipo previsto en la disposición. Aquí la fuente de la obligación para el Estado requerido deriva de una manifestación normativa concreta: un compromiso bilateral o multilateral. Se trata de un acuerdo internacional conforme al cual el Estado que envía sus FF. AA. al extranjero, es decir, al territorio de un Estado Parte, tiene que expresar de forma clara e inequívoca su consentimiento para la entrega de su propio nacional a la CPI. Se trata de un extremo poco probable, teniendo en cuenta que el objetivo de dichos acuerdos es, fundamentalmente, el de excluir de toda jurisdicción internacional al personal militar adscrito al contingente desplegado. Por ello, ante la vigencia de un acuerdo internacional y la existencia de una solicitud de detención y entrega, el Estado Parte en cuestión no podrá entregar al tercero y ponerlo a disposición de la CPI, lo que limita así el ámbito de actuación de la Fiscalía de la CPI.

Ahora bien, el artículo 98.2. del ER no puede ser interpretado extensivamente en el sentido de concluir que permite a las Partes en el ER celebrar amplios acuerdos bilaterales con otros Estados terceros con el fin de evitar así la detención y entrega de una persona requerida por la CPI. Esta práctica es manifiestamente contraria al objeto y el fin del ER y, más concretamente, a la previsión estipulada en este párrafo (Akande, 2003, p. 642). El precepto ha cobrado una relevancia especial a partir del

7 Además del artículo 98. 2. del ER citado, debemos tener en cuenta lo dispuesto por la regla 195 de las Reglas de Procedimiento y Prueba sobre el *suministro de información* (Sección V. *La cooperación con arreglo al artículo 98*): “1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte. 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado” (ONU, 2002, p. 101).

momento en que EE. UU. decidió lanzar una campaña generalizada de celebración de acuerdos bilaterales de este tipo (Amnistía Internacional, 2002; Scheffer, 2005, p. 336),⁸ tanto con Estados Parte como con terceros Estados, para vetar a la CPI el ejercicio de su jurisdicción sobre sus propios nacionales, independientemente de cuál sea su condición personal.⁹

En este orden de ideas, autores como Pace¹⁰ manifiestan que semejantes prácticas “forman parte de un esfuerzo multifacético del gobierno estadounidense para socavar la justicia internacional, el derecho internacional y las propias misiones internacionales de mantenimiento de la paz” (Amnistía Internacional, 2002, p. 3).

Pues bien, una de las manifestaciones más notorias de estos acuerdos, que entran en el ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo 98, aunque no sin polémicas,¹¹ son los conocidos SOFAS. Podemos afirmar que esta categoría de acuerdos son los que mejor se ajustan a la literalidad de la norma estatutaria y los que estuvieron en la órbita de los redactores del ER a la hora de codificar el párrafo mencionado del artículo 98 (Schabas, 2010, p. 1038). La idea primigenia detrás de los SOFAS era la de salvaguardar su conformidad con el ER, una vez este hubiese entrado en vigor, para garantizar su sintonía con el texto estatutario (Triffterer, 2009). Si bien esta idea parecía inocua, el resultado final fue absolutamente indeseado, ya que los SOFAS empezaron a celebrarse con el propósito de eludir la responsabilidad penal individual que demandaba el propio ER; es decir, los mismos acuerdos previstos por este se volvieron en su contra.

Generalmente, en ese tipo de tratados internacionales se incluyen reglamentaciones para la presencia y situación jurídica de los miembros pertenecientes a las FF. AA. del Estado que las envía al territorio del Estado que las recibe. Sobre todo, hay una cuestión que trasciende el contenido de dichos acuerdos: estos regulan a cuál de esos dos Estados corresponde el ejercicio de la jurisdicción penal sobre el

8 En palabras de Schabas (2001, p. 1045), se trataba de una campaña diplomática de acoso extendida a los Estados Partes en el Estatuto (“diplomatic bullying campaign”). En el mismo sentido, puede consultarse Human Rights Watch (2002).

9 La información disponible indica que, con fecha 11 de diciembre de 2006, el Departamento de Estado de EE. UU. había informado de la celebración de 102 acuerdos bilaterales de inmunidad (ABI) en un esfuerzo por proteger a los ciudadanos estadounidenses de la jurisdicción de la CPI. La Coalición por la CPI enumera más de 100 acuerdos en su Hoja Informativa sobre el estado de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad de los Estados Unidos —*Status of u.s. Bilateral Immunity Agreements*— (Georgetown Law Library, 2022).

10 Pace ha sido coordinador de la Coalición por la CPI, 13 de agosto de 2002.

11 Entre los que defienden que el artículo 98. 2. del ER está previsto únicamente para los SOFAS, “el artículo 98.2 se introdujo para garantizar que los existentes Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas no quedaran anulados por el Estatuto de Roma, posterior en el tiempo. No se concibió como licencia para actuar impunemente con respecto a la Corte dejando que los Estados firmasen después entre ellos subsiguientes Convenios bilaterales que socavasen el conjunto de la estructura estatutaria” (Amnistía Internacional, 2002, p. 2).

personal de los contingentes militares para investigar y enjuiciar, dado el caso, sus actos criminales, inclusive los constitutivos de crímenes internacionales (Scheffer, 2005, p. 339).

¿Son conformes los SOFAS con la literalidad del párrafo segundo del artículo 98, teniendo en cuenta que el propósito primero del ER es poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales? Además, ¿se trata de acuerdos que tienen únicamente como destinatarios a los Estados Parte?

Por un lado, no encontramos ninguna referencia en los *travaux préparatoires*, que constituyen el registro oficial de la Conferencia Diplomática de Roma (Schabas, 2010), acerca de si el párrafo segundo del artículo 98 se refiere tan solo a los Estados Parte. El precepto habla de “Estado requerido”, que, entendemos, debe ser necesariamente un Estado Parte en el ER. Por otro lado, la entrega del individuo responsable del crimen, que se encuentre en el territorio del Estado Parte, solamente puede materializarse con el acuerdo expreso del Estado de su nacionalidad. Por consiguiente, el artículo 98.2. no excluye la posibilidad de que esos acuerdos puedan celebrarse por un tercer Estado respecto de un Estado Parte frente al que se planteará el incumplimiento obligacional porque lo que se pretende con ello es evitar la sustanciación de las denominadas obligaciones concurrentes.

2.1. El contenido material de los SOFAS

Por lo que se refiere a la conformidad de los SOFAS con el artículo 98.2. del ER, se trata de acuerdos promovidos fundamentalmente por EE. UU. con otros Estados, necesariamente Parte en el ER para que la CPI pudiera ejercer su jurisdicción territorial. En virtud de los SOFAS, el Estado Parte se compromete internacionalmente a no entregar a los nacionales estadounidenses a la CPI en el caso de ser requeridos para investigarlos y procesarlos. Para tales casos, EE. UU. defiende a ultranza la legalidad de los SOFAS, e incluso reclama su mención expresa en el texto de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, so pena de recurrir al derecho de veto.¹²

Sin embargo, en el lado opuesto se posiciona el Parlamento de la Unión Europea (2002), que ha tenido la ocasión de pronunciarse a este respecto, oponiéndose radicalmente a la compatibilidad de tales acuerdos con las disposiciones del ER:

Considerando que la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos para persuadir a los Estados Partes y a los Estados Signatarios del Estatuto de Roma, así

12 En la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU, por la que se remitió la situación en Darfur a la Fiscalía de la CPI, se incluyó la siguiente referencia: “Tomando nota de la existencia de los acuerdos mencionados en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma”, precisamente para dotar de mayor legitimidad la práctica de EE. UU.

como a Estados no signatarios, de que *celebren acuerdos bilaterales de inmunidad que, sirviéndose indebidamente de su artículo 98*, impidan que funcionarios y empleados del Gobierno, personal militar o ciudadanos de los Estados Unidos sean entregados a la Corte Penal Internacional, no debería dar resultados en ningún país (Parlamento de la Unión Europea, 2002, considerando D).¹³

En segundo lugar, siguiendo al profesor Akande (2003), la suerte de los SOFAs dependerá de la interpretación que se le otorgue al apartado segundo del artículo 98 y de la posición legal que adopten los Estados, por ser estos quienes se encontrarían con obligaciones conflictivas con la CPI.¹⁴ En el mismo sentido en el que el apartado primero del artículo 98 se refería a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o de un *tercer Estado*, el apartado segundo fue ideado para los Estados no Parte que mantuvieran relaciones jurídicas del tipo señalado respecto de uno Parte en el ER (Wirth, 2001).

No obstante, cabe apreciar que la utilización del término “Estado que envíe” en el párrafo segundo sugiere que la norma no se refiere a cualquier tipología de acuerdos que pudiera sustanciarse en la práctica, sino a unos acuerdos concretos, en los que necesariamente hay un Estado que envía y otro que recibe a una persona de su nacionalidad.

La afirmación anterior indica que se trata de una situación preexistente entre los Estados implicados. Una sintaxis similar se emplea cuando un Estado envía una “misión especial” ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado.¹⁵ Por lo tanto, la condición de la *oficialidad* debe estar presente en todo caso y la persona enviada debe desempeñar una función oficial en representación del Estado que la envía, es decir, en el cumplimiento de un acto oficial. *A sensu contrario*, si la persona actúa meramente como un sujeto privado, entonces no podría estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de los acuerdos a los que se refiere la disposición (Benzing, 2004; Murphy, 2003; Zappalà, 2003).

13 Cursivas fuera del original.

14 Por un lado, la obligación de entregar a la CPI una persona sometida a su jurisdicción, nacional de un tercer Estado, y, por otro lado, la de no entregar o no extraditar a dicha persona según disponga el SOFA.

15 Véase la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961; la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, de 24 de abril de 1963 o la *Convención sobre las Misiones Especiales*, de 8 de diciembre de 1969. Cabe destacar que, aunque no hubiese sido la intención que dichos tratados fueran comprendidos por el ámbito de aplicación del artículo 98. 2., sino por el párrafo primero de ese artículo, el tenor literal del apartado segundo nos da a entender que los tratados que confieren algún tipo de privilegio entran dentro de su ámbito de aplicación.

Estos SOFAS, que conceden inmunidad de jurisdicción ante la CPI cuando el propio ER la proscribiera, al menos en el formato propuesto por EE. UU., atacan directamente la integridad del ER y socavan el normal y efectivo funcionamiento de la CPI. En efecto, estamos ante *acuerdos que no se ajustan al tenor literal* del párrafo segundo del artículo 98 del ER (Johansen, 2006; Tan, 2003). Es más, se trata de acuerdos que contribuyen a fomentar un espacio de impunidad para los sospechosos de haber cometido crímenes de la competencia de la CPI que, además, violan el principio *pacta sunt servanda* y la obligación general impuesta a los Estados Parte por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de no realizar actos que puedan comprometer el objeto y el fin del tratado.

Por ello, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no ha tardado en rechazar enérgicamente la campaña estadounidense en estos términos:

Dichos acuerdos infringen el Estatuto de Roma de la CPI (en particular sus artículos 27, 86 y 98, párrafo 2, que solo permiten exenciones estrictamente definidas en el marco de los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas), y el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual los Estados deben abstenerse de toda acción que no sea compatible con el objeto y el fin de un tratado.¹⁶

Asimismo, sobre la influencia de los SOFAS con respecto a la jurisdicción de la CPI, son notorias las palabras de O’Keefe (2016):

La entrega por parte de un Estado Parte de una persona para su enjuiciamiento por la Corte, sobre la que existe un acuerdo de no enjuiciar, constituiría un incumplimiento por parte de ese Estado Parte de su compromiso, ya que equivaldría al enjuiciamiento por ese Estado, a través de la Corte, de dicha persona (p. 439).¹⁷

16 Traducción no oficial. El texto en inglés establece: “[S]uch agreements are in breach of the Rome Statute of the ICC (in particular its Articles 27, 86 and 98, paragraph 2 which allow only narrowly-defined exemptions within the framework of status of force agreements), and of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which states must refrain from any action which would not be consistent with the object and purpose of a treaty” (Consejo de Europa, 2003). Véase Committee on Legal Affairs and Human Rights (2003).

17 Traducción no oficial. El texto en inglés establece: “A State Party’s surrender for prosecution by the Court of a person whom it has undertaken not to prosecute would constitute a breach by that State Party of its undertaking, since it would amount to the prosecution by that state, via the medium of the Court, of the person.”

Efectivamente, según estas afirmaciones, podemos concluir que dichos acuerdos están destinados a impedir, en términos generales y sin diferenciar, que ciertos ciudadanos (*nationals*),¹⁸ acusados por la Fiscalía de la CPI de haber cometido actos criminales que entran en el ámbito de los crímenes del artículo 5 del ER, puedan ser efectivamente entregados a la CPI. A modo de ejemplo, procede citar el Acuerdo sobre la entrega de personas a la CPI entre la República de Azerbaiyán y EE. UU., de 26 de febrero de 2003.¹⁹ Sobre este acuerdo llama poderosamente la atención que, para su adopción, las Partes se fundamentan en el artículo 98 del ER: “[b]earing in mind Article 98 of the Rome Statute” (*Acuerdo sobre la entrega de personas a la CPI entre la República de Azerbaiyán y EE. UU.*), cuando ni Azerbaiyán ni EE. UU. han ratificado este tratado. Es decir, desde el punto de vista jurídico, ambos países legitiman su actuación en una norma *que no les pertenece*. En todo caso, no hay que perder de vista que el artículo 98.2. no prejuzga sobre la validez de un acuerdo que no entra en su ámbito de aplicación, este seguirá siendo plenamente válido ante el derecho internacional, obligando a todas las Partes contratantes a cumplirlo de buena fe (Akande, 2003, p. 646; Schabas, 2010, p. 1045).

Si el Estado Parte decide acatar la orden emitida por la CPI, entonces debería responder internacionalmente por el incumplimiento obligacional frente al tercer Estado, que no habría dado su consentimiento a la entrega. Se trataría, claramente, de una situación de *obligaciones concurrentes conflictivas* hacia la CPI y hacia el

18 Una muestra más de lo anterior en encuentra en los textos que acompañan la adopción de la Resolución 1593 (2005) del CSONU, que remite la situación en Darfur, Sudán, a la Fiscalía de la CPI. En estos textos, la representante de EE. UU., Sra. Patterson, estableció: “Como se sabe, en lo que respecta a nuestras preocupaciones sobre la competencia de esta Corte y la posibilidad de que se politicen los procesamientos, desde que entró en vigor el Estatuto de Roma hemos concertado acuerdos con 99 países, más de la mitad de los Estados Miembros de esta Organización, para protegernos de la posibilidad de traslado o de entrega de nacionales de los Estados Unidos a dicha Corte. Apreciamos el hecho de que en la resolución se tome nota de la existencia de esos acuerdos y, a medida que avancemos, seguiremos concertando acuerdos de esa índole con otros países” (CSONU, 2005, p. 4).

Por su parte, la Delegación de Brasil se opuso a la referencia anterior, incluida a petición de EE.UU., en los siguientes términos: “El texto que acaba de aprobarse contiene un párrafo del preámbulo en virtud del cual el Consejo toma nota de la existencia de acuerdos a los que se hace referencia en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma. Resulta difícil para mi delegación apoyar una referencia que, no sólo no favorece la lucha contra la impunidad, sino que también subraya una disposición cuya aplicación ha sido una cuestión sumamente polémica. Consideramos que sería contradictorio mencionar, en el texto mismo de una remisión hecha por el Consejo a la Corte Penal Internacional, medidas que limitan la jurisdicción de la Corte” (CSONU, 2005, p. 12). Con ello, Brasil reconoció que esta inclusión llevaba consigo consecuencias sustanciales y que no se trataba tan solo de una declaración inocua por parte de EE. UU.

19 El Acuerdo se había firmado en Washington el 26 de febrero de 2003 y entró en vigor el 28 de agosto de ese mismo año. En su artículo 1 se establece: “For the purposes of this Agreement, “persons” are current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one Party.” Lo anterior demuestra claramente que el ámbito de aplicación personal de los acuerdos firmados por EE. UU. con otros países para evitar la entrega o transferencia de sus ciudadanos a la CPI exceden lo dispuesto por el artículo 98. 2. del ER.

Estado no Parte. Aunque, en tal caso, ninguna de las obligaciones tendría carácter prevalente para decidir sobre su cumplimiento prioritario.

Por otro lado, centrándonos en la situación en Afganistán, de máxima actualidad por haberse autorizado finalmente la apertura de una investigación por la Fiscalía de la CPI (Sala de Apelaciones, 2020), los miembros que componían las FF. AA. de EE. UU. con presencia en el territorio afgano se beneficiaban de un estatus especial y privilegiado en virtud del Acuerdo de Cooperación de Seguridad y Defensa entre los Estados Unidos de América y la República Islámica de Afganistán, de 30 de septiembre de 2014, particularmente el artículo 13. Conforme a este, las conductas de estos individuos no podían ser investigadas ni enjuiciadas por las autoridades judiciales afganas.²⁰ Por lo que, en la práctica, los nacionales de EE. UU. disfrutaban de inmunidad procesal durante su permanencia en territorio afgano y hasta la retirada efectiva de las tropas estadounidenses, materializada por la Administración Biden en agosto de 2021. Cabe advertir que dicha inmunidad procedía del propio acuerdo, que, a su vez, entraría en conflicto con lo estipulado por el artículo 27.2. del ER.

Ahora bien, aunque este artículo no es oponible a EE. UU., sí obliga a Afganistán por su condición de Parte, enfrentándose a dos obligaciones concurrentes y conflictivas. Por un lado, la que emana del propio ER y ordena la detención y entrega de una persona que goza de inmunidad. Por otro, la que nace directamente del acuerdo y reconoce a favor de EE. UU. el derecho que ninguno de sus nacionales situados en el Estado huésped sea entregado a la CPI, ya se trate del personal militar, el componente civil o de cualquier otro ciudadano ordinario (Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan, 2014, art. 13.5.).

Entonces, ¿cómo podría solucionarse semejante situación? En primer lugar, la CPI debería abstenerse de su actuación; es decir, no daría curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual Afganistán debería actuar de forma incompatible con las obligaciones que le impone el SOFA. Según el artículo 13.5. de este, se requiere expresamente el consentimiento de EE. UU. como Estado que envía las FF. AA. para entregar a la

20 Además del SOFA entre Afganistán y los Estados Unidos, la Administración Provisional de Afganistán, antes de que ese país se convirtiera en Estado Parte en el ER el 10 de febrero de 2003, había suscrito en 2002 el *Military Technical Agreement between International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan*, en el que se disponía: "The Interim Administration agree that ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, may not be surrendered to, or otherwise transferred to the custody of, an international tribunal or any other entity or State without the express consent of the contributing nation."

También puede consultarse el último SOFA firmado entre Afganistán y la OTAN: *Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan*, de 30 de septiembre de 2014.

CPI a una persona sujeta a su jurisdicción. Tal resultado podría obtenerse en el caso de que la propia CPI, como prevé el inciso final del artículo 98.2. del ER, obtenga, *ex ante*, la cooperación de EE. UU. para que dé su consentimiento a la entrega. Aunque cabe afirmar que ello resultaría improbable porque la intención de dicho país ha sido la de no entregar a sus nacionales a ninguna jurisdicción internacional.

La conclusión a la que podemos llegar, teniendo en cuenta la afirmación anterior, es que, si bien la existencia del SOFA no incide en el ejercicio de la competencia de la CPI *de un modo directo* (*Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, 2017, par. 46), en cambio, *sí que puede alterar su funcionamiento* cuando llegue el momento procesal oportuno en el que el presunto responsable tenga que comparecer para la confirmación de los cargos e incluso para el juicio oral, dado que los procesos *in absentia* están proscritos por el ER.²¹ En esta situación, la imposibilidad jurídica de cooperar del Estado requerido, Afganistán, podría impedir que la CPI ejerciera de un modo efectivo su competencia porque ni la obligación que emana del ER ni la obligación de no traslado que dictamina el SOFA tienen superioridad jerárquica entre sí. En tal supuesto, tampoco podría invocarse la operatividad del artículo 103 de la Carta de la ONU, puesto que no se trata de obligaciones nacidas *en virtud de la Carta*.²²

Una última opción por explorar sería recurrir al artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como medida de solución. Pues, nos encontramos ante dos tratados sucesivos concernientes a la misma materia que están en vigor, aunque sus disposiciones se aplicarían de forma desigual entre los Estados implicados.²³ Con ello, ¿cuál de esos dos tratados aplicamos primeramente?

Para empezar, el apartado primero del mencionado artículo se refiere, en plural, a “los Estados Parte en tratados sucesivos concernientes a la misma materia”. No obstante, en nuestro caso, las Partes en el tratado anterior (el ER) no coinciden con las del tratado posterior (el SOFA). Por lo que, en virtud del literal b) del artículo 30. 4. de la Convención de Viena, leído *en contrario*, cuando las Partes en el tratado *posterior* no sean todas ellas Partes en el tratado *anterior*²⁴ se puede concluir

21 El artículo 63 del ER consagra la regla de la presencia del acusado en el juicio y estipula que este “estará presente durante el juicio”.

22 Esta disposición establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Véase Kelsen, (1948-1949).

23 La bibliografía sobre los criterios interpretativos respecto de tratados sucesivos concernientes a la misma materia es muy extensa, por lo que, pueden consultarse las contribuciones de Akehurst (1975), Fernández de Casadevante Romaní (1996), Fitzmaurice (1957), Remiro Brotons (1987), Villagrán Kramer (2003) y Wright (1917).

24 El artículo 30. 4. de la CVOT dispone: “[c]uando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior”.

que en las relaciones entre un Estado que sea Parte en ambos tratados (como lo es Afganistán) respecto de otro Estado que lo sea solo en uno de ellos (como EE. UU.), los derechos y las obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean Parte.

En consecuencia, las relaciones entre esos Estados se regirán por las disposiciones del SOFA, que, como ya señalamos *consagra la regla de la inmunidad procesal*, por prohibir la entrega de todo personal militar y el componente civil a un tribunal penal internacional. Aquí podemos apreciar cómo los SOFAS, nacidos del derecho soberano o *ius contrahendi* de los Estados, se configuran como medidas disponibles para los Estados, que limitan la actividad jurisdiccional de la CPI.

Además, la solución a la que acabamos de llegar se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir Afganistán como Estado Parte frente a la CPI (Kress & Prost, 2016, p. 2146), fundamentalmente “por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones [son] incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”, según dispone el párrafo quinto del artículo 30 de la citada convención.

Finalmente, en cuanto a los tipos de acuerdos por razón de la materia, el lenguaje que utilizaron los redactores del ER no circunscribe la norma tan solo a los SOFAS, por lo que, los acuerdos de no entrega firmados en virtud de este precepto pueden adoptar formas muy distintas, comprendiendo, *inter alia*, los acuerdos de extradición, los acuerdos que reglamentan el estatuto de las FF. AA. extranjeras, *stricto sensu*, así como los tratados que confieren privilegios e inmunidades a los agentes diplomáticos, funcionarios consulares y enviados en misiones especiales (Kress & Prost, 2016).

2.2. El alcance temporal de los SOFAS

En cuanto al momento temporal de celebración de los SOFAS, que sería determinante para admitir su compatibilidad o no con el ER, resulta que el apartado segundo del artículo 98 no se pronuncia expresamente sobre semejante cuestión, a diferencia de los artículos 90.6.²⁵ y 93.3. (ONU, 1998) que hablan de obligaciones internacionales *existentes*, dejando esta materia sin determinación. Como sabemos, toda cuestión abierta admite diferentes interpretaciones y posiciones doctrinales. Una

25 Solicitudes concurrentes. Cabe destacar que la versión española del texto auténtico no coincide con la versión en inglés, en la que se encuentra una referencia expresa a las normas internacionales existentes. El texto en español establece: “En los casos en que sea aplicable el párrafo 4, y salvo que el Estado requerido esté obligado por alguna norma internacional a extraditar la persona al Estado requirente que no sea parte en el presente Estatuto”. Por el contrario, la versión en inglés dice: “In cases where paragraph 4 applies except that the requested State is under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State not Party to this Statute” (ONU, 1998).

parte de la doctrina se inclina por la interpretación literal y contextual del precepto, afirmando que, si este no excluye explícitamente los acuerdos subsiguientes a la entrada en vigor del ER, esto es, posteriores al 1 de julio de 2002 —donde entrarían tanto el acuerdo de Afganistán, como el de Azerbaiyán con los EE. UU.—, entonces cabría admitirlos (Crawford, 2003, par. 38; Scheffer, 2005; Zappalà, 2003).

Por el contrario, nosotros rechazamos esta interpretación extensiva, que desvirtúa el objeto y el fin del ER y atenta manifiestamente contra su integridad. No hay que olvidar que el párrafo segundo del artículo 98 se introdujo en el ER para evitar que los Estados signatarios, al momento de ratificarlo, se encontrasen ante una situación de incompatibilidad con respecto a los acuerdos que ya tuvieran firmados. Por lo tanto, en este caso no hay que entender la ausencia de la palabra “existente”, atribuible, asimismo, a que el contenido del artículo fue acordado a última hora en la Conferencia Diplomática de Roma, como una *carte blanche* para cualquier Parte que, después de haber ratificado el ER, se sintiera libre para firmar arbitrariamente uno de estos acuerdos de no entrega a la CPI. En todo caso, a la luz del artículo 119, la compatibilidad de estos acuerdos será sometida a la Asamblea de los Estados Parte o, si esta no pudiera resolver por sí misma la controversia, podría recomendar su remisión a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que zanjara la diferencia jurídica.

Al hacer una interpretación más restrictiva del artículo 98.2. del ER, resulta que solamente los acuerdos firmados por los Estados antes de su ratificación serían subsumibles en la norma, por aplicación de la regla *prior in tempore, potior in iure*, por ser la obligación de no entrega del nacional del Estado que lo envía de carácter internacional y anterior en el tiempo (European Union Commission, 2002). En palabras del profesor Triffterer (2009), la interpretación más conservadora del párrafo segundo constituye una excepción a la obligación general de cooperar conforme al artículo 86, más concretamente, a la obligación de entrega de personas a la CIP dentro de unos confines razonables (Kress & Prost, 2016, pp. 2145; Kaul & Kress, 1999, p. 165; Keith 2000). Incluso, aquellos que defienden la interpretación extensiva como Crawford et al. (2003), reconocen que cualquier acuerdo nuevo, lenguaje que tampoco emplea el precepto, “debe, por tanto, prever claramente que el Estado que ‘envía’ someta a la persona a una investigación efectiva y, cuando sea de recibo, a un enjuiciamiento” (par. 50).²⁶

26 Traducción no oficial. El texto en inglés establece: “should therefore make clear provision to ensure that the ‘sending’ State subjects the person to effective investigation and, where warranted, prosecution.”

Es decir, incluso cuando estos autores admiten la conformidad de los SOFAS posteriores a la entrada en vigor del ER, también reconocen que los mismos deben estar supeditados a ciertos condicionantes para evitar la impunidad absoluta de los autores de los más graves crímenes internacionales.

En todo caso, con independencia del acuerdo de que se trate, siempre que el mismo precise del consentimiento del Estado que envía para entregar a la CIP a una persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, estaríamos ante una situación que limitaría las posibilidades para que la CIP pudiera ejercer su competencia. Se trataría, en definitiva, de una limitación jurisdiccional para la CIP en beneficio de los nacionales de terceros Estados. De otra forma, más que de una limitación de competencia, se trataría de un argumento a favor de los Estados Parte: “[s]u impacto potencial consiste en otorgar a los Estados una razón para denegar la entrega u otras formas de cooperación cuando existan tales acuerdos y se trate de nacionales de un Estado que no sea Parte” (Schabas, 2010, p. 1045).²⁷

Conclusiones

Como una primera conclusión de este estudio, podemos afirmar que los SOFAS se manifiestan como unas medidas que limitan la jurisdicción de la CPI, en el sentido de que crean la imposibilidad material para que esta prosiguiera con una investigación en curso o, en su caso, para sustanciar propiamente el enjuiciamiento del acusado de uno de los crímenes de su competencia. Dichos acuerdos confieren una especie de inmunidad procesal *ad hoc* para sus destinatarios, entendiéndose como un límite a la actividad jurisdiccional de la CIP por los efectos jurídicos que produce sobre su *praxis* judicial.

En segundo lugar, el tipo de acuerdos del artículo 98.2. del ER que conceden inmunidad de jurisdicción ante la CIP, cuando el propio ER la proscribe en el artículo 27, atacan directamente la integridad de este y socavan el normal y efectivo funcionamiento de la CPI. En efecto, se trata de unos acuerdos que no se ajustan al tenor literal del párrafo segundo del artículo 98 y su celebración viola el principio *pacta sunt servanda* y la obligación general impuesta a los Estados Parte por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de no frustrar el objeto y el fin del ER como tratado fundacional de la CPI.

En definitiva, procede concluir que en los supuestos donde prevalece la inmunidad procesal conferida por los SOFAS existe una brecha o limbo jurisdiccional que hace que reine la impunidad para los autores de los más graves crímenes

27 El texto en inglés dice: “[t]heir potential impact is in providing States with a reason to deny surrender or other forms of cooperation where such agreements exist and nationals of a non-party State are concerned.”

internacionales, en el sentido de que las conductas quedan impunes a las órdenes de sus respectivos gobiernos. En estos supuestos, en los que el Estado tercero no cooperaría con la CPI, la vía factible para combatir la impunidad sería el recurso a los sistemas nacionales de justicia penal, donde los propios tribunales del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen tomarían una relevancia destacada por ser los que efectivamente pueden investigar tales conductas constitutivas de crímenes internacionales.

Con todo ello, queda en evidencia que estos acuerdos contribuyen a fomentar un espacio de impunidad en beneficio de los sospechosos de haber cometido los más graves crímenes internacionales en Afganistán por ser el objeto de estudio, pero también podría plantearse semejante situación en Ucrania si Rusia se dedicase a celebrar acuerdos de este tipo con Estados Parte para evitar la entrega de sus nacionales, elementos militares y civiles, a la Fiscalía de la CPI. Afortunadamente, cabe advertir que la práctica de tales acuerdos ha ido en declive y perdiendo intensidad entre los Estados de la comunidad internacional.

Referencias

- Akande, D. (2003). The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of Non-Parties: Legal basis and limits. *Journal of International Criminal Justice*, 1(3), 618-650.
- Akande, D. (2006). The application of international law immunities in prosecutions for international crimes. En J. Harrington, M. Milde, & R. Vernon (Eds.), *Bringing power to justice? The prospects of the International Criminal Court*. McGill-Queen's University Press.
- Akehurst, M. (1975), The hierarchy of the sources of international law. *British Yearbook of International Law*, 47(1), 273-285.
- Amnistía Internacional. (2002). *Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*. <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/09/ior400252002es-1.pdf>
- Benzing, M. (2004), U. S. bilateral non-surrender agreements and article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An exercise in the law of treaties. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 8, 181-236.

- Berman, F. (1999), The relationship between the International Criminal Court and the Security Council. En H. A. M. von Hebel, J.G. Lammers, & J. Schukking (Eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos* (pp. 173-180). T. M. C. Asser Press – Springer.
- Broomhall, B. (2003). *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford University Press.
- Crawford, J., Sands, Ph., & Wilde, R. (2003). *Joint opinion on bilateral immunity agreements sought by the United States under article 98(2) of the Statute*.
- Escobar Hernández, C. (2000). Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas. En J. Quel López (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional* (pp. 31-44). AEPDIRI – BOE.
- Escudero Espinosa, J. F. (2003). Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 19, 185-261.
- Fernández de Casadevante Romaní, C. (1996), *La interpretación de las normas internacionales*. Aranzadi.
- Fitzmaurice, G. (1957). The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law. *Recueil des Cours*, 92, 1-227.
- Gaeta, P. (2002). Official capacity and immunities. En A. Cassese, P. Gaeta, & J.R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary Vol. I* (pp. 975-1002). Oxford University Press.
- Gargiulo, P. (1999a). Il controverso rapporto tra Corte penale interazionale e Consiglio di sicurezza per la repressione dei crimini di diritto interazionale. *La comunità internazionale*, 54(3), 428-473.
- Gargiulo, P. (1999b). The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council. En F. Lattanzi & W. A. Schabas (Eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court Vol. I* (pp. 67-104). II Sirente.
- Johansen, R. C. (2006). The impact of us policy toward the International Criminal Court on the prevention of genocide, war crimes, and crimes against humanity. *Human Rights Quarterly*, 28(2), 301-331.

- Kaul, H.-P., & Kress, C. (1999). Jurisdiction and cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and compromises. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2(1), 143-175.
- Keith Hall, C. (2000). The first five sessions of the UN preparatory commission for the International Criminal Court. *American Journal of International Law*, 94(4), 773-789.
- Kelsen, H. (1948-1949). Conflict between obligations under the Charter of the United Nations and obligations under other international agreements. An analysis of article 103 of the Charter. *University of Pittsburg Law Review*, 10(1), 284-294.
- Kress, C., & Prost, K. (2016). Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender. En O. Triffterer & K. Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (pp. 2117-2146). C. H. BECK – Hart – Nomos.
- Murphy, S. D. (2003). u. s. Bilateral Agreements Relating to ICC. *American Journal of International Law*, 97(1), 200-203.
- O’Keefe, R. (2016). Response: “Quid,” not “quantum”: A comment on “how the International Criminal Court threatens treaty norms. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49(1), 433-441.
- Remiro Brotons, A. (1987). *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*. Tecnos.
- Schabas, W. A. (2001), *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press.
- Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press.
- Scheffer, D. (2005). Article 98(2) of the Rome Statute: America’s original intent. *Journal of International Criminal Justice*, 3(2), 333-353.
- Tan, Ch. J. (2003). The proliferation of bilateral non-surrender agreements among non-ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court. *American University International Law Review*, 19(5), 1115-1180.

- Triffterer, O. (2009). 'Irrelevance of official capacity' – Article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (Article 98)? En I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, & S. Wittch (Eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* (pp. 571-602). Brill-Nijhoff.
- Villagrán Kramer, F. (2003). *Derecho de los tratados*. Ferg Editores.
- Watts, A. (1994), The legal position in international law of heads of states, heads of governments and foreign ministers. *Recueil des Cours*, 247, 9-130.
- Wirth, S. (2001). Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute. *Criminal Law Forum*, 12(4), 429-458.
- Wright, Q. (1917). Conflicts between international law and treaties. *American Journal of International Law*, 11(3), 566-579.
- Yee, L. (1999). The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16. En R. S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute, issues, negotiations, results* (pp. 143-152). Kluwer Law International.
- Zappalà, S. (2003). The reaction of the us to the entry into force of the ICC statute: Comments on UNSC Resolution 1422 (2002) and article 98 agreements. *Journal of International Criminal Justice*, 1(1), 114-134.

Jurisprudencia

- Comisión Europea. (2002). *Effective Functioning of the International Criminal Court (ICC) Undermined by Bilateral Immunity Agreements as Proposed by the U.S.*
- Committee of Legal Affairs and Human Rights. Threats to the International Criminal Court, Doc. 9844 (24 junio 2003). <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10198&lang=EN>
- Consejo de Europa. (2003). *Resolution 1336*. <https://pace.coe.int/pdf/b4bf06f9ba-f1b9dc19ddceacbc8fab511892ecf75ca3eb6d5c522bd1d4a44339/resolution%201336.pdf>
- Corte Penal Internacional —CPI—. *Situation in Ukraine*, ICC-01/22 (marzo-abril 2022). <https://www.icc-cpi.int/ukraine>

- Corte Penal Internacional —CPI—, Sala de Apelaciones. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan Doc. ICC-02/17-138 (5 marzo 2020).
- Corte Penal Internacional —CPI—, Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Doc. ICC-02/05-01/09OA2 (6 mayo 2019).
- Corte Penal Internacional —CPI—, Sala de Cuestiones Preliminares. *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143 (5 febrero 2021). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01165.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—, Fiscalía. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, ICC-02/17-7-Conf-Exp, Doc. ICC-02/17-7-Red (20 noviembre 2017).
- Georgetown Law Library. (2022) *Countries that have Signed Article 98 Agreements with the U. S.* [base de datos]. <https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF.183/9 (17 julio 1998). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/234/15/PDF/N9823415.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/volume-2187-I-38544-Spanish.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—, Asamblea General. *Carta de fecha 28 de febrero de 2014 dirigida a la Presidenta del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Ucrania ante las Naciones Unidas A/es-11/L.1** (1 marzo 2022a). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/30/PDF/N2227230.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (2002b). *Primer periodo de sesiones Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002. Documentos oficiales*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/603/38/PDF/N0260338.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas —ONU—. 5158 sesión, S/PV.5158 (31 marzo 2005). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N05/292/50/PDF/N0529250.pdf?OpenElement>

