

4. LA «AMERICAN SERVICEMEMBERS' PROTECTION ACT» DE 2002 ¹.

El día 2 de agosto de 2002 entró en vigor la *American Servicemembers' Protection Act of 2002* (ASPA), también conocida como *The Hague Invasion Act*. La ASPA forma parte de la *2002 Supplemental Appropriations Act for Further Recovery from and Response to Terrorist Attacks on the United States*. Esta Ley sirve como ejemplo característico de la política radical que los Estados Unidos de América (EE. UU.) han adoptado en contra del establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI). Política que va acompañada de otras medidas, tales como la celebración de acuerdos bilaterales de inmunidad con algunos de los Estados Parte en el Tratado de Roma de 1998 estableciendo la CPI. Estos acuerdos no se pueden encuadrar entre los acuerdos que el artículo 98 del Estatuto de la CPI permite celebrar y pueden suponer, en consecuencia, un incumplimiento de las obligaciones que con la CPI tiene el Estado Parte que firme dichos acuerdos bilaterales. Esta política de EE. UU. tiene como finalidad, según el Senador conservador Sr. Jesse Helms, principal promotor de esta Ley, la de «*protect these soldiers and their civilian leaders from an unaccountable kangaroo court*» (*Senador Jesse Helms, statement offering ASPA as amendment to the Defense Appropriations Bill*). Pero esta Ley sobrepasa con mucho el derecho soberano de EE. UU. de negarse a participar en la CPI, ya que contiene toda una serie de disposiciones a través de las cuales persigue obstaculizar, impedir e, incluso, penalizar la ratificación del Tratado de Roma por parte de otros Estados igualmente soberanos.

La ASPA se divide en quince secciones dedicadas al establecimiento de toda una sucesión de prohibiciones relativas a las posibles relaciones entre la CPI y el sistema jurídico estadounidense, pero dando siempre poder al Presidente de EE. UU. para no aplicarlas cuando así lo considere oportuno, a través de un procedimiento reglamentado en la propia Ley. En particular, esta Ley establece cuatro grandes grupos de prohibiciones.

En primer lugar, la prohibición de cooperar por parte de cualquier Tribunal, agencia o entidad del Gobierno federal, estatal o local estadounidense con la CPI (sección 2004). Esta prohibición abarca distintos aspectos tales como: la prohibición de responder a los requerimientos de cooperación por parte de la CPI; la prohibición de transmitir para su ejecución cualquier exhorto proveniente de la CPI, o cualquier otro medio solicitando cooperación; la prohibición de extraditar a la CPI, o de apoyar la extradición a ésta, de cualquier ciudadano estadounidense o de cualquier extranjero que goce de la residencia permanente en EE. UU.; la genérica prohibición de apoyar a la CPI en cualquier otro modo; la prohibición de utilizar cualquier clase de fondos financieros públicos para asistir de cualquier modo a la CPI; y la prohibición de investigar o de realizar cualquier tipo de actividad relacionada con procedimientos preliminares de investigación, acusación o cualquier otro procedimiento de la CPI en el territorio de EE. UU. o en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Hasta este punto, nada podemos argumentar sobre la licitud internacional de estas prohibiciones, ya que, aún siendo criticables desde un punto de vista ideológico, no son contrarias a la legalidad internacional pues forman parte del ámbito de decisión soberana de un Estado tercero en el Estatuto de la CPI. Pero junto a estas prohibiciones, se establece otra medida prohibitiva que sí que supone la contravención del Derecho internacional y es la restricción de la posibilidad de asistencia legal mutua en asuntos penales establecida en cualquier Acuerdo, Tratado o Convención cuando esta asistencia esté relacionada con la CPI. Este aspecto suscita de inmediato problemas de compatibilidad y jerarquía entre los tratados internacionales celebrados por EE. UU. y su legislación nacional posterior en el tiempo. Basta traer a colación, a este respecto, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 26 de abril de 1988, en un asunto que afec-

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D CTIDIB/2002/251.

taba directamente a EE. UU., según la cual «será suficiente recordar el principio fundamental del Derecho Internacional por el que el Derecho Internacional prevalece sobre el Derecho Interno» (*I.C.J. Reports 1988*, pp. 34-35).

En segundo lugar, la ASPA prevé la restricción de la participación de EE. UU. en algunas Operaciones para el Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas, excepto en aquellos casos en los que se asegure previamente la inmunidad de las fuerzas armadas estadounidenses respecto de la CPI (sección 2005). Esta restricción, como mínimo, es de dudosa legalidad ya que en virtud del artículo 2, párrafo 5 de la Carta de las Naciones Unidas, «los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta».

El tercer grupo de prohibiciones hacen referencia a la prohibición de transferir, directa o indirectamente, cualquier tipo de información clasificada como relativa a la seguridad nacional o a la ejecución de la Ley a la CPI (sección 2006). Este tipo de prohibiciones plantea de inmediato el interrogante de si es verdaderamente la seguridad nacional de un Estado la que puede llegar a verse amenazada por el más que legítimo interés en la persecución judicial de los presuntos responsables de crímenes de guerra. En la redacción de estas disposiciones, parece más que latente la presunción de culpabilidad de sus autores, así como el deseo de asegurar su impunidad frente a las exigencias de responsabilidad penal individual.

El último grupo está representado por la prohibición de asistencia militar a los Estados Parte de la CPI (sección 2007). Esta previsión también plantea problemas de legalidad internacional, ya que la asistencia militar suele pactarse en tratados o acuerdos bilaterales o multilaterales. En consecuencia, habrá que tener en cuenta la posible existencia de un tratado previo que, en caso de ser contradicho por la ASPA, supondría de nuevo una colisión entre un tratado internacional y una ley nacional posterior, similar a la ya contemplada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto mencionado.

Junto con estas prohibiciones, se establece otra previsión que, en todo caso, resulta llamativa y alarmante, dada la extensión unilateral que implica de la jurisdicción nacional estadounidense: la autorización al Presidente de EE. UU. de utilizar «todos los medios que sean necesarios y apropiados para conseguir la liberación de cualquiera de las personas cubiertas por esta Ley que hayan sido detenidas o apresadas por, en nombre de, o en cumplimiento de un requerimiento de la CPI (sección 2008)». Medidas que podrían entrar en colisión con los principios de no intervención en los asuntos internos de otros Estados soberanos y de respeto a la integridad territorial de cualquier Estado soberano. Las medidas que se pudieran adoptar conforme a esta disposición no se especifican en la misma, pero dada la amplitud con la que se contemplan, su más que hipotética contradicción con el Derecho internacional, en caso de adoptarse alguna de estas medidas, es clara.

Puede resultar muy interesante entrar a considerar cuáles son las razones que los EE. UU. esgrimen para justificar esta postura tan radicalmente contraria al establecimiento de la CPI. Antaño, la política de EE. UU. en relación con la persecución de criminales de guerra siempre se había caracterizado por su soporte a toda clase de esfuerzos que pudieran darse en este sentido. Cabe recordar, a este respecto, la directa participación de EE. UU. en la constitución y funcionamiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Tribunal Militar para el Lejano Oriente de Tokio, ambos tribunales creados al término de la Segunda Guerra Mundial, así como la propia jurisprudencia estadounidense que, en repetidas ocasiones, ha afirmado que «el Derecho Internacional dispone que ciertos delitos (crímenes de guerra) pueden ser castigados por cualquier Estado porque sus autores son enemigos de toda la Humanidad y todas las naciones tienen un interés igual en su aprehensión y castigo» (Asunto *Demjanjuk c. Petrovsky*, 603 F. Supp. 1468 affd. 776 F. 2d. 571). También EE. UU. ha sido el principal soporte económico del Tribunal Internacional Penal para Ruanda, llegando incluso a promover la persecución judicial de los líderes del *Khmer Rouge* por los crímenes de lesa humanidad cometidos en

Camboya entre abril de 1975 y enero de 1979 a través de leyes especiales como «*The Cambodian Genocide Justice Act*». Pero la CPI supone algo más que apoyar los esfuerzos de otros Estados en la persecución de sus criminales de guerra.

Las razones que EE. UU. esgrimen a favor de la presente Ley se resumen en su preámbulo y son las siguientes:

1) La posibilidad de que miembros de las fuerzas armadas estadounidenses sean sometidas a la jurisdicción de la CPI, aun cuando los EE. UU. no sean parte del Estatuto de Roma, supone una violación de los principios más fundamentales del Derecho de los Tratados.

2) Esta posibilidad podría suponer, igualmente, una limitación de la capacidad de EE. UU. de utilizar sus fuerzas armadas en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de alianzas, y de participar en operaciones multinacionales, incluyendo intervenciones humanitarias.

3) Cualquier estadounidense que se viese sometido a un proceso ante la CPI se vería negado de las protecciones procesales a las que tiene derecho cualquier ciudadano de los EE. UU. en virtud de la Declaración de Derechos de la Constitución Americana y, en concreto, del derecho a un juicio con jurado.

4) El Estatuto de Roma crea el riesgo de que el Presidente, o altos cargos electos o designados del Gobierno de los EE. UU. puedan ser perseguidos por la CPI, en particular, bajo la acusación de haber cometido un crimen de agresión y, especialmente, por las decisiones tomadas en el campo de la seguridad nacional en relación con la respuesta a actos de terrorismo, la prevención de la proliferación de armas de destrucción masiva o la disuasión de la agresión.

5) Cualquier tipo de acuerdo relativo a la definición del crimen de agresión en la Comisión Preparatoria de la CPI que supusiese la usurpación de la prerrogativa que, en virtud del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, corresponde al Consejo de Seguridad de determinar la existencia de un acto de agresión, contravendría lo establecido por la Carta.

Todos estos argumentos se encuentran enraizados en las críticas que los EE. UU. realizan al establecimiento de la CPI. Según la posición oficial del Gobierno de los EE. UU. acerca del establecimiento de la CPI, expresada el 6 de mayo de 2002, por el señor Marc Grossman, Subsecretario para Asuntos Políticos, la CPI socava el papel del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional; supone el establecimiento de un sistema procesal no sometido a confrontación alguna; supone una amenaza a la soberanía estadounidense, y adolece de numerosos defectos en su formación que podrían llevar a su uso abusivo por motivaciones políticas.

Ante estos argumentos, cabe plantearse si las reservas expresadas tanto en el preámbulo de la ASPA como por el señor Marc Grossman hacia el establecimiento de la CPI son reales o no.

Según la postura estadounidense, la posibilidad de que las fuerzas armadas estadounidenses sean sometidas a la jurisdicción de la CPI, aun cuando EE. UU. no sea Parte del Estatuto de Roma, supone una violación de los principios más fundamentales del Derecho de los Tratados. Se olvida EE. UU. que, no habiendo ratificado el Tratado de Roma, para que un ciudadano estadounidense pudiese ser juzgado por la CPI, en primer lugar, éste debería encontrarse fuera del territorio de los Estados Unidos. En caso de que así fuera y de que el Estado en cuyo territorio se encontrase fuese Parte del Estatuto de la CPI, esta supuesta violación del Derecho de los Tratados no existiría, ya que el Estado Parte en el Estatuto goza del derecho y tiene el deber de aplicar su Derecho interno, incluso los tratados internacionales de los que este Estado sea Parte contratante, a las personas que se encuentren en su territorio. Si EE. UU. desea evitar esta posibilidad, siempre le queda el recurso de no recomendar a sus nacionales visitar territorios extranjeros.

Respecto al segundo argumento según el cual la posibilidad de verse sometidos a la CPI podría suponer una limitación de la capacidad de EE. UU. de utilizar sus fuerzas armadas en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de alianzas, y de participar en operaciones multi-

nacionales, incluyendo intervenciones humanitarias, debemos decir que tales obligaciones no quedan en ningún caso limitadas por el Estatuto, sino que serán los EE. UU. quien se limite e incumpla con ello sus obligaciones de Derecho internacional. El Estatuto no obliga a incumplir alianzas, sino que se ocupa del establecimiento de un sistema procesal penal para juzgar los crímenes que se pudiesen cometer. Decir que el Estatuto limita la capacidad de actuar de EE. UU. es como decir que las leyes de procedimiento penal limitan la capacidad de actuación de las personas sujetas a las mismas.

Otra de las críticas a la CPI realizadas por EE. UU. es que cualquier estadounidense que se viese sometido a un proceso ante la Corte se vería negado de las protecciones procesales a las que tiene derecho cualquier ciudadano de los EE. UU. en virtud de la Declaración de Derechos de la Constitución Americana y, en concreto, al derecho a un juicio con jurado. Debe recordarse que el derecho humano fundamental a la tutela judicial efectiva, en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, no implica necesariamente el derecho a un juicio con jurado. A este respecto, sólo cabe argumentar que en el Estatuto de la Corte han quedado perfectamente reflejadas las garantías procesales requeridas en todo proceso penal. Aunque es cierto que no se contempla el derecho a un juicio con jurado, también es cierto que tampoco este derecho está garantizado cuando un ciudadano estadounidense cae bajo la jurisdicción nacional de otro Estado donde no se contempla tal posibilidad. Insistir en tal requisito supondría, además, reconocer, tácitamente, que los criminales de guerra condenados por los Tribunales de Nuremberg y Tokio, en los que participaron jueces estadounidenses y no hubo jurado, fueron condenados en violación de sus garantías procesales. Conclusión que EE. UU. no está en condiciones de asumir.

En contra del argumento esgrimido por EE. UU. según el cual la CPI será utilizada para incriminar a antiguos oficiales de la Administración y de las fuerzas armadas americanas que se encuentre en el extranjero, se olvida la regla de la irretroactividad establecida en el artículo 11 del Estatuto de la Corte, según la cual la CPI sólo conocerá de los crímenes cometidos a partir de la entrada en vigor de su tratado constitutivo, es decir, la Corte sólo conocerá de los crímenes cometidos a partir de julio del 2002.

Tampoco supone la CPI una invasión de la competencia de los propios Tribunales estadounidenses para conocer de aquellos casos en los que se encuentren implicados ciudadanos estadounidenses, ya sean miembros de las fuerzas armadas, agentes gubernamentales o civiles. La CPI no supone una amenaza para países cuya actuación se adecue a la legalidad internacional, ya que para ejercer su competencia deberá tener en cuenta, en primer lugar, la regla de la complementariedad respecto de las jurisdicciones internas competentes, tal y como se establece en el preámbulo y en el articulado del Estatuto de la CPI. Si lo que realmente EE. UU. desea es evitar eventuales actuaciones «diabólicas» de la CPI, la forma más segura de conseguirlo es ratificar su Estatuto en vez de oponerse visceralmente al mismo.

Por último y respecto al argumento según el cual cualquier tipo de acuerdo relativo a la definición del crimen de agresión en la Comisión Preparatoria de la CPI que supusiese la usurpación de la prerrogativa, en virtud del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, del Consejo de Seguridad de determinar la existencia de un acto de agresión, contravendría lo establecido por la Carta, debemos señalar que se trata de una crítica precipitada, ya que la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión se encuentra suspendida hasta que «se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esta disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas» (art. 5.2 del Estatuto de la CPI). Además de tener en cuenta que al Consejo de Seguridad le compete determinar la existencia de un acto de agresión en el ámbito político, nunca en el ámbito jurisdiccional, conviene no olvidar que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es «responsabilidad primordial» pero no exclusiva del Consejo de Seguridad (art. 24.2 Carta de las Naciones Unidas).

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, sólo nos cabe concluir que la ASPA es contraria al Derecho Internacional en muchos aspectos y que sólo expresa el miedo estadounidense a verse sometido a las mismas reglas del juego que el resto de los Estados, demostrando con ello que es cierto lo que en su día publicaron los medios de prensa estadounidenses en relación con la firma del Estatuto de Roma: *We want the Court, but not for us.*

María TORRES PÉREZ