

LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (ARTÍCULO 12.3 DEL ECPI). DE LA FORMULACIÓN ESTATUTARIA A SU PUESTA EN PRÁCTICA (COSTA DE MARFIL, UGANDA, PALESTINA, UCRANIA...)

UNILATERAL DECLARATION ACCEPTING THE COMPETENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ARTICLE 12.3 OF THE SICC). FROM THE STATUTORY FORMULATION TO ITS IMPLEMENTATION (CÔTE D'IVOIRE, UGANDA, PALESTINE, UKRAINE...)

M^a Dolores Bollo Arocena^{*}

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LEGITIMACIÓN PARA EMITIR LA DECLARACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 12.3 ECPI. III. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN EMITIDA CONFORME AL 12.3 ECPI. IV. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA EMISIÓN DE LA DECLARACIÓN. V. LA RETIRADA DE LA DECLARACIÓN. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN. El artículo 12.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional permite a los Estados no parte en el tratado formular una declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte, pero sin llegar a manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto. El presente trabajo aborda el estudio de la disposición a la luz de la práctica surgida desde su formulación estatutaria y las interesantes cuestiones que su aplicación ha planteado en relación con aspectos tales como la legitimación para emitir la declaración, el alcance material, temporal, territorial y subjetivo de la misma, el procedimiento posterior a su depósito ante el Secretario de la CPI y los problemas derivados de la posibilidad de que un Estado retire la confianza que había depositado en la CPI en forma de declaración. Las declaraciones emitidas hasta el momento en nombre de Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania, e incluso Egipto, y la respuesta ofrecida por la CPI a las distintas cuestiones anteriormente referidas permiten vislumbrar una disposición llena de posibilidades no solo para los Estados que aún no han ratificado el tratado sino también para los 124 Estados que ya lo han hecho.

Fecha de recepción del original: 4 de abril de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 16 de mayo de 2016.

^{*} Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Correo electrónico: mariadolores.bollo@ehu.eus. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación DER-2012-34913 “Crímenes internacionales y justicia penal: principales desafíos” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad dentro del Subprograma de proyectos de investigación fundamental no orientada, convocatoria 2012 y cuya investigadora principal es la Profesora Esperanza Orihuela Calatayud.

ABSTRACT. The article 12.3 of the International Criminal Court's Statute allows the States not party of the treaty to make a unilateral declaration accepting the competence of the Court, without expressing their consent to be bound to the Statute. This paper addresses the survey of the provision in the light of the practice arisen from its statutory formulation and the interesting matters that its implementation has brought up regarding aspects such as the entitlement to issue the declaration, the material, temporal, territorial and subjective scope thereof, the procedure after its submission before the Secretary of the ICC and the problems derived from the possibility that a State may withdraw the trust placed in the ICC in the form of a declaration. The declarations issued until now on behalf of Côte d'Ivoire, Uganda, Palestine, Ukraine and even Egypt, and the response given by the ICC to the different matters mentioned above, allow to have a glimpse of a provision full of possibilities, not only for the States that have not ratified the treaty yet, but also for the 124 States that already did.

PALABRAS CLAVE. Corte Penal Internacional, Estados no parte, declaración unilateral, legitimación para emitir la declaración unilateral, retirada de la declaración unilateral, alcance temporal, alcance territorial, alcance subjetivo, alcance material, Ucrania, Palestina, Israel, Uganda, Costa de Marfil, Egipto.

KEYWORDS. *International Criminal Court, States not party, unilateral declaration, entitlement to issue the unilateral declaration, temporal scope, territorial scope, subjective scope, material scope, withdrawal of the unilateral declaration, Ukraine, Palestine, Israel, Uganda, Côte d'Ivoire, Egypt.*

I. INTRODUCCIÓN¹

La Corte Penal Internacional (en adelante CPI) es una jurisdicción creada en virtud de un Tratado, el Estatuto de la CPI² (en adelante ECPI), que establece los límites materiales, temporales, territoriales y subjetivos de su actuación, así como las condiciones dentro de las cuales ésta lo hará. Como es bien sabido, la CPI puede llegar a ocuparse de una determinada situación si ésta ha sido remitida por un Estado parte o por el Fiscal de oficio, en cuyo caso es necesario que sean parte en el Tratado, bien el Estado de nacionalidad del autor, bien el Estado en el que los hechos ocurren o Estado territorial. También puede ser el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas quien active la jurisdicción de la CPI, en cuyo caso no es necesario que esté presente nexo jurisdiccional alguno, como ha ocurrido en los casos de Sudán, primero, y Libia, después.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede en aquellos casos en que no sean parte en el tratado ninguno de los Estados cuyo consentimiento sea necesario para que la Corte pueda llegar a ejercer su jurisdicción. Pues bien, el ECPI contiene una disposición –el artículo 12.3– que responde a esa cuestión y es, precisamente, ese artículo el objeto de análisis del presente trabajo. Su literalidad es la siguiente:

¹ Las páginas web citadas han sido visitadas por última vez el 30-03-2016.

² Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, documento 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 Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. En la actualidad son 124 los Estados parte en el mismo.

“Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

Así las cosas, el artículo 12.3 ECPI permite que un Estado que no sea parte en el tratado, pero cuyo consentimiento sea necesario para que pueda conocer de una determinada situación –dejémoslo ahí por el momento-, formule una declaración en virtud de la cual acepte la competencia de la CPI, pero siga siendo Estado no parte en el Tratado³. En las próximas páginas pretendemos analizar los distintos aspectos relacionados con la puesta en práctica de esta disposición estatutaria. Y es que la emisión de la declaración por parte de algunos Estados ha planteado ya cuestiones relacionadas con la legitimación para hacerlo (II), así como con el alcance material, temporal, subjetivo y territorial de la misma (III) y el procedimiento a seguir (IV). Finalmente, antes de adentrarnos en las conclusiones (VI), abordaremos la posible retirada de la declaración, pues también la realidad ha puesto sobre la mesa esa posibilidad (V).

II. LEGITIMACIÓN PARA EMITIR LA DECLARACIÓN CONFORME AL 12.3 ECPI

1. Ser un Estado

A) El problema de las declaraciones en situaciones de estatalidad cuestionada

De conformidad con lo dispuesto en su artículo 125 ECPI “todos los Estados” pueden ser parte en el Estatuto de la CPI y solo ellos pueden emitir una declaración en virtud del artículo 12.3 de ese mismo texto. De no haber sido porque el 22 de enero de 2009 Palestina formuló una declaración amparándose precisamente en la última de las disposiciones mencionadas⁴, probablemente poco más diríamos al respecto. Sin embargo, tal circunstancia hizo que surgieran toda una serie de cuestiones de máximo interés, como la condición de estatalidad (o no) de Palestina en el año 2009, la autoridad u órgano que debía decidirlo a los efectos de aceptar la declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI, así como los criterios en base a los cuales habría de hacerlo

³ Para ver el proceso de redacción de la disposición, *cfr.* obras clásicas como TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*, Baden Baden: Nomos, 1999, en particular “Article. 12. Preconditions to exercise of jurisdiction”, WILLIAMS, S.A., y SCHABAS, W.A., pp. 547-562; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Ed. Cambridge University Press, 2010, pp. 277-292.

⁴ *Cfr.* el texto de la declaración en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>. La declaración fue formulada pocos días después de que Israel diera por terminada la ofensiva militar sobre la Franja de Gaza que tuvo lugar entre el 27 de diciembre de 2008 y 18 de enero de 2009. Desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado, *cfr.* BOLLO AROCENA, M.D., “La impunidad de los Estados frente a las violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Algunas reflexiones al hilo de los ataques israelíes contra la franja de Gaza (diciembre de 2008-enero de 2009)”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. X, 2009, pp. 59-88.

Es evidente que en el año 2009 y desde un punto de vista jurídico internacional, la situación de la estatalidad de Palestina era cuando menos incierta y discutida⁵. Ello hizo que una vez que el Secretario de la CPI recibió la declaración la aceptara “sin perjuicio de un eventual pronunciamiento judicial sobre la aplicabilidad del párrafo 3 del artículo 12”⁶. No obstante, el Fiscal inició un examen preliminar con el fin de esclarecer “todas las cuestiones relacionadas con la competencia, en particular si la declaración de la Autoridad Palestina por la que aceptaba el ejercicio de la competencia de la Corte cumplía los requisitos estatutarios, si se habían cometido crímenes de la competencia de la Corte y si existían procedimientos nacionales en curso en relación con los presuntos crímenes”⁷. En los años que vinieron después, la Fiscalía recibió más de una decena de exposiciones jurídicas de expertos y organizaciones sobre la cuestión de la estatalidad, llegando incluso publicar en la web de la Fiscalía los distintos informes⁸; incluso llegó a organizar un debate interactivo entre los distintos expertos y ONGs que habían presentado informes durante la mesa redonda bianual celebrada el 20 de octubre de 2010⁹. Igualmente, celebró distintas reuniones con los interesados, incluidos representantes de la Autoridad Nacional Palestina, la secretaría de la Liga de Estados Árabes, el Comité Independiente de Investigación de la Liga de Estados Árabes y diferentes ONG palestinas e israelíes, con el fin de examinar, entre otras, la cuestión de la competencia de la CPI¹⁰. Para finales de 2010 el Fiscal disponía de toda la información que había solicitado, lo que le llevó a elaborar un documento en el que sintetizó las principales cuestiones jurídicas que la declaración le planteaba¹¹. A pesar de ello hubo que esperar dos años más -hasta abril de 2012- para que el entonces Fiscal de la CPI, muy poco antes de abandonar el cargo, cerrara la investigación preliminar sobre la situación en Palestina mediante una decisión incluida en un documento breve, de dos páginas escasas.

⁵ Sobre el conflicto palestino, *cfr.* SOROETA LICERAS, J., “Una visión del conflicto palestino: bloqueo histórico, colapso jurídico, fracaso político”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2009*, Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, 2010, pp. 282-332.

⁶ *Cfr.* Quinto informe anual de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2008/2009, A/64/356, 17 septiembre de 2009, párr. 51.

⁷ *Ibidem.*

⁸ En la siguiente dirección se pueden obtener todos los informes que le fueron aportados a la Fiscalía de la CPI:

http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/network%20with%20partners/consultations%20with%20civil%20society/Pages/summary%20of%20submissions%20on%20whether%20the%20declaration%20lodged%20by%20the%20palestinian%20nati.aspx.

⁹ *Cfr.* <http://iccforum.com/gaza>. Todo esto fue criticado por quienes consideran que pudo ser un intento por parte del Fiscal de ganar publicidad, provocando algo de lo que se huye en todo momento como es la politización de la Corte Penal Internacional, pues ese debate tuvo lugar, según los críticos, en un momento en el que aún ninguna autoridad con competencia para ello se había pronunciado sobre la validez o no de la declaración palestina. *Cfr.* en este sentido CHAN, J., “Judicial Oversight over Article 12(3) of the ICC Statute”, *FICHL Policy Brief Series*, N° 11, 2013, p. 2, disponible en http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_Policy_Brief_Series/FICHL_PB11.pdf.

¹⁰ *Cfr.* Sexto informe anual de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2008/2009, A/65/313, 19 de agosto de 2010, párr. 85.

¹¹ *Cfr.* OTP, “Situation in Palestine: summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements” e 10 de mayo de 2010, disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/553F5F08-2A84-43E9-8197-6211B5636FEA/282852/PALESTINEFINAL201010272.pdf>.

La principal conclusión del Fiscal consistió en afirmar que carecía de competencia para determinar el alcance del término “Estado” en el sentido del artículo 12, pues tal competencia, afirmó, descansa en el Secretario General de Naciones Unidas, quien, en caso de duda, remitirá la cuestión a la Asamblea General, aunque también reconoció el papel de la Asamblea de Estados Parte (en adelante AEP) en el Estatuto de Roma, quien podría decidir sobre la base del artículo 112(2)(g) de este último. El Fiscal cerró su decisión con una frase en la que dejaba abierta la puerta para que, en un futuro, una vez resueltas las cuestiones legales por los órganos competentes, la Fiscalía analizara las alegaciones de la comisión de crímenes de la competencia de la Corte¹². En otro lugar – en el informe preparado por la Fiscalía sobre las investigaciones preliminares del año 2013, bajo la dirección de la nueva Fiscal, señaló más explícitamente que la declaración de 2009 no había sido presentada válidamente¹³. Tres años le llevó decidir que en su opinión la competencia para determinar la condición de estatalidad era de otros: Secretario General, Asamblea General de Naciones Unidas o Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de la CPI.

Ha habido quien ha defendido que la Fiscalía debió haber adoptado otra postura, consistente en decidir si la declaración era válida o no a los efectos del artículo 12.3 ECPI. En palabras de El Zeidy “if a decision on the matter entails ‘a legal determination’, as the Prosecutor acknowledges, how, then, can such a determination wich lies within the pure competence of a judicial body be delegated to a political body such as the United Nations?”¹⁴, de ahí que concluyera que la decisión del Fiscal haya sido una “of the most controversial statements in the history of the Court, wich is certain to cast doubt on the legitimacy of the institution”¹⁵.

Lo cierto es que dado que la Fiscalía es un órgano más de la CPI¹⁶, y, dado que tal y como señala el artículo 119.1 ECPI “(l)as controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte serán dirimidas por ella” y, entre ellas se encuentra la resolución de las que se planteen en relación con la aplicación del artículo 12.3, consideramos que, efectivamente, la Fiscalía pudo e incluso debió haber entrado en el fondo de la cuestión. De haberlo hecho en la fecha en la que lo hizo (2012), el Fiscal podía haber optado por, al menos, alguna de estas posiciones:

¹² Cfr. *Situation in Palestine*, The Office of the Prosecutor, 3 de abril de 2012, párr. 8 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>). En opinión de Heller, la opción más adecuada hubiera sido la adopción de un posicionamiento por parte de la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma, cfr., HELLER, K.J., “Wich Organ of the ICC Decides Whether Palestine Is a State?” en el blog *Opinio Juris*, disponible en <http://opiniojuris.org/2012/04/04/which-organ-of-the-icc-decides-whether-palestine-is-a-state/>.

¹³ Cfr. *Report on Preliminary Examination Activities 2013*, Noviembre 2013, párr. 236, disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF.

¹⁴ Cfr. en este sentido EL ZEIDY, M.M., “Ad hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation Under Scrutiny” en *The Law and Practice of the International Criminal Court* (STAHN, C., Ed.), Oxford University Press, 2015, pp. 179-209, p. 189-190.

¹⁵ *Ibid.*, p. 192.

¹⁶ Cfr. artículo 34 ECPI.

1. Primera opción: Rechazar de plano la validez de la declaración en el entendido de que Palestina no era un Estado en la fecha en que la declaración se emitió.

2. Segunda opción: considerar que las relaciones que Palestina mantenía con más de 130 Estados y su pertenencia a distintas organizaciones internacionales – cuestiones ambas que la propia Fiscalía destacó en su decisión de abril de 2012- exigía una mayor reflexión, máxime desde el momento en que fue admitida como Estado miembro en la UNESCO (octubre 2011)¹⁷. Frente a quienes han esgrimido la aplicación de la denominada “fórmula de Viena”¹⁸ a partir de ese momento, consideramos que ello no procede, al menos directamente, pues la fórmula en cuestión no se encuentra recogida en el ECPI sino otra de las utilizadas, esto es, la fórmula “todos los Estados”, aunque el resultado final podría ser el mismo. Y es que creemos que el Fiscal, cuando menos, podría haber aceptado a partir de esa fecha la estatalidad de Palestina, aplicando la práctica que siguió el Secretario General de Naciones Unidas respecto de Islas Cook. En este caso tras su ingreso en la OMS, el Secretario General entendió que la Asamblea de la citada organización, cuyos miembros eran plenamente representativos de la Comunidad Internacional, había reconocido estatalidad de las Islas Cook, de tal modo que si preguntaba a la Asamblea General sobre el particular la respuesta hubiera sido la misma, de ahí que no consideró necesario hacerlo¹⁹. Por ello, a nuestro juicio, desde 2011 Palestina era un Estado con capacidad para ratificar el ECPI –de hecho comenzó a

¹⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Tratado constitutivo de la UNESCO los Estados no miembros de Naciones Unidas pueden ser admitidos como miembros de la Organización, a recomendación de su Consejo Ejecutivo (en virtud de una decisión adoptada por mayoría simple), y con el voto favorable de los dos tercios de su órgano plenario que es la Conferencia General. Pues bien, la recomendación de la entrada de Palestina en la UNESCO se produjo con el voto favorable de 40 de los 58 miembros que componen el Consejo Ejecutivo. La entrada tuvo lugar definitivamente el 31 de octubre de 2011 cuando la Conferencia General así lo decidió por 107 votos a favor (entre ellos el voto de España), 14 votos en contra y 52 abstenciones.

Algo similar se planteó en relación con Kosovo. Sin embargo, el día 9 de noviembre se rechazó su entrada en la Unesco pues no consiguió los dos tercios de votos favorables en el seno de la Conferencia General. El resultado de la votación fue el siguiente: 92 votos a favor (incluidos un importante número de miembros de la UE), 50 en contra (entre los que se encontraba España o Rusia), y un elevado número de abstenciones hasta alcanzar 29 (Bosnia, Colombia, Egipto, Irán, Irak, Japón, Ucrania y Argelia, además de los europeos Grecia, Rumanía y Polonia).

¹⁸ En efecto, el artículo 81 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 admite la ratificación del Convenio por parte de todos los Estados miembros de la ONU o de uno de sus organismos especializados, o por los Estados miembros del Organismo Internacional de la Energía Atómica, o por los Estados parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁹ *Cfr.* Summary of Practice of the Secretary-General As Depositary of Multilateral Treaties, UN Doc ST/LEG/7/Rev.1, párr. 85-86). *Cfr.* en este mismo sentido la opinión de EL ZEIDY, M.M., “Ad hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation Under Scrutiny” en *The Law and Practice of the International Criminal Court* (STAHN, C., Ed.), Oxford University Press, 2015, pp. 179-209, p. 208.

ratificar distintos tratados elaborados en el marco de la UNESCO²⁰ - y por ello también para emitir una declaración conforme al 12.3 del ECPI²¹.

3. Tercera opción: considerar que la declaración era válida desde el primer momento sobre la base de una interpretación funcional del término “Estado”, tal y como defendió un selecto sector de la doctrina²². Esta interpretación tiene máximo interés puesto que más allá del concreto caso palestino siguen existiendo entidades cuya estatalidad se cuestiona por motivos diversos –República Árabe Saharaui, Kosovo o República China (Taiwán), entre otras- y que, al menos en hipótesis podrían seguir el ejemplo de Palestina y emitir también una declaración aceptando la competencia de la CPI.

Partiendo de la base de que el propósito de un tratado como el Estatuto de Roma es proteger un interés colectivo como el de acabar con la impunidad de los más graves crímenes internacionales, es natural cuestionarse hasta qué punto es de recibo condicionar el alcance de la noción “Estado” a factores e intereses políticos que son los que en última instancia mediatizan una decisión como el reconocimiento. En este sentido, el sector de la doctrina al que nos referíamos anteriormente, liderado por A. Pellet, al que acompañaron otros reputados académicos como A. Remiro y J. Cardona en España, y otros como Abi Saab, Boisson de Chazournes, Conforti, Francioni, Bassiouni, Salmon, Schabas o Sicilianos, entre otros- defendió una aproximación funcional a la noción de Estado a los efectos de la CPI. Desde su punto de vista, la idea no es que la Corte se base en una definición general y ya elaborada del término Estado en Derecho Internacional, sino que adopte una aproximación funcional que le permita determinar finalmente si la declaración palestina cumple o no las condiciones establecidas en el artículo 12.3 para que la Corte ejerza su jurisdicción²³. En este sentido, recordaron que en Derecho internacional es muy frecuente la aproximación funcional a la noción Estado: tratados internacionales que al definir una noción lo hacen con

²⁰ Cfr. VACAS, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del estatuto de la CPI por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *REEI*, N° 30, 2015, DOI: 10.17103/reei.30.12, concretamente pp. 10-11.

²¹ Cfr. en este sentido AKANDE, D., “ICC Prosecutor Decides that He Can’t Decide on the Statehood of Palestine. Is he Right?”, disponible en <http://www.ejiltalk.org/icc-prosecutor-decides-that-he-cant-decide-on-the-statehood-of-palestine-is-he-right/>.

²² Cfr. PELLET, A., “The effects of Palestine’s Recognition of the International Criminal Court’s Jurisdiction”, en C. Meloni y G. Tognoni (eds), *Is There a Court for Gaza?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 409-428, disponible igualmente con ese mismo título en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1-ACC0-B41706BB41E5/281927/PelletENGCLEAN1.pdf>.

Este informe fue firmado igualmente por ABI SAAB, G., BASSIOUNI, M.C., BEN ACHOUR, R., BIESE, P., BHLANDER, M., BOISSON DE CHAZOURNES, L., CARDONA LLORENS, J., CHEMILLIER GENDREAU, M., CONDORELLI, L., CONFORTI, B., DIMITREJEVIC, V., DUGARD, J., ESCARAMEIA, P., EUDES, M., EL KOSHERI, A.S., FOMBA, S., FORTEAU, M., FRANCIONI, F., GALICKI, Z.W., GHÉRARI, H., GOWLLAND DEBBAS, V., JOS, E., LATTY, F., MAHIOU, A., MOMTAZ, D., MÜLLER, D., PAUS, J., PICONE, P., REMIRO BROTONS, A., RIGAUX, F., RUIZ FABRI, H., SALMON, J., SCHABAS, W., SCHRIJVER, N., SICILIANOS, L.A., SLIM, H., SOREL, J.M., SZUREK, S., TAVERNIER, P. y TAXIL, B.

²³ Cfr. PELLET, A., “The effects of Palestine’s Recognition of the International Criminal Court’s Jurisdiction”, en C. Meloni y G. Tognoni (eds), *Is There a Court for Gaza?*, op. cit., p. 411.

fórmulas del tipo “a los efectos del presente tratado”, o tribunales que, como el TEDH, no dudan en extender su jurisdicción a hechos ocurridos en entidades *sui generis* o en territorios que no forman parte de la soberanía del Estado demandado, pero en los cuales ejerce su jurisdicción²⁴. En el caso de Palestina, continuaron señalando con todo el sentido los citados autores, solo la ANP tiene autoridad sobre el territorio palestino y la población establecida en el mismo. Negar toda validez a la declaración formulada supondría crear espacios de impunidad –pues Israel carece de título jurídico sobre los territorios ocupados, título que ni siquiera reclama-, algo contrario al objeto y fin del tratado, de ahí que concluyeran que a los efectos del Estatuto de Roma, la declaración se había realizado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 y podía desplegar los efectos especificados en el artículo 13²⁵. Como puso de relieve Shany, la aproximación

²⁴ Por ejemplo, el TEDH tuvo que abordar en un caso clásico, el caso *Loizidou c. Turquía*, la excepción preliminar de falta de competencia *ratione loci* planteada por el Estado turco, pues según esgrimía los hechos no habían ocurrido en territorio metropolitano turco sino en la República Turca del Norte de Chipre (RTNC). El TEDH concluyó con claridad, como viene haciendo cada vez que algo así se plantea, que “the Court’s enquiry is limited to determinig wether the matters complained of by the applicant are capable of falling within the ‘jurisdiction’ of Turkey even though they occur outside her national territory (...) Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action –weather lawful or unlawful- it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration”, *Cfr. Case Loizidou c. Turkey (Preliminary Objections), Judgment*, 23 de marzo de 1995, párr. 61-62. Más recientemente se ha manifestado en idéntico sentido, por ejemplo, en el caso *Ilascu and others v. The Republic of Moldova and Russia, Judgment (Grand Chamber)*, 8 de Julio de 2004, párr. 376-394, caso *Catan and others v. The Republic of Moldova and Russia, Judgment (Grand Chamber)*, 19 de octubre de 2012, párr. 102-123, o caso *Pisari v. The Republic of Moldova and Russia, Judgment (Grand Chamber)*, 21 de abril de 2015, sentencias en las que el TEDH condena a Rusia por hechos ocurridos en el territorio de Transnistria, parte integrante de Moldavia, pero respecto del cual la Federación Rusa ejerció su jurisdicción en los términos del artículo 1 de la Convención en el momento en el que los hechos enjuiciados tuvieron lugar. O en el caso *Al Skeini and others v. United Kingdom, Judgment*, 7 de Julio de 2011, párr. 130-150, relativo a las violaciones de la convención cometidas por las fuerzas armadas británicas en el sureste de Irak, territorio, obviamente, fuera de la soberanía del Reino Unido, pero en el que ejerció temporalmente su jurisdicción en el sentido del artículo 1 de la Convención.

²⁵ *Cfr. PELLET, A.*, “The effects of Palestine’s Recognition of the International Criminal Court’s Jurisdiction”, *op. cit.*, pp. 422 y 425. En esta misma línea, Shany ha afirmado que el término Estado puede ser entendido de diferentes modos en según qué contextos: “It could be argued that quasi-states may confer jurisdiction on the Court under Article 12(3), yet not be allowed to ratify the Charter pursuant to Article 125 (...). In other words, a functional approach may offer quasi-state the opportunity to participate to some extent in the work of the ICC without necessarily conferring upon them the entire gamut of membership privileges associated with full-fledged statehood”, *Cfr. SHANY, Y.*, “In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3): A Response to Yaël Ronen”, en C. Meloni y G. Tognoni (eds), *Is There a Court for Gaza?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 497-512, p. 503. De hecho, este autor recordó que la CIJ permitió participar a Palestina y a Kosovo en sendos procedimientos consultivos relativos a la construcción del muro y a la declaración unilateral de independencia, respectivamente, aun no siendo ni Estados ni organizaciones internacionales como exige el artículo 66.2 del ECIJ, sin que ello supusiera un problema, justificándolo en el primer caso por referencia al estatuto de entidad observadora que ya tenía Palestina (*Cfr. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 de Julio de 2004, Orden de 19 de diciembre de 2003, p. 429), y en la utilidad de su participación en el procedimiento, en el segundo (*Cfr. Accordance With International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self Government of Kosovo*, Decisión de 17 de octubre de 2008, p. 410).

funcional ayuda a la Fiscalía a separar los aspectos penales del caso de otros más controvertidos, de índole político o diplomático²⁶.

A nuestro juicio, partiendo de la base del principio de competencia de la competencia, que preside la actuación de todo órgano jurisdiccional internacional²⁷ y que se encuentra expresamente recogido en el artículo 19.1 ER, la Fiscalía debía haberse declarado competente para analizar la validez de la declaración palestina, y, por todo lo dicho, debía haber concluido que la declaración era válida *ab initio* a los exclusivos efectos del artículo 12.3 ECPI, sobre la base de esa interpretación funcional de la noción Estado a la que nos acabamos de referir. Una vez que hubiera procedido a solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación –si así lo hubiera estimado oportuno–, esa misma Sala podía haber revisado la decisión²⁸, e incluso podía haberlo hecho la Sala de Apelaciones, llegado el caso a su sede. Subsidiariamente, de no admitirse esta interpretación, creemos que el ingreso de Palestina en la UNESCO debió jugar un papel determinante, pues para cuando la Fiscalía adoptó su decisión (abril de 2012) ese hecho ya se había producido, y, en consecuencia, la Fiscalía podía haber dado por buena la declaración, pues la estatalidad de Palestina ya no estaba en duda²⁹.

Como es bien conocido, unos meses después de que el Fiscal hiciera pública su decisión, Palestina fue admitida como Estado observador no miembro en Naciones Unidas en virtud de la Resolución 67/19 de la Asamblea General, aprobada el 29 de noviembre de 2012, con 138 votos a favor, 9 votos en contra y 41 abstenciones³⁰. Aún cuando hay quien cuestiona que tal circunstancia haya modificado su estatuto³¹, la realidad demuestra que

²⁶ Cfr. SHANY, Y., “In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3): A Response to Yaël Ronen”, en C. Meloni y G. Tognoni (eds), *Is There a Court for Gaza?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 497-512, p. 505.

²⁷ Cfr. entre otras la célebre decisión del TPIY en la que se hizo referencia a su derecho a resolver la cuestión planteada incidentalmente (la legalidad de la resolución del Consejo de Seguridad que creó el TPIY) en base al principio de competencia de la competencia, *Appeal Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1-T, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, paragr. 17.

²⁸ Cfr. KEARNEY, M., “The situation in Palestine”, en el blog *Opinio Juris*, disponible en <http://opiniojuris.org/2012/04/05/the-situation-in-palestine/>; HELLER, K.J., “Which Organ of the ICC Decides Whether Palestine Is a State?” en el blog *Opinio Juris*, disponible en <http://opiniojuris.org/2012/04/04/which-organ-of-the-icc-decides-whether-palestine-is-a-state/>.

²⁹ Cfr. infra el apartado referido a los límites temporales.

³⁰ Entre los Estados que votaron a favor del reconocimiento del estatuto de Estado observador no miembro cabe mencionar el caso de China o Francia, como miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y nuestro país, España. Entre quienes se abstuvieron merece ser destacado el caso de Gran Bretaña, o el voto negativo de Estados Unidos e Israel, como era obvio.

³¹ En opinión de Vidmar, la Resolución de la AG ni alteró ni clarificó el estatus de Palestina, cfr. VIDMAR, J., “Does General Assembly Resolution 67/19 Have Any Implications for the legal status of Palestine?”, disponible en <http://www.ejiltalk.org/does-general-assembly-resolution-6719-have-any-implications-for-the-legal-status-of-palestine/>. En el mismo sentido, KONTOROVICH, E., “Israel/Palestine – The ICC’s Uncharted Territory”, *JICJ*, 2013, Vol. 11 N° 5, pp. 979-999; entre nosotros, LÓPEZ DE JACOISTE DÍAZ, M.E., “[El reconocimiento de Palestina como "Estado observador no miembro" en las Naciones Unidas y sus efectos jurídico-políticos](#)”, *REDI*, Vol. 65, N° 1, 2013, págs. 270-276, en particular p. 272. En sentido contrario, Akande entendió que a pesar de las 40 abstenciones y

desde entonces Palestina ha ratificado más de 15 tratados internacionales³², de ahí que no pudiera ya discutirse su capacidad para emitir una declaración conforme al 12.3, tal y como hizo el 31 de diciembre de 2014³³, y también, claro, para ratificar el ECPI, tal y como ocurrió el 1 de enero de 2015. La admisión de Palestina como Estado Observador no miembro de Naciones Unidas –la adquisición de la condición de miembro de pleno derecho es harina de otro costal³⁴– consiguió en el seno de la CPI lo que no pudo hacer su admisión como estado miembro de la UNESCO³⁵.

B) EL PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓN DEL ESTADO.

a) *Declaraciones emitidas por gobiernos cuestionados.*

El 13 de diciembre de 2013, quien había sido presidente de Egipto, Mohamed Morsi, presentó a través de sus asesores una declaración ante la secretaría de la CPI conforme

de los 9 votos en contra, hubo un reconocimiento colectivo de Palestina como Estado, *cfr.* AKANDE, D., “Palestine as UN Observer State: Does this Make Palestine a State?”, disponible en <http://www.ejiltalk.org/palestine-as-a-un-observer-state-does-this-make-palestine-a-state/>.

³² Entre ellos, Convenios de Ginebra de 1949 (I, II, III, IV) y el Protocolo Adicional I de 1977, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, el Convenio sobre derechos del niño de 1989 y el Protocolo Adicional en caso de conflicto armado de 2000, la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1979, la IV Convención de la Haya sobre leyes y usos de la Guerra de 1899 y su Reglamento anejo de 1907, el Convenio sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, el Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, el Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, el Convenio para la supresión y castigo del crimen de Apartheid de 1973, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

³³ *Cfr.* el texto de la declaración palestina en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf. La aceptación por parte del Secretario de la CPI de la declaración emitida por Palestina en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/150107-Registrar-Letter-to-HE-President-Abbas-regarding-Palestine-Art-12-3--Declaration.pdf>.

³⁴ La propia Fiscalía insistió en que, pese a que el 23 de septiembre de 2011 Palestina había solicitado formalmente la entrada en la organización conforme al procedimiento previsto en el artículo 4.2 de la Carta, el Consejo de Seguridad “has not yet made a recommendation in this regard” (*Cfr.* OTP, *Situation in Palestine*, *op. cit.*, párr. 7). Como por todos es sabido, esa recomendación no llegará, al menos por ahora, puesto que se encontrará de frente con el veto de Estados Unidos, pese a que el Presidente Obama pareció defender ante la Asamblea General en el ya lejano septiembre de 2010 que para el siguiente período de sesiones Palestina debía ser miembro de la organización. Con toda seguridad es esa circunstancia y no otra la que impide que Palestina sea hoy Estado miembro de pleno derecho de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta que, pasado el filtro del Consejo de Seguridad, obtendría el voto favorable de los dos tercios de la Asamblea General, como lo obtuvo para ser Estado observador.

³⁵ La nueva Fiscalía, la Sra. Bensouda, reconoció que la situación de Palestina había cambiado desde su admisión en la ONU bajo el estatuto de Estado observador –nada dijo tampoco de la situación tras su admisión en la UNESCO–. Sin embargo, dejó muy claro que desde su punto de vista “this change did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration lodged without the necessary standing” (*Cfr.* Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: ‘The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine’, 2 de septiembre de 2014, p. 2, disponible en https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-st-14-09-02.aspx).

al artículo 12.3 ECPI. La declaración había sido firmada tras el golpe de estado -que tuvo lugar el 3 de julio de 2013 y que derrocó al propio Morsi del Gobierno-, y reconocía precisamente la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes que habían tenido lugar a partir de esa fecha. La declaración iba acompañada de una denuncia (“complaint”) a la que se adjuntaban varios anexos con pruebas de los crímenes cometidos y de argumentos jurídicos en apoyo de la misma³⁶. Conviene mencionar que antes de presentar el escrito con la declaración, los asesores de Morsi comunicaron a la Secretaría de la CPI la intención que tenían. El Sr. Morsi y sus asesores fueron informados desde la Secretaría de que en tal caso se pondrían en contacto con las autoridades *de facto* con el fin de que manifestaran si asumían o no la declaración, algo a lo que los asesores de Morsi se opusieron por entender que ello podía ser un acto de reconocimiento de los golpistas en detrimento del gobierno democráticamente elegido³⁷. Pese a ello, una vez presentada la declaración esa comunicación entre Secretaría de la CPI y régimen militar egipcio tuvo lugar y, como era de esperar, el nuevo gobierno no recoció en modo alguno la validez de la declaración.

Cuatro meses después, concretamente el 25 de abril de 2014, la Fiscalía comunicó que no iba a proceder a la apertura de una investigación preliminar en relación con Egipto, pues concluyó que la declaración no había sido emitida por una persona con autoridad necesaria para ello o con los adecuados plenos poderes para representar a Egipto a los efectos de expresar el consentimiento para que la CPI ejerciera su jurisdicción³⁸. Ese mismo día el Secretario de la CPI hizo pública su decisión en la que concluía que la comunicación no podía ser tratada como una declaración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.3 ER³⁹.

En esta situación Morsi y sus asesores utilizaron el argumento de la legitimidad democrática, pues alegaban que la declaración remitida procedía del gobierno democráticamente elegido, gobierno que los golpistas, como era de esperar, no reconocían. Aún teniendo sentido la argumentación podría esgrimirse que, de no haber sido derrocado y de haber permanecido en el gobierno, muy probablemente Morsi no hubiera emitido tal declaración en nombre de Egipto, y en ese sentido quizás la Corte rechazó la declaración por tratarse de un intento de manipulación de la misma⁴⁰.

³⁶ Cfr. VAUGHAN LOWE, Q.C., “Legal Opinion on the Article 12(3) Declaration in the Egypt Situation”, 18 de marzo de 2013 (referencia incluida en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1831527.pdf> pues figura en el anexo 2 de la decision que es confidencial.

³⁷ Cfr. párr. 22 y ss.

³⁸ Cfr. *Prosecutor’s decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt*, reproducido en “*Request for review of the Prosecutor’s decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt and the Registrar’s Decision of 25 April 2014*”, 23 de mayo de 2014, párr. 10, disponible en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1831527.pdf>.

³⁹ Cfr. *Registrar’s Decision on the Declaration under Article 12(3) and Complaint regarding International Crimes Committed in Egypt*, 25 abril 2014, reproducido en *Request for review of the Prosecutor’s decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt and the Registrar’s Decision of 25 April 2014*, 23 de mayo de 2014, párr. 11, disponible en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1831527.pdf>.

⁴⁰ Cfr. *Décision relative à la demande tendant à ce que soient examinées la décision prise par l’Accusation le 23 avril 2014 de ne pas entreprendre l’examen préliminaire de crimes qui auraient été*

En el caso de Ucrania, la declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI, vía artículo 12.3 del Estatuto, se produjo el 25 de febrero de 2014, como consecuencia de la decisión adoptada por la Rada Suprema (Parlamento de Ucrania)⁴¹, transmitida al Secretario de la CPI por la Embajada ucraniana en los Países Bajos y corroborada días después por el Ministro de Asuntos Exteriores⁴². No parece que se haya cuestionado la legitimidad del Parlamento de Ucrania para emitir la declaración, pero quizás debemos recordar que el contexto en el que todo ello tuvo lugar fue de excepción. En efecto, como consecuencia de las protestas que dieron lugar a lo que se conoció popularmente como el *Euromaidán*, protestas que alcanzaron su punto álgido en el mes de febrero de 2014, quien había sido hasta entonces su Presidente, Víktor Yanukóvich, abandonó el país –esgrimiendo haber sido víctima de un golpe de estado– asumiendo en su lugar el cargo de forma interina Oleksandr Turchínov. Como decíamos, tras los meses de incertidumbre, el 25 de mayo de 2014 se celebraron en Ucrania nuevas elecciones en las que resultó vencedor Petró Poroshenko, bajo cuya presidencia no sólo no se ha cuestionado la validez de la declaración emitida en febrero de 2014 sino que se ha completado con una segunda declaración en el mes de septiembre de 2015, a la que más adelante nos referiremos. Probablemente hiciera bien el Secretario en aceptar la declaración de Ucrania, sobre todo teniendo en cuenta que tras la situación de excepción se celebraron en el país elecciones democráticas. En cualquier caso, habrá que reconocer que no lo tiene fácil la CPI cuando debe elegir entre considerar que quien representa al Estado es el gobierno *de facto* en el poder, que ha podido acceder a él de forma traumática e incluso violenta, o el gobierno legal, que se encuentra en el exilio y que puede llegar a devenir una ficción.

b) Personas con capacidad de representar al Estado

La declaración unilateral prevista en el artículo 12.3 ECPI también ha planteado la cuestión de las personas legitimadas para representar al Estado a la hora de emitirla. Ello se puso de manifiesto de forma particularmente clara en relación con Palestina en un momento en el que habiendo sido ya reconocida como Estado observador de Naciones Unidas, por tanto en un momento en el que ya no se dudaba de su estatalidad, los medios de comunicación publicaron la noticia de que el 25 de julio de 2014 el Ministro de Justicia –Saleem al-Saqqa– y el Fiscal General de Gaza –Ismail Jabr– habían formulado una denuncia (“complaint”) ante la CPI por los crímenes cometidos por Israel en las últimas operaciones militares. Dos semanas después el Presidente interino palestino solicitó de la Fiscalía de la CPI anular la denuncia que había sido emitida, según esgrimió el Ministro de Asuntos Exteriores, sin tener autorización para hacerlo y sin consultar previamente ni con el gobierno ni con el Presidente.

commis en République Árabe d’Égypte et la décision prise par le Greffier le 25 avril 2014, ICC-RoC46(3)-01/04, 12 de septiembre de 2014, disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1835322.pdf>.

⁴¹ Cfr. https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationVerkhovnaRadaEng.pdf.

⁴² Cfr. https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/UkraineMFAdocument16-04-2014.pdf.

Lo que se acaba de señalar plantea, para empezar, hasta qué punto se trata de una declaración emitida de conformidad con el artículo 12.3, como se ha señalado por algún autor⁴³, o si realmente no lo fue, como en realidad creemos. Ahora bien, de haber sido una declaración del tipo de las que son objeto en el presente trabajo, cabría plantear hasta qué punto las autoridades anteriormente mencionadas tienen capacidad para representar al Estado. Lo cierto es que ya la primera declaración emitida por Palestina en el año 2009 fue firmada por el Ministro de Justicia de entonces, Ali Khashan, sin que se cuestionara su legitimación para hacerlo, aunque, ciertamente, en aquellos tiempos la declaración planteaba cuestiones jurídicas más trascendentes aún que la legitimidad de la persona que la emitía, de modo que no creemos que el silencio de la decisión del Fiscal al respecto sea un indicativo de su posicionamiento sobre el particular. La tercera declaración palestina, o segunda, según se mire, fue firmada por el Presidente palestino Mahmoud Abbas⁴⁴. En el caso de Costa de Marfil la declaración fue emitida por su Ministro de Asuntos Exteriores, Mamadou Bamba⁴⁵, y confirmada años después por el Presidente del país, Alassane Ouattara⁴⁶. Por su parte, la declaración de Ucrania fue remitida a la Secretaría por su Embajada en los Países Bajos anunciando la declaración de reconocimiento de la jurisdicción de la CPI que había sido aprobada por la Rada, y lo hizo a través de una carta fechada el 9 de abril de 2014, que aparece sin firma, pero sí con el sello de la Embajada⁴⁷. No obstante, pocos días después –el 16 de abril–, y a través de una nota verbal, el Ministro de Asuntos Exteriores se dirigió de nuevo a la Secretaría avalando lo que la Embajada había remitido a la Secretaría de la Corte días atrás⁴⁸. Por último, en el caso de Uganda, la declaración conforme al 12.3 ECPI fue emitida por el “Gobierno”, según indicó el Fiscal Moreno Ocampo, que no mencionó explícitamente quién de sus miembros la presentó exactamente, aunque, a la vista de la carta en la que el Fiscal informó de todos estos extremos probablemente fuera el propio Presidente de Uganda quien lo hizo⁴⁹.

No cabe ninguna duda de que conforme al derecho internacional consuetudinario, reflejado en este punto en el artículo 7.2 Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, tanto Jefes de Estado, como Jefes de Gobierno, así como los Ministros de Asuntos Exteriores tienen capacidad para obligar al Estado al que representan por la

⁴³ En opinión de El Zeidy se trató de una declaración conforme al 12.3, cfr. EL ZEIDY, M.M., “Ad hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation Under Scrutiny” en *The Law and Practice of the International Criminal Court* (STAHN, C., Ed.), Oxford University Press, 2015, pp. 179-209, p. 180.

⁴⁴ Cfr. el texto de la declaración en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf.

⁴⁵ Cfr. el texto de la declaración en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CBE1F16B-5712-4452-87E7-4FDDE5DD70D9/279779/ICDE.pdf>.

⁴⁶ Cfr. el texto de la declaración en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf>.

⁴⁷ Cfr. el texto de la declaración en https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf.

⁴⁸ Cfr. la nota verbal en https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/UkraineMFAdocument16-04-2014.pdf.

⁴⁹ Cfr. http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc271808_01.pdf, p. 4.

naturaleza del cargo que ocupan⁵⁰. Ahora bien, las dudas surgen cuando se plantea la capacidad para obligar al Estado de los titulares de otras carteras ministeriales, y mucho más si son autoridades de menor rango. En este punto podríamos traer a colación la sentencia dictada por la CIJ en el año 2006 en el Asunto de las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda) (competencia y admisibilidad)⁵¹, en la que la Corte se mostró más flexible a la hora de admitir el carácter obligatorio de las declaraciones emitidas por otros Ministros –en aquel caso, la Ministra de Justicia, aunque concluyó que no tenía carácter obligatorio pero por motivos distintos a la autoridad de la que emanaba-. Por su parte, la CDI adoptó en el año 2006 los *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales*, tema en el que llevaba trabajando desde 1996. El punto 4 de la Declaración se refiere precisamente a esta cuestión: “Una declaración unilateral obliga internacionalmente al Estado sólo si emana de una autoridad que tenga competencia a estos efectos. En virtud de sus funciones, los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores están facultados para formular tales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán ser autorizadas para obligar a éste, mediante sus declaraciones, en las materias que correspondan a su esfera de competencia”. Por tanto, otras personas pueden también emitir una declaración que obligue al Estado, si tienen autorización para ello, aunque, como destacan Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, no queda claro “si tal autorización deberá ser expresa y formal o podría en su caso deducirse también de la práctica o de las circunstancias del caso”⁵², como en realidad creemos.

Pues bien, refiriéndonos de nuevo a la declaración del artículo 12.3 ECPI podría concluirse que el Ministro de Justicia palestino, e incluso el Fiscal General de Gaza, hubieran podido comprometer al Estado, siempre y cuando hubieran sido autorizados a ello con carácter previo, o incluso aunque el aval fuera posterior⁵³, algo que no debió suceder a la vista de la reacción de Mahmoud Abbas desautorizando a ambos, y exigiendo la anulación de la denuncia.

⁵⁰ Cfr. *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, Arrêt, C.I.J. Recueil 2006, párr. 43 y la jurisprudencia que cita: *Essais nucléaires (Australie c. France)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 269-270, par. 49-51; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, Arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 622, par. 44; *Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 21-22, par. 53; *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, Arrêt, 1933, C.P.I.J. série A/B no 53, p. 71.

⁵¹ Cfr. *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, Arrêt, C.I.J. Recueil 2006, párr. 48.

⁵² Cfr. GUTIERREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, pp. 263-264. En el mismo sentido, ANDRÉS SAÉZ DE SANTAMARÍA, M.P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2014 (3ª Ed.), pp. 118-119.

⁵³ Cfr. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ HOCHLEITNER, J., PÉREZ PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional. Curso General*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, p. 176.

2. Ser un Estado no parte

El artículo 12.3 ECPI pretende dar salida a la situación que puede plantearse cuando el ejercicio de la competencia por la Corte Penal Internacional dependa del consentimiento de un Estado que no es parte en el Estatuto. Recordemos la literalidad de la disposición: “Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2 (...)”. Así las cosas, parece evidente que el artículo 12.3 se refiere a los Estados no parte en el ECPI. Ahora bien, consideramos oportuno plantear hasta qué punto cabe la posibilidad de que un Estado que ya es parte en el tratado deposite una declaración conforme al 12.3, así como el sentido o la utilidad de que un Estado haga algo así.

Lo cierto es que eso es algo que ya ha ocurrido en el caso de Uganda, y ello encuentra su aval, a nuestro juicio, en el artículo 11.2 ECPI cuando señala que “(s)i un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado”, y añade, “a menos que éste Estado *haya hecho* una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”⁵⁴. Lo cierto es que esta última frase, en la versión inglesa del texto, aparece redactada como sigue, “unless that State has made a declaration under article 12, paragraph 3”, y en la versión francesa de este otro modo, “sauf si le dit État fait la déclaration prévue à l’article 12, paragraphe 3”. El tiempo en el que aparece conjugado el verbo hacer (pretérito perfecto del subjuntivo o presente de indicativo) es importante porque si bien en las versiones española e inglesa del texto parece hacerse referencia a una declaración que el Estado podría haber formulado ya en el momento de ratificar el texto del tratado (haya hecho, has made), la versión francesa del mismo (fait) permitiría entender que la declaración puede ser realizada también en el momento de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado o incluso por qué no, con posterioridad, si fuera necesario para que la CPI pudiera conocer una determinada situación ocurrida en un tiempo en el que el ECPI no estuviera en vigor para el Estado de que se trate. Conviene recordar que el artículo 128 ECPI reconoce que tanto la versión árabe, china, española, francesa, inglesa, así como la rusa son igualmente auténticas. En tal circunstancia, habrá que atender a los criterios previstos en el artículo 33 del C. Viena sobre derecho de los tratados de 1969 en el que se señalan los criterios a aplicar en caso de divergencia en la interpretación de tratados autenticados en varios idiomas, todos ellos igualmente válidos. Como es bien sabido, en tal caso se habrá de recurrir a los criterios recogidos en los artículos 31 y 32, y en caso de que no pueda resolverse sobre esa base “se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y el fin del tratado”, que no es otro que el de poner fin a la impunidad de los más graves crímenes internacionales de su competencia.

A nuestro juicio este debate quedó resuelto tras la aprobación la Regla 44 del Reglamento de Procedimiento y Prueba (en adelante RPP) cuando señala “el Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto *o que*

⁵⁴ La cursiva es nuestra.

se haya hecho Parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12”⁵⁵. Más claro no puede ser: la disposición reconoce que, a instancias del Fiscal, el Secretario de la CPI puede preguntar a un Estado que ya es parte si se propone formular la declaración prevista en el artículo 12.3 ECPI. Y lo cierto es que la práctica se ha ajustado a esa interpretación puesto que la CPI ha admitido una declaración posterior a la manifestación del consentimiento en obligarse con el fin de permitir a la Corte ejercer la jurisdicción sobre hechos acaecidos antes de la entrada en vigor particular del Estatuto. En efecto, como señalábamos anteriormente Uganda ratificó el ECPI el 1 de junio de 2002, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Estatuto, el tratado entró en vigor respecto de ese país el 1 de septiembre de 2002. Así pues, la CPI carecía en principio de competencia para conocer de los hechos ocurridos entre el 1 de julio de 2002 –fecha de entrada en vigor general del Estatuto– y el 1 de septiembre de 2002 –fecha de entrada en vigor particular para Uganda–. Pues bien, dado que el Fiscal pretendía enjuiciar a uno de los acusados, Joseph Kony, por hechos ocurridos en ese preciso lapso temporal, Uganda emitió una declaración en 2004 –“*Declaration on Temporal Jurisdiction*”⁵⁶– en virtud de la cual autorizaba a la CPI la ampliación de la jurisdicción respecto de hechos ocurridos desde la entrada en vigor del ECPI el 1 de julio de 2002. En realidad es una declaración realizada conforme al 11.2 (en relación con el 12.3)⁵⁷. La propia Sala de Cuestiones Preliminares II, en distintas decisiones se ha limitado a tomar nota de la declaración sin discutir en modo alguno si era acorde o no con el Estatuto, por lo que entendemos que la CPI ha aceptado tácitamente la declaración⁵⁸.

III. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN EMITIDA CONFORME AL 12.3 ECPI

1. Alcance material

Cuando un Estado formula una declaración de las del 12.3 ECPI, cabe plantear si admite *ipso facto* que la CPI ejerza su competencia respecto de todos y cada uno de los crímenes recogidos en el artículo 5, en las condiciones previstas en el propio Estatuto, o si puede seleccionar unas conductas y dejar otras fuera del alcance de la Corte.

⁵⁵ La cursiva es nuestra. El texto de las Reglas de Procedimiento y Prueba se reproduce de *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002* (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.A. Disponible en https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Documents/RPE.4th.SPA.23Mar1800.pdf.

⁵⁶ Cfr. http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc271808_01.pdf, p. 4.

⁵⁷ Cfr. AKHAVAN, P., “The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s Submission of the first state referral to the International Criminal Court”, *AJIL*, 2005, Vol. 99-2, pp. 403-421, en concreto p. 412. Negando que la declaración ugandesa sea una declaración conforme al 12.3 ECPI, cfr. ZIMMERMANN, A., “Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis?”, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), pp. 303-329, en particular p. 309-310.

⁵⁸ Cfr. *Warrant Order to Raska Lukwiya*, *Pre Trial Chamber II*, ICC-02/04, 8 de julio de 2005, párr. 20-22; *Warrant Order to Okot Odhiambo*, *Pre Trial Chamber II*, ICC-02/04, 8 de julio de 2005, párr. 22-24; *Warrant Order to Dominic Ongwen*, *Pre Trial Chamber II*, ICC-02/04, 8 de julio de 2005, párr. 20-22; *Warrant Order to Vincent Otti*, *Pre Trial Chamber II*, ICC-02/04, 8 de julio de 2005, párr. 32-34.

Para analizar esta cuestión conviene retomar una vez más la literalidad del artículo 12.3 ECPI: “Si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia *respecto del crimen de que se trate*”⁵⁹. De esta redacción podría desprenderse que el Estado que emita una declaración conforme al mismo puede seleccionar materialmente el crimen o crímenes respecto de los cuales acepta la competencia de la CPI, en una especie de *opting in* que quedó descartado en el proceso de negociación del ECPI, al menos respecto de los Estados que fueran a manifestar el consentimiento en obligarse por el mismo. Las dudas que pudo plantear la redacción del artículo 12.3 las aclaró el 44 del RPP al disponer que “Cuando un Estado presente al Secretario, o le comunique su intención de presentarle una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 (...), el Secretario informará al Estado en cuestión de que la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia *la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación*”. Queda claro que el Estado que formula la declaración conforme al 12.3 ECPI acepta la competencia de la CPI respecto de cualquier crimen de los recogidos en el artículo 5 que pudieran haberse cometido en la situación a la que se refiera la declaración.

Así pues, la declaración emitida por Ucrania el 8 de septiembre de 2015 comenzaba con un párrafo en el que decía lo siguiente; “On 4 February the Verkhovna Rada of Ukraine (the Parliament of Ukraine) adopted the Resolution “On the Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine “On the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations “DNR” and “LNR”, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals. The Resolution along with its unofficial translation are annexed hereto”. Y a continuación señalaba: “Mindful of this fact, on behalf of the State of Ukraine I have the honour to declare that in conformity with Article 12, paragraph 3, of the Rome Statute of the International Criminal Court Ukraine accepts the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the perpetrators and accomplices of acts committed in the territory of Ukraine since 20 February 2014”. En ningún caso cabe interpretar que Ucrania ha limitado materialmente a la CPI permitiéndole solo enjuiciar crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, primero, porque probablemente no fue esa su intención –sino simplemente poner de relieve los crímenes que entendían que podían haberse cometido–, y segundo, porque aunque lo hubiera pretendido, la limitación carecía de efecto jurídico alguno. De hecho, algo así puso de manifiesto la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Gbagbo, al afirmar que la declaración del 12.3 ECPI se encuentra predeterminada por el marco legal general del Estatuto de la CPI y por la Regla 44, que limita explícitamente la discrecionalidad de los Estados a la hora de enmarcar la situación que puede ser investigada por la Corte, y fue adoptada para evitar algo que preocupaba seriamente a la Corte como es que los Estados que deciden no ser parte en el tratado traten de utilizar de una forma oportunista a la CPI⁶⁰.

⁵⁹ La cursiva es nuestra.

⁶⁰ Cfr. *Decision on the ‘Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for*

Por todo ello, consideramos que el Estado que formule una declaración conforme al artículo 12.3 Estatuto no puede seleccionar o limitar materialmente a la Corte, puesto que la emisión de la declaración implica la aceptación automática de la competencia respecto de los crímenes recogidos en el artículo 5 del Estatuto.

2. Alcance temporal

Centrándonos en este momento en los aspectos temporales de la declaración, son muchas las interrogantes que nos plantea la redacción del artículo 12.3 ECPI. Desde las dudas acerca de la posibilidad de emitir una declaración que reconozca la jurisdicción de la Corte respecto de hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su emisión, esto es, con efectos retroactivos, hasta las que tienen que ver con la posibilidad del Estado de delimitar el lapso temporal exacto respecto del cual reconoce la jurisdicción de la CPI. No son menos controvertidas las dudas que nos suscita la repercusión que tiene la dimensión temporal de la declaración respecto de aquellos crímenes que se consideren continuados, esto es, cuya comisión comenzó en un tiempo no abarcado por la declaración, pero que permanecen en el tiempo una vez emitida ésta.

A) Aspectos generales

Como punto de partida creemos que la literalidad del artículo 12.3 ECPI no pone límites temporales a la declaración, esto es, no excluye ninguna de las opciones que hemos propuesto en las líneas anteriores, salvo el límite general previsto en el ECPI en virtud del cual la CPI no podrá conocer de hechos ocurridos con anterioridad al 1 de julio de 2002. Por otro lado, la Regla 44 tampoco excluye ninguna opción. No obstante, debemos reconocer que, en cierto modo, llevan razón quienes esgrimen que las declaraciones realizadas con un alcance temporal retroactivo, esto es, para enjuiciar hechos ocurridos con anterioridad a la misma, o referidas a un período de tiempo limitado y concreto, permiten al Estado que las formula tener una idea más o menos clara de las personas que podrían resultar enjuiciadas por la CPI, a diferencia de las declaraciones que tienen la mirada puesta en el futuro, un futuro incierto y no selectivo. Pero vayamos a la práctica para conocer exactamente cuál está siendo la realidad de la CPI.

a. El 18 de abril de 2003, en su condición de Estado no parte en el Estatuto de Roma, **Costa de Marfil** emitió una declaración en virtud de la cual aceptó la jurisdicción de la CPI con respecto a actos cometidos a partir del 19 de septiembre de 2001, y lo hizo para una duración indeterminada. Por tanto, se trató de una declaración formulada con efectos retroactivos pero con la mirada puesta también en el futuro porque no fijó un límite final a la aceptación de la jurisdicción que la declaración supone.

President Gbagbo (ICC-02/11-01/11-129”, Pre Trial Chamber I, 15 de agosto de 2012, párr. 59. Contrariamente a lo esgrimido por la defensa de Gbagbo, la Sala advirtió que desde su punto de vista “it will be ultimately for the Court to determine whether the scope of acceptance, as set out in the declaration, is consistent with the objective parameters of the situation at hand”, *ibid.*, párr. 60.

Algún tiempo después, concretamente el 14 de diciembre de 2010, tanto el Presidente de la CPI como el Fiscal, así como el Secretario de la misma, recibieron una carta del Presidente, Alassane Ouattara, confirmando el compromiso asumido a través de la declaración de 18 de abril de 2003 y comprometiendo al país a cooperar plenamente con la CPI, en particular en relación con la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos desde marzo de 2004. Unos meses después, el 3 de mayo de 2011, el Presidente Ouattara remitió una nueva carta, a la vista de la crisis que se había producido durante las elecciones celebradas el 31 de octubre y el 28 de noviembre de 2010, solicitando la asistencia de la CPI para asegurar que los perpetradores de los crímenes cometidos en esas fechas no quedaran impunes. La Sala de Cuestiones Preliminares III a la que fue asignada la situación dejó claro que las dos confirmaciones de la declaración efectuada en 2003 no eran necesarias. La mayoría entendió que en base a la primera de las declaraciones emitidas, la competencia de la CPI abarcaba los hechos ocurridos desde el 19 de septiembre de 2002 y con respecto a los continuos crímenes que podían cometerse en el futuro en la medida en que fuera parte del contexto de la situación existente en Costa de Marfil⁶¹. A mayor abundamiento, en la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2012, la Sala de Apelaciones asumió con total naturalidad que un Estado pudiera emitir una declaración que reconociera la jurisdicción de la CPI respecto de hechos ocurridos antes de su emisión, y, aceptó con la misma naturalidad también que la declaración tuviera como propósito aceptar la jurisdicción respecto de hechos que pudieran ocurrir en el futuro. En palabras de la Sala, el Estatuto sirve tanto para sancionar los crímenes cometidos en el pasado como para disuadir de su comisión en el futuro⁶².

b. **Uganda** emitió una declaración “on temporal jurisdiction”⁶³, siendo ya Estado parte, con el fin de que la CPI pudiera enjuiciar hechos ocurridos antes de la ratificación del tratado, esto es, para hechos ocurridos desde la entrada en vigor general del estatuto (1 de julio de 2002) y la de la entrada en vigor del tratado para ese país (1 de septiembre de 2002). Por tanto, se trató de una declaración con efectos retroactivos y referida a un lapso temporal limitado, el no cubierto tras la ratificación del Tratado por parte de Uganda. La CPI, como ya se ha dicho, no puso inconveniente alguno ni a la formulación de la declaración con efectos retroactivos ni a que lo hiciera un Estado que ya era parte en el tratado.

c. Centrándonos en el caso de **Palestina** y dejando a un lado cuestiones relacionadas con la estatalidad a las que ya nos hemos referido, lo cierto es que, mediante la primera de las declaraciones formuladas conforme al 12.3, Palestina reconoció la jurisdicción de la CPI respecto de hechos ocurridos sobre su territorio desde el 1 de julio de 2002. Tras el reconocimiento de Palestina como Estado

⁶¹ Cfr. Corrigendum to ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire’, Situation in the Republic of Côte d’Ivoire, ICC-02/11-14-Corr, PTC III, ICC, 15 November 2011, párr. 14-15.

⁶² Cfr. Judgment on the appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I on jurisdiction and stay of the proceedings, No. ICC-02/11-01/11 OA 2, 12 de diciembre de 2012, párr. 80.

⁶³ Cfr. http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc271808_01.pdf, p. 4.

observador por parte de la AG de Naciones Unidas en noviembre de 2012, Palestina emitió una nueva declaración reconociendo la jurisdicción de la CPI desde el 13 de junio de 2014⁶⁴, declaración que, en realidad cubre los hechos acaecidos entre esa fecha y el 2 de abril de 2015, fecha esta última en la que se hace efectiva la entrada en vigor del tratado que Palestina ratificó el 2 de enero de 2015.

Todo esto nos lleva a las siguientes consideraciones: de la actuación palestina parece desprenderse que sus autoridades aceptan definitivamente que la declaración emitida en 2009 estaba viciada en origen y que no resultó válida tras el reconocimiento de la estatalidad por la Asamblea General de la ONU. O eso, o más probablemente optaron, simple y llanamente, por una declaración que no planteara *problemas jurídicos* en relación con la tan traída y llevada estatalidad. No obstante, hay aún interrogantes que resolver: cabría plantear si Palestina, que ya tiene el reconocimiento de la estatalidad, puede emitir hoy una declaración que complete la formulada el 31 de diciembre de 2014 –ello es algo posible, tal y como ha hecho Ucrania- en virtud de la cual reconozca la competencia de la CPI respecto de hechos ocurridos desde 1 de julio de 2002, o si, por el contrario, la declaración no puede abarcar sino hechos posteriores al reconocimiento de la estatalidad. En opinión de autores como Zimmerman, Ambos o El Zeidy, y de la propia Fiscal de la CPI, la Sra. Bensouda, la Resolución de la AG cambió el status de Palestina con efectos *ex nunc*, razón por la que, desde su punto de vista, la aceptación de la jurisdicción mediante declaración unilateral podría tener como límite hechos ocurridos a partir del 29 de noviembre de 2012 –fecha de la adopción de la Resolución 67/19-, pero no hechos anteriores. De una u otra forma defienden que antes de esa fecha no existía Palestina como Estado por lo que la CPI no podría extender su jurisdicción más allá, ya que no se cumple el requisito de que los hechos hayan tenido lugar en el territorio de un Estado que ha formulado la declaración o por sus nacionales⁶⁵. Desde nuestro punto de vista, al margen de que consideremos que la CPI debió aceptar la declaración palestina de 2009 en base a la interpretación funcional de la noción Estado que hemos defendido, al margen también de que su estatalidad a todos los efectos nos parece incuestionable desde que entró a formar parte de la OMS⁶⁶, y al margen también

⁶⁴ Como ha recordado el prof. Vacas la fecha coincide con el inicio de la última operación militar llevada a cabo por Israel en la Franja de Gaza, conocida bajo el sobrenombre “Margen protector”, cfr. VACAS, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del estatuto de la CPI por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *op. cit.*, pp. 27-28. Sobre la operación “margen protector”, cfr. ABELLÓ JIMÉNEZ, A.E., “El ‘margen protector’ de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 3, 2015.

⁶⁵ Cfr. AMBOS, K., “Palestine, UN Non Member Observer Status and ICC Jurisdiction”, disponible en <http://www.ejiltalk.org/palestine-un-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/>; ZIMMERMANN, A., “Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis?”, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), pp. 303-329, en particular 308-309; EL ZEIDY, M.M., “Ad hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation Under Scrutiny” en *The Law and Practice of the International Criminal Court* (STAHN, C., Ed.), Oxford University Press, 2015, pp. 179-209, p. 200; Declaración de la Fiscal Fatou Bensouda, “Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: ‘The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine’”, disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp-st-14-09-02.aspx.

⁶⁶ En este sentido, incluso retrotrayéndose a un momento anterior a la entrada en la UNESCO, cfr. HELLER, K.J., “Yes, Palestine Could Accept the ICC’s Jurisdiction Retroactively” en el blog *Opinio*

de que creamos que Palestina ha huido de la polémica tras la declaración de 31 de diciembre de 2014 que reconoce la competencia respecto de hechos ocurridos cuando su estatalidad ya no se discute, sigue teniendo interés siquiera desde un punto de vista intelectual analizar los problemas jurídicos que plantearía la declaración palestina si la misma reconociera la competencia de la CPI respecto de hechos ocurridos a partir del 1 de julio de 2002.

Y es que ha habido quien ha alegado que la jurisdicción palestina esta limitada personal y territorialmente en virtud del acuerdo palestino-israelí (Oslo II)⁶⁷, y más concretamente de conformidad con lo fijado en su Anexo IV. Según se esgrime, su artículo 1 limitó la jurisdicción palestina a los delitos cometidos *por palestinos y sobre territorio palestino*, entendiendo por territorio el West Bank y la franja de Gaza, incluido Jerusalén Oriental. Partiendo de esta base si lo que se hace con el 12.3 es delegar en la CPI lo que el Estado podría enjuiciar por sí mismo, en tal caso quizás la declaración Palestina debiera tener alcance limitado: solamente actos cometidos por palestinos y no los cometidos por israelíes⁶⁸. A este planteamiento se ha respondido de diferentes formas: desde quien alega que los Acuerdos de Oslo los celebraron Israel y la OLP en representación del pueblo palestino, no Palestina -por tanto no le obliga a ésta-, pasando por quienes entienden que aunque Palestina no podía ejercer por sí misma la jurisdicción sobre los israelíes, sí podía delegar la jurisdicción a favor de la CPI, hasta quienes esgrimen que esos acuerdos tenían el propósito de establecer reglas transitorias para un período de tiempo que se excedió con creces hace mucho. También se ha esgrimido que el Acuerdo de Oslo limitaba seriamente el poder de la OLP de conducir sus relaciones internacionales, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 9 del Acuerdo, de ahí que se haya cuestionado también la capacidad de formular una declaración conforme al 12.3. Sin embargo, tal argumentación ha quedado superada porque Palestina desde su admisión en la UNESCO en 2011 ha ratificado más de dos decenas de tratados, incluido el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Para concluir, y refiriéndonos solo a la realidad con la que contamos, es difícil que la CPI sortee la última declaración formulada por Palestina el 31 de diciembre de 2014, pues la emitió cuando ya era Estado y respecto de hechos ocurridos cuando era también indubitadamente un Estado –desde el 13 de junio de 2014. De hecho, la Fiscalía abrió el 16 de enero de 2015 un examen preliminar en relación con la situación palestina, respecto de los hechos ocurridos tras la ofensiva israelí iniciada precisamente en aquella fecha y respecto de la que existen informes que avalan la comisión de crímenes de la competencia de la CPI⁶⁹. Habrá que esperar a las consideraciones de la CPI en torno a la

Juris, 29 de noviembre de 2012, disponible en <http://opiniojuris.org/2012/11/29/yes-palestine-could-accept-the-iccs-jurisdiction-retroactively/>.

⁶⁷ Cfr. el texto del acuerdo en *ILM*, vol. 36, n° 3, 1997, pp. 551-649. Disponible también en <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/the%20israeli-palestinian%20interim%20agreement.aspx>.

⁶⁸ Cfr. SHANY, Y., “In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3): A Response to Yaël Ronen”, en C. Meloni y G. Tognoni (eds), *Is There a Court for Gaza?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 497-512, pp. 506 y ss.

⁶⁹ Para ver un estudio en profundidad sobre las opciones que tiene la Corte en relación con los hechos ocurridos en Palestina, no sólo como consecuencia de la formulación por ese Estado de una declaración

admisibilidad del asunto que pudiera plantearse y a la valoración que hace de la actuación de los tribunales internos del Estado de Israel.

d. En último lugar nos referiremos al caso de **Ucrania**, Estado que formuló la primera declaración el 9 abril de 2014 sobre la base de la decisión adoptada por la Rada el 25 de febrero de 2014. En ella reconocía la jurisdicción de la CPI para conocer de los actos cometidos entre el 21 noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014. Por tanto, se trata de una declaración que reconoce la jurisdicción de la CPI sobre hechos ocurridos antes de su formulación, pero cometidos en un lapso temporal muy concreto, e indicando que la declaración tenía una duración indeterminada. Un año y medio después, el 8 de septiembre de 2015, el Ministro de Asuntos Exteriores de Ucrania remitió a la secretaría una segunda declaración conforme al artículo 12.3 del Estatuto con el fin de reconocer la jurisdicción de la CPI respecto de los crímenes cometidos desde el 20 de febrero del 2014 en adelante, sin fijar un límite final. La declaración se emite de nuevo sobre la base de una resolución del parlamento de Ucrania, adoptada el 4 de febrero de 2015.

De todo cuanto se ha señalado, y refiriéndonos en este momento al elemento temporal, es preciso señalar que la CPI ha admitido declaraciones con efectos retroactivos –con el límite siempre puesto en el 1 de julio de 2002- así como declaraciones limitadas a lapsos temporales específicos, sin que haya puesto hasta el momento inconveniente alguno. Es cierto que ni el artículo 12.3 ECPI ni el 44 RPP establecen nada al respecto, pero es evidente el serio peligro que corre la Corte ante la posibilidad de fijación de límites temporales interesados por parte de los Estados, con la pretensión de someter a la CPI solo a “los otros”.

B) Alcance temporal de la declaración y crímenes continuados

Como señalábamos anteriormente, otro de los aspectos que suscita dudas en relación con el alcance temporal de la declaración es cuál es el tratamiento que se debe dar a los crímenes que comenzaron a cometerse antes de la entrada en vigor (general o particular) del Estatuto, pero que continúan cometiéndose con posterioridad a esa fecha. Nos referimos, obviamente, a los crímenes continuados. El Estatuto de la CPI nada dice sobre ellos; ahora bien, en el momento en que se aprobaron los elementos de los crímenes, se incluyó en el artículo 7 i), referido a las desapariciones forzadas de personas, una nota a pie de página que parece descartar que la CPI sea competente para conocer de las mismas, si el ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor del tratado⁷⁰. Nada se

conforme al 12.3 ECPI sino, también, como consecuencia de la ratificación del Tratado, *cfr.* VACAS, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del estatuto de la CPI por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *op. cit.*, 43 pp.

⁷⁰ El texto de estos Elementos de los Crímenes se reproduce de *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002*, segunda parte. B. Los Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproduce de *Documentos Oficiales de la Conferencia de*

dice respecto del resto de conductas que son de la competencia de la CPI, de modo que sobre la base de la máxima *expressio unius est exclusio alterius* ésta podrá conocer de los crímenes continuados, exceptuado el caso de la conducta contenida en el artículo 7 i)⁷¹.

Podríamos ilustrar con un ejemplo lo que estamos tratando de poner de relieve: una de las modalidades de crimen de guerra consiste en el traslado por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa. Se trata de una conducta recogida en el artículo 8.2.b.viii) ECPI⁷² y que podría describir la práctica llevada a cabo por Israel consistente en trasladar colonos a los territorios palestinos ocupados. La cuestión está en esclarecer si la CPI tendrá competencia sobre tales hechos, aún cuando pudieran haberse comenzado a cometer antes de la fecha que se tome como referencia -sea el 1 de julio de 2002, sea el 20 de noviembre de 2012- pero la violación pervive muchos años después. A nuestro juicio, teniendo en cuenta, única y exclusivamente el factor temporal al que nos estamos refiriendo en este momento, la CPI tendría competencia respecto de tales hechos. Esa es nuestra opinión a pesar de que algún autor haya esgrimido que, en realidad, lo que recoge el artículo 8.2.b.viii) no es un crimen continuado, pues “transfer, once it has taken place, has come to an end, even if the respective settlers remain in such territory (...). As a matter of fact, once settlers have already settled in an occupied territory, their transfer has been completed even if they then continue to be induced to stay in such territory by (...) incentives”⁷³. Como decíamos, no compartimos tal opinión, porque realmente la relevancia del crimen no está en el mero traslado, sino en el traslado y la permanencia de la población en el territorio ocupado, como es el caso.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, cualquier crimen continuado de los recogidos en el artículo 5 del ECPI, distinto del referido en el artículo 7 i), podrá dar lugar al enjuiciamiento de la CPI, incluso aunque los hechos hayan comenzado a ocurrir antes de la entrada en vigor del Estatuto. Sobra decir que tal afirmación presupone que en el caso de que se trate, se deberían dar las condiciones de competencia y admisibilidad exigidas por el Estatuto.

3. Alcance territorial y subjetivo de la declaración

Como es bien sabido, cuando un Estado ratifica el ECPI acepta que la Corte ejerza su competencia respecto de los hechos ocurridos en su territorio o por sus nacionales. Ahora bien, es posible interrogarse si ocurre lo mismo con la formulación de la declaración en torno a la que versa este trabajo, esto es, si la formulación de una declaración conforme al artículo 12.3 del ECPI conlleva automáticamente que el Estado que formula la declaración acepta la competencia tanto respecto de hechos cometidos en

Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11). El documento se encuentra disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>.

⁷¹ Cfr. ZIMMERMANN, A., “Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis?”, *op. cit.*, p. 322.

⁷² La literalidad de la disposición es exactamente como sigue: “El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio”.

⁷³ *Ibid.*, p. 324.

su territorio como los cometidos por sus nacionales, sea cual sea el lugar en el que lo hayan hecho. Lo cierto es que de la literalidad de las declaraciones formuladas hasta el momento parece desprenderse que los Estados reconocen la competencia de la CPI respecto de los hechos ocurridos en su territorio, pero no se refieren en ningún momento a los hechos cometidos por sus nacionales en el extranjero. Podría interpretarse que nada dicen porque se da por sentado que el funcionamiento de la declaración es, a estos efectos, el mismo que el de la manifestación del consentimiento. O, por el contrario, podría interpretarse que se trata de una decisión discrecional del Estado el extender los efectos de la declaración a los hechos ocurridos en su territorio y a los cometidos por sus nacionales, u optar por unos u otros. Ello ha llevado a algún sector a afirmar no sin razón que de ser válida la segunda de las interpretaciones que hemos expuesto, los Estados no parte estarían en mejor posición para proteger a sus nacionales que los que sí lo son, circunstancia que no parece tener mucho sentido; de ahí que, desde nuestro punto de vista, lo digan o no los Estados en su declaración, por ser la lógica del ECPI, la Corte podría conocer de los hechos cometidos por los nacionales ugandeses, costamarfileños, palestinos o ucranianos –pues son sus respectivos países los que han formulado una declaración conforme al 12.3 ECPI hasta el momento- sea cual sea el lugar en el que cometan el crimen.

Pero matemos algunas cuestiones más. En lo que al alcance subjetivo de la declaración se refiere, cabría plantear si son admisibles declaraciones que pretendan apuntar hacia categorías concretas de personas. Pongamos sobre el papel el caso de Ucrania. La segunda de las declaraciones formuladas por ese país (8 de septiembre de 2015) reconoció la jurisdicción de la CPI respecto de los actos cometidos en su territorio desde el 20 de febrero del 2015 en adelante. La declaración, que fue remitida en una carta, se refería a los crímenes cometidos por los “senior officials” de la Federación Rusa y los líderes de las organizaciones terroristas “DNR” y “LNR”, y a continuación, señalaba que teniendo en cuenta lo que se acababa de mencionar, o dicho de otro modo, en ese marco se aceptaba la competencia de la CPI con el fin de identificar, perseguir y juzgar a los perpetradores y cómplices de las actos cometidos en el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014. A nuestro juicio, el párrafo inicial de la declaración no condiciona la actuación de la CPI porque los Estados no pueden “apuntar” a categorías de personas o a personas concretas a través de una declaración emitida conforme al 12.3 ECPI, y si lo hacen la Corte no queda vinculada bajo ningún concepto por los pretendidos límites establecidos por los Estados.

Por lo que se refiere a aspectos relacionados con el alcance territorial de la declaración, consideramos oportuno reflexionar en torno a lo que sucedería si Estados indiscutidos como China o Marruecos, por ilustrar con algún ejemplo lo que pretendemos plantear, con “contenciosos territoriales” bien distintos, pero pendientes de resolver, formularan una declaración conforme al 12.3 ECPI⁷⁴: ¿afectarían las declaraciones de sendos

⁷⁴ De hecho, como señala Schabas, un porcentaje nada desdeñable de las fronteras internacionales (un 50% de ellas según el autor) son discutidas, circunstancia que podría poner en aprietos a la CPI, pero no por ello tendría que abstenerse de conocer de las situaciones afectadas por la controversia (Cfr. SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, 3ª Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 76-77).

Estados al Tíbet o al Sahara Occidental, respectivamente? Realmente estos problemas son en estos momentos ciencia ficción porque, que sepamos, esos Estados no tienen ninguna intención ni ningún interés por emitir declaración alguna y mucho menos por ratificar el tratado. En todo caso, como ya se ha mencionado con anterioridad, tomando en consideración, por ejemplo, la práctica del TEDH, somos de la opinión de que, a estos efectos, lo relevante no es quién es el soberano sino quién ejerce la jurisdicción sobre el territorio⁷⁵. En la medida en que Marruecos ejerce un control sobre los territorios saharauis ocupados, la CPI podría extender su jurisdicción sobre los hechos que allí pudieran ocurrir sin que ello supusiera reconocimiento alguno de la *marroquinidad* del Sahara, reconocimiento que por otra parte prohíbe el derecho internacional. La misma respuesta podríamos dar respecto de los hechos que pudieran ocurrir sobre territorio tibetano, pues es China quien ejerce la jurisdicción sobre el territorio.

Y para concluir con los aspectos territoriales de la declaración a los que nos queremos referir, cabe plantear también si a través de ella el Estado podría limitar geográficamente el espacio sobre el que la CPI ejercerá su jurisdicción. En el concreto caso de Palestina, la declaración emitida en el año 2009 reconocía la competencia de la CPI respecto de crímenes cometidos sobre *territorio palestino* a partir del 1 de julio de 2002⁷⁶. Sin embargo, la declaración formulada el 31 de diciembre de 2014, cuya legalidad no se ha cuestionado, señala que el reconocimiento de la competencia de la CPI se extiende sobre los hechos cometidos en los territorios palestinos ocupados, incluyendo Jerusalén oriental. A nuestro modo de ver, aunque la declaración se refiere únicamente a ese espacio geográfico, si se hubieran cometido crímenes de los recogidos en el artículo 5 ECPI en territorios palestinos no ocupados por Israel, la declaración ya emitida abriría la puerta para que la Corte los enjuiciara cualquiera que fuera la parte del territorio del estado declarante en la que hubieran tenido lugar, o, como hemos dicho, si los hubieran cometido sus nacionales fuera del territorio de Palestina.

En definitiva, la conclusión a la que llegamos es que si no se previó ni en el artículo 12.3 ECPI ni en el 44 del RPP la posibilidad de formular declaraciones de aceptación de la competencia de la CPI con límites de alcance material, territorial, subjetivo o temporal –como tampoco los pueden fijar los Estados que manifiestan el consentimiento en obligarse por el Tratado en su conjunto–, la CPI no debe permitirlos, siguiendo la pauta que en su día marcó el TEDH cuando analizó una cuestión en cierto modo similar, por aquel entonces respecto de las declaraciones de aceptación de la competencia del TEDH, en virtud del antiguo artículo 46.1 del Convenio. Así, por ejemplo, en un asunto ya clásico, *Loizidou c. Turquía*, el Tribunal entendió que, teniendo en cuenta el objeto y el fin del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si los Estados hubieran tenido la voluntad de permitir la aceptación de la jurisdicción del Tribunal con límites de carácter material o territorial deberían haberlo previsto expresamente, como lo hicieron con respecto al alcance temporal de su jurisdicción (artículo 46.2), pues en caso de actuar de otro modo, la Convención perdería efectividad como instrumento constitucional del

⁷⁵ Cfr. en este sentido las consideraciones realizadas en la p. 7, y las citas incluidas en nota núm. 24.

⁷⁶ Cfr. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>.

orden público europeo⁷⁷. Por todo ello entendemos que en el caso de incluirse límites a la declaración de aceptación de la CPI, ésta debería tenerlos por no puestos, sin que se vea afectada por ello la validez de la declaración⁷⁸.

Es verdad que la Corte Internacional de Justicia ha seguido otro criterio, y aunque tampoco el artículo 36.2 de su Estatuto reconoce un derecho de los Estados a acompañar de reservas sus respectivas declaraciones facultativas, lo cierto es que la práctica de la CIJ las admite prácticamente todas, si no todas. Pero quizás el artículo 12.3 ECPI deba compararse más adecuadamente con el artículo 35.2 ECIJ, cuyo ámbito de aplicación es prácticamente anecdótico a día de hoy, pues reconoce la posibilidad de abrir la CIJ a Estados que no sean parte en el ECIJ, en las condiciones que habría de fijar el Consejo de Seguridad, como efectivamente hizo en virtud de la Resolución 9 (I), de 15 de octubre de 1946. El punto 2 de la Resolución trata de aclarar el alcance que puede tener la declaración, pues reconoce que ésta puede tener carácter “particular”, si el Estado acepta “la jurisdicción de la Corte solamente con respecto a una o varias controversias ya existentes”, o “general”, si “acepta la jurisdicción de la Corte en todas las controversias o en una o varias clases de controversias ya existentes o que puedan suscitarse en el futuro”. Sin pretender ni mucho menos profundizar en esta cuestión, lo cierto es que del artículo 35.2 ECIJ y la Resolución que lo complementa, se desprende un reconocimiento expreso del derecho de los Estados no parte en el Estatuto a diseñarse un traje a su propia medida en el caso de que decidieran someter sus controversias a la CIJ, de cuyo Estatuto no son parte.

En definitiva, el marco de interpretación del artículo 12.3 ECPI es el propio Estatuto: en ausencia de una previsión expresa, de la misma forma que los Estados parte no pueden formular reservas a la competencia material, personal, territorial o temporal de la CPI⁷⁹, tampoco las pueden formular los Estados que depositan una declaración cuyo fundamento sea el artículo 12.3 ECPI.

⁷⁷ Cfr. *Case Loizidou v. Turkey (Preliminary objections)*, Judgment, 23 de marzo de 1995, párr. 75.

⁷⁸ *Ibid.* párr. 90-98, particularmente 96-98.

⁷⁹ Conviene recordar que el artículo 120 del ECPI prohíbe expresamente la formulación de reservas. Únicamente el artículo 124, titulado “disposición de transición”, permite que un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, declare que durante un período de siete años desde la fecha de entrada en vigor del tratado con respecto a él, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes contenidos en el artículo 8, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. Según prevé el citado artículo, lo dispuesto en el mismo sería reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convocaría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123.1 ECPI. Sin embargo, en Kampala, lugar en el que se celebró la primera conferencia de revisión en junio de 2010, se adoptó una resolución por consenso, en relación con la cuestión a la que nos estamos refiriendo, según la cual se decidió mantener el artículo intacto y proceder a su revisión durante la 14ª sesión de la Asamblea de los Estados Parte (en adelante AEP). Cfr. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.4-SPA.pdf. Fue precisamente en el marco de la sesión de la AEP celebrada entre los días 18 y 26 de noviembre de 2015 en La Haya cuando, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 121.3 ER, se decidió eliminar el artículo 124 del ER. Esta enmienda no ha entrado en vigor, pues requiere que siete octavos de los Estados parte depositen sus respectivos instrumentos de ratificación o adhesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121.4 ER, circunstancia que aún no se ha producido. Cfr. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/UN.orgdoc.RS-a124.CN.7.2016-FRA.pdf

IV. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA DECLARACIÓN

El artículo 12.3 ECPI no es un mecanismo de activación de la Corte sino que forma parte de las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción⁸⁰. Por tanto, como siempre, la activación de la jurisdicción de la CPI puede proceder bien del Consejo de Seguridad –en cuyo caso es irrelevante qué estados han ratificado el texto del tratado-, bien de un Estado parte, o bien puede iniciarla de oficio el Fiscal, quien necesitará en tal caso de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación⁸¹. Ahora bien, en este último caso, nada impide que el Fiscal abra una investigación preliminar de oficio, incluso antes de haberse garantizado la competencia para conocer de la situación –esto es, una investigación previa al consentimiento del Estado territorial o del Estado de nacionalidad del autor-, desde el mismo instante en que por la vía que fuere tiene conocimiento de que puedan haberse cometido crímenes de la competencia de la Corte. Eso es lo que, a nuestro juicio, se desprende de la lectura del artículo 12.3 ECPI cuando afirma que “si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el artículo 2” dicho Estado podrá emitir una declaración como la que estamos analizando. La propia Regla 44 reconoce implícitamente esta posibilidad en su primer párrafo cuando señala que “El Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto o que se haya hecho Parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12”. Si el Fiscal solicita que se pregunte a un Estado si va a formular una declaración es porque sabe que su consentimiento es necesario para ejercer la jurisdicción y una de las razones por las que lo puede saber es porque esté realizando las investigaciones preliminares antes de solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.

Según se desprende del documento de política general sobre exámenes preliminares publicado por la propia Fiscalía, cuando recibe una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 12, ésta “iniciará un examen preliminar de la situación de que se trata”⁸², para proceder a continuación a analizar los documentos que han acompañado a la

⁸⁰ Cfr. en este sentido STAHN, C. “Why some Doors may be Closed Already: Second Thoughts on a ‘Case-by-Case’ Treatment of Article 12(3) Declarations”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, pp. 243-248, en particular pp. 245 y ss., respondiendo a S. FREELAND, quien defendió la posibilidad de tratar algunas declaraciones formuladas conforme al artículo 12.3 como remisiones, cfr. FREELAND, S., “How Open Should the Door Be? – Declarations by non-States Parties under Article 12(3) of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, pp. 211-241.

⁸¹ Para ver un estudio de la práctica de la CPI en materia de investigaciones preliminares, cfr. PIERNAS LÓPEZ, J.J., “Estudio de la práctica de la Corte Penal Internacional en materia de investigaciones preliminares a la luz de la reciente remisión de la Unión de Comores”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29, 2013, pp. 327-361 disponible en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/37335/1/201412%20AEDI%2029%20%282013%29%20-%208.pdf>.

⁸² El Zeidy, sin embargo, entiende que la formulación de la declaración por parte de un Estado conforme al 12.3 no obliga al Fiscal a iniciar una investigación preliminar, cfr. EL ZEIDY, M.M., “The Legitimacy of Withdrawing State Party Referrals and Ad hoc Declarations under the Statute of International Criminal Court”, en *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (STAHN, C., SLUITER, G., Eds), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 76.

declaración o cualquier otra información recibida y someter todo ello “a un examen crítico y una evaluación independiente”⁸³. En esta línea, con el fin de distinguir las situaciones necesitadas de investigación de aquellas que no la justifican, la propia Fiscalía ha establecido “un proceso de filtro” que se desarrolla, según ella misma ha establecido, en cuatro fases: 1ª) Análisis y verificación de la seriedad de la información recibida con arreglo al artículo 15 con el fin de identificar los crímenes que podrían estar dentro de la competencia de la CPI. 2ª) Comienzo formal del examen preliminar, centrado en determinar si se cumplen las condiciones previas para el ejercicio de la competencia con arreglo al artículo 12 y si existe fundamento para creer que los crímenes alegados están comprendidos en la competencia material de la Corte; esta fase concluye con la presentación por el Fiscal de un “informe sobre el artículo 5” en referencia a la competencia material de la Corte definida en el artículo 5 del Estatuto. 3ª) Análisis de la admisibilidad de los posibles casos en términos de complementariedad y gravedad con arreglo al artículo 17; esta fase culmina con la presentación de un informe por el Fiscal sobre el artículo 17, en relación con las cuestiones relativas a la admisibilidad. Y 4ª) y última fase, examen del interés de la justicia, que culmina con la elaboración por el Fiscal de un informe sobre el párrafo 1 del artículo 53⁸⁴.

Si nos atenemos a la práctica seguida hasta el momento podemos señalar que, por ejemplo, en el caso de Palestina, tras la emisión de la declaración el 21 de enero de 2009, la respuesta de la Fiscalía consistió en incluir la situación entre las sometidas a examen preliminar y así permaneció hasta que el Fiscal tomó la decisión de considerar que carecía de capacidad para aceptar la declaración; a partir de ese momento desapareció de la lista correspondiente. La última declaración emitida por Palestina el 31 de diciembre 2014 dio lugar a la apertura de una nueva investigación preliminar, apenas quince días después, con el fin de permitir a la Fiscalía que concluya si existe base suficiente como para solicitar a la SCP autorización para abrir una investigación, situación en la que continúa actualmente⁸⁵. Por otra parte, en el caso de Ucrania se produjo la apertura de un examen preliminar el 17 de abril de 2014, tan solo 8 días

⁸³ Cfr. OTP, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, Noviembre 2013, párr. 76. Según señala la propia Fiscalía, el enfoque para considerar los factores enunciados en los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 53 será el mismo independientemente de la forma en que se inicie el examen preliminar.

⁸⁴ Cfr. OTP, *Documento de política general sobre ...*, op. cit., párr. 77-84.

⁸⁵ En este sentido, llevan razón Stanh, El Zeidy y Olásolo cuando señalan que ello puede suponer en los casos en los que actúe el Fiscal de oficio “an additional layer of control regarding article 12(3) declarations” puesto que “the pretrial chamber may play an early role in the proceedings if the prosecutor decides to take action” (Cfr. STAHN, C., EL ZEIDY, M.M., OLÁSOLOR, H., “The International Criminal Court’s ad hoc jurisdiction revisited”, *AJIL*, 2005, Vol. 99 (2), pp. 421-431, en particular p. 423-424). Otros autores, como por ejemplo Chan, consideran que la intervención de la SCP debería producirse nada más recibir la declaración del Estado de que se trate conforme al 12.3, puesto que una vez que el Fiscal decide iniciar una investigación preliminar y hasta que solicita la autorización de la SCP puede transcurrir mucho tiempo –como ocurrió en el caso de Palestina– circunstancia que, en su opinión, colocó a Israel en situación de desventaja, de ahí que defiende que “there is a need for judicial scrutiny to confirm the validity of a declaration or to settle the scope of the jurisdiction *ab initio*” (cfr. CHAN, J., “Judicial Oversight over Article 12 (3).”, op. cit., p. 2), no obstante, para ello sería necesaria la reforma del ECPI, algo altamente improbable en este momento.

después de que ese país depositara la segunda declaración conforme al artículo 12.3⁸⁶. Distinta suerte corrió el procedimiento en el caso de la declaración formulada por Morsi en relación con Egipto –luego declarada no válida-, pues la Fiscalía comenzó por la segunda fase y concluyó que no se daban las condiciones previas para el ejercicio de la competencia, puesto que la declaración no había sido emitida por una persona con capacidad para representar al Estado, sin llegar a averiguar la seriedad de la información recibida en torno a la posible comisión de crímenes de la competencia de la Corte en esa situación (lo que hubiera debido ser la primera fase)⁸⁷.

En cualquier caso, culminadas las investigaciones preliminares el Fiscal debe tomar una decisión en alguna de las dos direcciones: 1) Abrir una investigación formal, previa solicitud de autorización a la SCP si el Fiscal hubiera iniciado la investigación de oficio (artículo 15.3 ECPI) o 2) No abrir tal investigación por entender que la información de la que dispone no constituye base suficiente para ello (artículo 15.6 ECPI).

Nada se dice en el Estatuto del tiempo máximo durante el cual se pueden prolongar las investigaciones preliminares. En estos momentos, por ejemplo, la Fiscalía se encuentra realizando investigaciones preliminares en relación con la situación de Colombia – investigación que inició nada más y nada menos que en el año 2004-, Afganistán - iniciada en 2007-, o Nigeria -iniciada en 2010-, entre otras. Con anterioridad, en la situación de la República Centroafricana, hoy ya bajo investigación formal de la CPI, la SCP encargada de ella solicitó información a la Fiscalía sobre el estado del procedimiento⁸⁸, precisamente porque entendía que las investigaciones preliminares, que llevaban abiertas dos años, se estaban dilatando excesivamente. La Fiscalía no recibió bien esa solicitud de información por entender que era una intromisión en sus funciones⁸⁹. En realidad, esto fue posible porque la jurisdicción de la Corte había sido activada por un Estado Parte y en consecuencia se le había asignado la situación a una SCP, cosa que no ocurre cuando la situación está sometida a investigación preliminar por parte del Fiscal actuando de oficio. Circunscribiéndonos a los supuestos relacionados con el artículo 12.3, en el caso de Uganda la investigación preliminar duró seis meses, transcurridos los cuales la Fiscalía abrió una investigación formal. Distinta suerte corrió la situación palestina, puesto que las investigaciones preliminares permanecieron abiertas desde 2009 hasta abril de 2012, fecha en la que se cerraron sin que se diera paso a la apertura de una investigación. Algo similar está ocurriendo con relación a la situación de Ucrania puesto que han transcurrido ya dos años desde que

⁸⁶ Cfr. *OTP, Rapport sur les activités menées en 2014 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire*, 2 de diciembre de 2014, párr. 61.

⁸⁷ Cfr. "Request for review of the Prosecutor's decision of 23 April 2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt and the Registr's Decision of 25 April 2014, 23 de mayo de 2014, párr. 25.

⁸⁸ Cfr. *Decision requesting information on the status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic*, ICC-01/05, 30 de noviembre de 2006, disponible en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc320175.pdf>.

⁸⁹ La Fiscalía entendió que la solicitud de explicaciones carecía de fundamento legal. Cfr. *Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber III's 30 November 2006 Decision Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic*, ICC-01/05, 15 de diciembre de 2006, párr. 20, disponible en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc320182.pdf>

formulara la primera de las declaraciones y de que se abrieran las investigaciones preliminares sin que se haya procedido a adoptar decisión definitiva al respecto⁹⁰. Por todo ello, sería conveniente que las investigaciones preliminares no se prolongaran innecesariamente ni cuando el procedimiento lo activa un Estado parte o el Consejo de Seguridad ni cuando lo hace la Fiscalía de oficio, evitando de este modo que una situación permanezca en la lista de las sometidas a investigación preliminar por la CPI, si no debe estarlo, y, a la inversa, favoreciendo que pase a la lista de situaciones respecto de las que se ha abierto una investigación formal, si es lo que procede.

V. LA RETIRADA DE LA DECLARACIÓN

En el presente epígrafe y a modo de cierre del trabajo pretendemos reflexionar en torno a la posibilidad de retirar la declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI formulada conforme al artículo 12.3. Lo cierto es que esta cuestión ya se ha planteado, siquiera como hipótesis, en relación con Uganda, como consecuencia de las presiones ejercidas por los líderes del Ejército de Resistencia del Señor (LRA por sus siglas en inglés) sobre el gobierno ugandés como condición para alcanzar un acuerdo de paz. Más tarde, también se ha planteado la cuestión de la retirada de la declaración al hilo del caso palestino. Y es que como decíamos en otro lugar, el Ministro de Justicia y el Fiscal General de Gaza remitieron el 25 de julio de 2014 una “complaint” a la CPI, que fue posteriormente retirada a instancias del Presidente, pues al parecer fue remitida a la Corte sin la debida autorización. Al margen de que con la información de la que disponemos tengamos serias dudas de que se tratara de una declaración de las analizadas en el presente trabajo, la cuestión consiste en esclarecer si Palestina podía o no retirar tal hipotética declaración.

Ni el texto del Estatuto de la CPI ni el del RPP establecen nada al respecto, ni fue algo que se discutiera seriamente en el proceso de redacción de la disposición. Ahora bien, eso no quiere decir que la retirada de la declaración esté prohibida. A estos efectos podemos traer a colación los Estatutos y los Reglamentos de dos Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque obviamente su propósito sea distinto a la de la CPI y el sujeto enjuiciado sea en estos casos un Estado y no un particular como en aquella. Comenzando por la CIJ, cabe afirmar que, como en el caso de la CPI, ni su Estatuto ni su Reglamento prevén nada respecto de la retirada de las declaraciones facultativas u opcionales del artículo 36.2 ECIJ, pero la práctica demuestra que sí es posible hacerlo. Así se planteó en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos*, en el que este último Estado pretendió retirar su declaración facultativa, con efectos inmediatos, sin dejar transcurrir los seis meses que había establecido en su declaración con carácter previo. Al hilo de esa cuestión, la CIJ concluyó en aquel entonces que “(a)lthough the United States retained the right to modify the contents of the 1946 Declaration or to terminate it, a power which is inherent in any unilateral act of a State, it has, nevertheless assumed an

⁹⁰ Para consultar el estado de las distintas situaciones cfr. https://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx.

inescapable obligation towards other States accepting the Optional Clause, by stating formally and solemnly that any such change should take effect only after six months have elapsed as from the date of notice”⁹¹. La CIJ reconoció, por tanto, el derecho de Estados Unidos a retirar la declaración facultativa pero cumpliendo los plazos que había fijado en ella. Dando un paso más, la CIJ advirtió que en el caso de que la declaración facultativa se hubiera formulado con carácter indefinido, también sería posible la retirada pero aplicando por analogía lo previsto en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados ⁹², cuyos artículos 56.2 y 65.2 se refieren, respectivamente, a la cuestión de la denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre el particular y al procedimiento que deberá seguirse en tal caso.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo Estatuto tampoco prevé expresamente la facultad de retirar la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte recogida en el artículo 62.1, ha negado a los Estados parte en la Convención Interamericana la existencia de un derecho a retirar la declaración en cuestión, así como cualquier analogía entre esta última disposición y el artículo 36.2 ECIJ. Así, por ejemplo, en el marco del caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, la Corte Interamericana señaló que no existía en el Tratado ninguna norma que facultara a los Estados a retirar su declaración y que, de hecho, tampoco lo había previsto Perú en el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte. Ello le llevó a concluir que “un Estado parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado”, de tal modo que “la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo”⁹³. Por lo tanto, la CIDH no permite la retirada de la declaración de aceptación de la competencia de la Corte que haya formulado un Estado parte y no da otra opción que la denuncia del tratado en su globalidad.

Desde nuestro punto de vista, no cabe extrapolar el razonamiento de la CIDH al supuesto que estamos analizando, al menos respecto de las declaraciones formuladas por Estados no parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que carecen, por

⁹¹ La cursiva es nuestra. Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 392, en particular párr. 61, p. 419.

⁹² Ibid. párr. 63, pp. 419-420 “(...) the right of immediate termination of declarations with indefinite duration is far from established. It appears from the requirements of good faith that they should be treated, by analogy, according to the law of treaties, which requires a reasonable time for withdrawal from or termination of treaties that contain no provision regarding the duration of their validity. Since Nicaragua has in fact not manifested any intention to withdraw its own declaration, the question of what reasonable period of notice would legally be required does not need to be further examined : it need only be observed that from 6 to 9 April would not amount to a "reasonable time". Ahora bien, en opinión de Tomuschat, si un Estado fijara en su declaración su derecho a retirar la declaración con efectos inmediatos, la CIJ debería aceptar la terminación instantánea, Cfr. TOMUSCHAT, C., “Article 36”, en ZIMMERMANN y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, p. 628.

⁹³ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein c. Perú (competencia)*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 39-40. En el mismo sentido, cfr. *Caso del Tribunal Constitucional c. Perú (competencia)*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 31 y ss.

tanto, de la capacidad de denunciar el tratado como modo de desvincularse de las obligaciones contraídas en virtud de la declaración. Y creemos que no se puede defender la imposibilidad de retirar la declaración cuando al mismo tiempo el ECPI contempla la posibilidad de denunciar el tratado. En efecto, el Estatuto de la CPI incluye una disposición, el artículo 127, que reconoce a los Estados parte el derecho a denunciar el tratado, en las condiciones fijadas en el mismo⁹⁴. En este sentido consideramos que resultaría paradójico que un Estado parte pudiera denunciar el tratado y desembarazarse de las obligaciones contraídas y que, sin embargo, no pudiera hacer lo mismo un Estado no parte con respecto a la declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI⁹⁵. Los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales adoptados por la CDI en 2006 reconocen que la retirada de una declaración unilateral es posible, aunque no debe realizarse de forma arbitraria⁹⁶.

Por todo ello consideramos que un Estado que ha formulado una declaración conforme al artículo 12.3 ECPI puede proceder a su retirada, pero habrá que determinar qué efectos produce y desde qué momento.

Como punto de partida cabría señalar que la retirada de la declaración no debería surtir efectos sino una vez transcurrido el plazo que el Estado hubiera fijado en la misma – cosa que ninguno ha hecho hasta el momento, porque ningún Estado ha previsto la retirada de la declaración- o en su defecto el plazo de doce meses desde la notificación al Secretario de la CPI, siguiendo el criterio fijado por la CIJ al que nos hemos referido anteriormente –que exigió el transcurso de un *tiempo razonable* después de la notificación de la misma-⁹⁷, y aplicando analógicamente lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 para la retirada de los tratados, pero, sobre todo, aplicando lo dispuesto en el artículo 127.2 ECPI para la denuncia del tratado.

En el caso de que en el momento de la retirada de la declaración la Fiscalía hubiera incluido ya la situación entre las sometidas a investigación preliminar, la CPI no perderá su competencia respecto de tal situación por el hecho de la retirada de la declaración –y en consecuencia, respecto de cualquiera de los casos que de ella se pudieran derivar

⁹⁴ El artículo 127.1 ECPI establece que la denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se reciba la notificación, a menos que en ella se indique una fecha ulterior.

⁹⁵ Cfr. EL ZEIDY, M.M., “The Legitimacy of Withdrawing State Party Referrals and Ad hoc Declarations under the Statute of International Criminal Court”, en *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (STAHN, C., SLUITER, G., Eds), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 66-67.

⁹⁶ “10. (...) Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: □i) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; □ii) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas; □iii) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias”.

⁹⁷ Cfr. *Case concerning right of passage over Indian territory (Preliminary Objections)*, Judgment of November 26th, 1957: I.C. J. Reports 1957, p. 125, p. 142: “[i] t is a rule of law generally accepted, as well as one acted upon in the past by the Court, that, once the Court has been validly seized of a dispute, unilateral action by the respondent State in terminating its Declaration, in whole or in part, cannot divest the Court of jurisdiction”. En el mismo sentido, cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, en particular paragr. 54.

durante ese lapso temporal-. Y aún más, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 127.2 respecto de los efectos de la denuncia del tratado, el Estado que retire la declaración seguirá obligado a cooperar con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales que se hayan iniciado antes de la fecha en que surta efecto la retirada y en relación con los cuales el Estado que retira la declaración esté obligado a cooperar.

Ahora bien, si la formulación de la declaración no hubiera dado lugar siquiera a la inclusión de la situación en la lista de investigaciones preliminares los efectos de la retirada quedarían aplazados también al transcurso de doce meses. Por tanto, durante ese tiempo, durante esos doce meses, aún podría ser activada la Corte y respecto de toda esa situación y respecto de los distintos casos que la Corte pudiera iniciar, el Estado quedaría obligado a cooperar con la CPI en los términos exigidos en el artículo 12.3 ECPI.

VI. CONCLUSIONES

El propósito de un instrumento como el Estatuto de la Corte Penal Internacional consiste en poner fin a la impunidad de los más graves crímenes internacionales que se han cometido y se siguen cometiendo a lo largo y ancho del planeta desde el 1 de julio de 2002. Sin embargo, las limitaciones derivadas del propio instrumento creador, el tratado internacional, determinan que con carácter general –dejamos a un lado los supuestos excepcionales en que el Consejo de Seguridad puede tomar la decisión de remitir la situación a la Corte- la CPI solo pueda actuar con el consentimiento del Estado del que sea nacional el autor del crimen de que se trate o el del Estado territorial, de ahí que un mecanismo como el incluido en el artículo 12.3 del Estatuto, objeto de análisis en el presente trabajo, sea un instrumento valioso, pues permite ampliar el radio de acción de la Corte Penal Internacional. Si la Corte se encuentra en estos momentos realizando investigaciones en relación con hechos ocurridos en Ucrania o Costa de Marfil es porque ambos Estados han hecho uso de lo dispuesto en el artículo 12.3 y la Regla 44 que lo completa. Y si la CPI puede alcanzar a investigar hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del tratado para Estados como Palestina o Uganda, es también gracias a las citadas disposiciones.

Como ocurre con todo texto jurídico, es la puesta en práctica de su articulado lo que hace que aquél cobre vida, incluso vida propia, pues en ocasiones se debe hacer frente a situaciones no expresamente previstas en los textos jurídicos. Y el Estatuto de la Corte Penal Internacional no es una excepción.

No creemos, sin embargo, que la CPI haya estado a la altura que cabría esperar de ella cuando tuvo que hacer frente a la declaración planteada por un territorio cuya estatalidad era cuestionada en el momento en el que la formuló, como ocurrió en 2009 con Palestina -o como podría ocurrir en otros casos como por ejemplo con la República Árabe Saharaui-. A nuestro juicio, en base al principio de competencia de la competencia la CPI hubiera debido entrar en el fondo de la cuestión y, además, para dar

por buena la declaración formulada por el estado palestino, teniendo en cuenta el punto de vista del que partíamos, esto es, el objeto y fin del tratado que no es otro que poner fin a la impunidad de los más graves crímenes internacionales, acogiendo para ello a una noción funcional del término Estado, tal y como tantas veces realizan otros tribunales internacionales, sin que ello suponga acto de reconocimiento alguno.

Por otro lado, dado que el ECPI no permite la formulación de reservas, los Estados no parte no deberían tampoco disponer de una discrecionalidad absoluta a la hora de formular las declaraciones contenidas en el artículo 12.3: no cabe que un Estado seleccione materialmente los crímenes respecto de los cuales acepta la competencia de la Corte, pues la Regla 44 del RPP resolvió las dudas generadas por la redacción de la disposición estatutaria objeto de estudio, pero creemos que tampoco puede limitar la declaración territorial ni subjetivamente, pues ello podría devenir en una suerte de Corte a la medida del Estado declarante, que no favorezca precisamente la idea de una justicia imparcial e igual para todos. Quizás la CPI tenga ocasión de posicionarse sobre el particular en la situación de Ucrania. Por lo demás, el alcance temporal de la declaración bien puede ir referido a hechos ocurridos con anterioridad a formulación de la misma, pero también respecto de hechos que puedan ocurrir en el futuro. La práctica existente hasta el momento así lo avala. Y es que el propósito de la Corte no solo es la sanción de los crímenes cometidos en el pasado sino también la disuasión de su posible comisión en el futuro.

Finalmente, aunque ni ECPI ni RPP han establecido nada respecto a la posibilidad de retirar la declaración de aceptación de la competencia de la Corte, habremos de admitir que si un Estado puede denunciar el ECPI, puede también retirar la declaración. Aunque esta situación ha sobrevolado en alguna ocasión sobre la CPI, no se ha llegado a dar aún ningún caso. No obstante, entendemos que, de producirse, la retirada no debería surtir efectos sino una vez transcurrido el plazo que el Estado hubiera fijado en la misma, o en su defecto el plazo de doce meses desde su notificación al Secretario de la CPI. En ese lapso de tiempo hasta que la retirada despliegue sus efectos, la CPI no perdería la competencia para conocer de la situación y los casos que vayan surgiendo, competencia que retendría una vez transcurrido ese plazo, perviviendo la obligación del Estado declarante de cooperar con la CPI conforme a lo exigido en el artículo 12.3 ECPI.

En definitiva, las declaraciones emitidas hasta el momento en nombre de Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania, e incluso Egipto, y la respuesta ofrecida por la CPI a las distintas cuestiones objeto de análisis en el presente trabajo permiten, en términos generales, vislumbrar una disposición llena de posibilidades no solo para los Estados que aún no han ratificado el tratado sino también para los 124 Estados que ya lo han hecho. Pero para ello es fundamental que la CPI haga uso de todas las potencialidades que el Estatuto de la Corte y los textos que lo complementan le ofrecen.