

¿Qué Tribunal Internacional Penal?

Antonio PIGRAU I SOLE

Durante los próximos meses de junio y julio de 1998 está prevista la celebración en Roma de una conferencia internacional cuyo objeto es la discusión del Estatuto de un tribunal penal internacional permanente. Un hecho que, en sí mismo, tiene una significación extraordinaria.

La intensa y compleja dinámica de los preparativos que suelen preceder a cualquier conferencia internacional hace difícil conocer día a día cual es la marcha de los trabajos y cómo se van aproximando gradualmente las posiciones de los distintos Estados. Pero no es éste el objeto de estas páginas. Se tratará, más bien, de una parte, de presentar el contexto y los antecedentes históricos que hacen posible la celebración de dicha conferencia y, de otra, de situar los elementos más importantes que constituyen el núcleo de la discusión que debería culminar en Roma.

EL CONTEXTO

Los distintos sistemas penales estatales son esencialmente el resultado de un proceso esencialmente autónomo, en el que cada uno de los Estados ha configurado las características de dicho sistema y su contenido sustantivo y procesal, incluidas las normas que determinan el alcance de la jurisdicción de sus propios tribunales. A estos efectos de determinar la jurisdicción, el más clásico principio seguido por los Estados en materia penal es el de territorialidad. Sin embargo, como es sabido, la práctica estatal ha desarrollado otros principios inspiradores de la legislación estatal en la materia, como el de personalidad activa o pasiva, o el de protección del Estado¹.

La existencia de distintos principios en las legislaciones penales estatales puede generar la aparición de conflictos de jurisdicción, de tal manera que, ante un mismo hecho delictivo, los órganos jurisdiccionales de distintos Estados pueden considerarse competentes o, a la inversa, puede haber supues-

tos en que ninguno de ellos se considere competente, por ejemplo, para delitos cometidos en territorios no sujetos a la soberanía de ningún Estado. La prevención de que estos últimos supuestos no se dieran, entre otros motivos, ha llevado a los Estados a adoptar en sus normas internas principios distintos del de territorialidad y, en particular, el llamado principio de universalidad de la jurisdicción². Un principio que atribuye a los tribunales del Estado en el que se encuentra o bajo cuya jurisdicción está el presunto delincuente, el conocimiento de un delito cometido, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor y de sus víctimas.

Pero la ley penal estatal no tiene, en principio, un efecto extraterritorial que implique la posibilidad de vincular unilateralmente a los órganos jurisdiccionales de otro Estado. Además, el Derecho internacional no contempla que un Estado pueda hacer valer por sí mismo los efectos de sus propias normas internas en el territorio de otros Estados, mediante actos de ejecución.

La propia coexistencia de distintos principios inspiradores de la ley penal estatal y la búsqueda de su eficacia, cuando alguno de los elementos de un delito se sitúa fuera del propio territorio, en espacios sometidos a la soberanía de otro Estado, es el fundamento lógico de la cooperación penal interestatal. A ello hay que añadir la evolución cuantitativa y cualitativa de la configuración de las actividades delictivas, cada vez más internacionalizadas y, por tanto, la necesidad de adecuar a esa realidad los mecanismos de represión penal³.

En un primer nivel de cooperación, los Estados se asisten mutuamente, colmando así las lagunas que resultarían de los límites territoriales de las leyes penales estatales⁴, para facilitarse mutuamente la

² La idea de jurisdicción universal, con antecedentes doctrinales que se remontan a Grocio, aparece primero en los derechos internos estatales. Al respecto, *vid.* Donnedieu de Vabres, H., "Le système de la repression universelle", *Revue de Droit International Privé et de Droit Penal International*, 1922-23, págs. 557-564. El principio ya aparece reconocido en el art. 10 de la Resolución del IDI de 1883, Sesión de Munich; IDI, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle, 1957, págs. 373-376.

³ Se ha venido denominando Derecho penal internacional a la rama del Derecho que se ocupa de estos problemas, aunque puede constatarse un cambio profundo del significado de dicha expresión. Comparense en Donnedieu de Vabres, H., *Introduction à l'étude du droit penal international*, Sirey, París, 1922, pag. 6; cit. por él mismo en "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol 70, 1947 (I), pag. 485, nota 1. y Bassiouni, C., *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, pag. 50.

⁴ Saldaña, Q., "La Justice Pénale Internationale", *RCADI*, Vol 10, 1925 (V), págs. 228-229.

¹ Los principios de territorialidad, personalidad activa y protección del Estado (incluyendo implícitamente la personalidad pasiva) son recogidos ya en la Resolución adoptada por el *Institut de Droit International* en su Sesión de Munich: "Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence", 7 septembre 1883, y también en su posterior modificación, "Le conflit des lois pénales en matière de compétence", 3 août 1931, Sesión de Cambridge; *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle, 1957, págs. 373-376. En nuestro ordenamiento, la norma de referencia se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que da cabida, en su artículo 23 a algunos de estos principios, en relación con determinados delitos.

actividad de sus órganos judiciales o policiales. En particular, la cooperación judicial se refiere a la instrucción del proceso penal, la entrega de los presuntos delincuentes mediante la extradición⁵, y el reconocimiento y la ejecución de sentencias penales extranjeras. Aunque la asistencia judicial internacional se ha basado tradicionalmente en acuerdos bilaterales basados en la reciprocidad, también se han concluido múltiples convenios multilaterales al respecto⁶.

Paralelamente, la práctica internacional ha dado lugar a la adopción de múltiples convenciones, en las que se describen comportamientos individuales punibles penalmente, al tiempo que se establecen ciertos mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad, que se basan en el compromiso de los Estados parte en dichas convenciones de perseguir los correspondientes delitos⁷.

La propia dispersión cronológica y la heterogeneidad sistemática y conceptual de estos convenios ha suscitado la necesidad de proceder a una tarea de codificación de los mismos, tarea que ha sido asumida desde instancias académicas, pero también por parte de la ONU, a través de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI)⁸.

⁵ Para el caso español, véase Ministerio de Justicia, *Convenios de extradición*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

⁶ Vid., Bassiouni, C., "An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law", *RIDP*, 1974, nº 3-4, págs. 406-409; para el caso español, véanse los textos recopilados por Espinar Vicente, J.M., Martel Adeler, E.I. (Dir.), Ruiz Enríquez, C. (Coord.), *Normas españolas de Derecho penal internacional*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989; Ministerio de Justicia, *Tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

⁷ En dichos textos se prohíben, entre otros, hechos como los siguientes: la esclavitud (Ginebra, 1926); los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad (Londres, 1945); el genocidio (Res. 260 A (III) AGNU, 1948); de nuevo los crímenes de guerra (Ginebra, 1949); la trata de personas y de la prostitución ajena (Res. 317 (IV) AGNU, 1949); la piratería en alta mar (Ginebra, 1958); el apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970); ciertos actos de terrorismo con trascendencia internacional (Washington, 1971); actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); el apartheid (Res. 3068 (XXVIII) AGNU, 1973); los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (Res. 3166 (XXVIII) AGNU, 1973), la agresión (Res. 3314 (XXIX) AGNU, 1974); la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares (Res. 31/72 AGNU, 1976), el terrorismo (Estrasburgo, 1977); la toma de rehenes (Res. 34/146 AGNU, 1979); la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Res. 39/96 AGNU, 1984); el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Nueva York, 1988), o actos contra la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (Res. 49/59 AGNU, 1994).

⁸ Destacan los trabajos auspiciados en el seno de la Asociación Internacional de Derecho Penal con miras a la elaboración de un "código penal internacional": Pella, V.V., "Draft code of offences against the peace and security of mankind, Mémoire présenté par le Secrétariat", Doc. A/CN.4/39, 24 noviembre 1950, págs. 303 y ss. Tras su elección como presidente de dicha asociación, el profesor Bassiouni dirigió entre 1977 y 1979 los trabajos de elaboración de un proyecto de Código de Derecho Penal Internacional. Bassiouni, C., *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan der Rijn, 1980 (también publicado en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol.52, 1981-1; traducción española de De La Cuesta Arzamendi, J.L., *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984). Con posterioridad el proyecto ha sido revisado y tratado conjuntamente con un proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional: Bassiouni, Ch., *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987. Por

El fenómeno de tipificación internacional, responde, en sus orígenes, a dos motivaciones distintas. De una parte, se ha utilizado la técnica convencional para una más eficaz represión de delitos tipificados en los derechos internos que, de manera creciente, se presentan con componentes de internacionalidad y, por tanto, cuyos efectos perjudiciales pueden ser sentidos en distintos Estados a la vez, o cuya extensión se percibe como un riesgo para el conjunto de los Estados. De otra parte, se ha procedido a la tipificación de delitos específicamente internacionales, en la medida en que presuponen la existencia de unos principios rectores del orden internacional; un orden necesario para el normal desarrollo de las relaciones internacionales, y directamente lesionado por tales delitos.

En principio, para la persecución y el juicio de delitos o crímenes tipificados internacionalmente y para la determinación de las penas, se aplica un modelo indirecto, que consiste en la utilización del derecho interno y de los mecanismos institucionales de aplicación existentes en cada Estado. Pero para hacer plenamente operativo ese modelo indirecto es preciso asumir un segundo nivel de compromiso; un paso más en la cooperación, que viene dado por una más generalizada utilización del principio de jurisdicción universal. Se trata aquí, más allá de acuerdos entre Estados que permiten activar mecanismos de extensión extraterritorial de la aplicabilidad de sus respectivas normas, de crear un espacio universal de jurisdicción compartida entre todos los Estados, para la represión de determinados comportamientos criminales.

El principio de jurisdicción universal ha sido acogido en diversos convenios internacionales, en relación con muy distintos comportamientos delictivos, siendo la piratería en alta mar el supuesto clásico. Pero no existe todavía un criterio uniforme en la práctica convencional, según el cual el sistema de jurisdicción universal se aplica a todos los tipos penales internacionales⁹.

su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional — órgano formado por expertos de distintos países— trabajar en torno a lo que entonces se denominó proyecto de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947). Estos trabajos se han desarrollado en dos etapas. La primera culminó con un proyecto de código en 1954. Sin embargo las distintas posiciones sobre el delito de agresión suspendieron los trabajos de la CDI. Una definición consensuada de la agresión no pudo lograrse hasta la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1974. En 1981 la Asamblea General pidió a la CDI que reanudara su actividad. En esta etapa la CDI aprobó un primer proyecto en 1991, y ha aprobado, en 1996, el texto final del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996", Doc. A/51/10, págs. 16-129.

⁹ Por ejemplo no se recoge en los convenios relativos al genocidio, el apartheid o la discriminación racial. Si se recoge, en cambio, en los relativos a los crímenes de guerra, la captura ilícita de aeronaves o la toma de rehenes. En los derechos internos suele existir una mayor identidad entre jurisdicción universal y tipificación internacional, Gardocki, L., "General Report Legal Problems Emerging from the Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law", AIDP, Les crimes internationaux et le droit pénal interne, Actes du Colloque Préparatoire tenu a Hammamet, Tunisie, 6-8 juin 1987, *RIDP*, 1989, 1-2, pág. 105. Para el caso español, *vid.* la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (BOE, 2 julio 1985), art. 23.4, Bueno Arus, F., "Espagne, Rapport National", AIDP, Les crimes

Algunos textos convencionales expresan el principio mediante la máxima *aut dedere, aut iudicare*, que establece para los Estados la obligación de entregar al presunto autor de un delito a otro Estado que lo reclame, o bien incoar el correspondiente procedimiento judicial¹⁰. El objeto principal de esta norma es precisamente, impedir la inactividad del Estado, que pueda conllevar la impunidad de los presuntos autores del delito contemplado, que se hallen en su territorio o en el ámbito de su jurisdicción.

En este orden de ideas, en el artículo 9 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la CDI en 1996, titulado "obligación de conceder la extradición o de juzgar", se propone la extensión del principio a la mayoría de los crímenes previstos en el Proyecto de código¹¹.

En Derecho español, como es sabido, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, prevé que los Tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera de España susceptibles de ser tipificados de acuerdo con las siguientes figuras: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, y cualquier otra que según los tratados o convenciones deba ser perseguido por España. En esta disposición reclaman su fundamento, precisamente, los procedimientos judiciales abiertos en los juzgados centrales de instrucción números 5 y 6 de la Audiencia Nacional española contra los responsables de presuntos delitos de terrorismo y genocidio, durante el período en que sendas dictaduras militares gobernaron Argentina (1976-1983) y Chile (1973-1990); procesos abiertos como consecuencia de las denuncias presentadas en los meses de marzo y julio de 1996 por la Unión Progresista de Fiscales. Dada la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ, la jurisdicción de los tribunales españoles está íntimamente ligada a la calificación de los hechos como genocidio o terrorismo. No obstante, la poco disimulada irrupción de argumentos extrajurídicos y de presiones políticas ponen perfectamente de relieve en este caso las implicaciones que puede tener para un Estado el utilizar el principio de jurisdicción universal, lo que contribuye, si no a justificar, por lo menos a explicar, la escasa práctica al respecto.

internationaux et le droit pénal interne, *cit.*, RIDP, 1989, 1-2, págs. 251-261.

¹⁰ No es unánime la identificación entre el principio de jurisdicción universal y el principio *aut dedere, aut iudicare*, *vid.* Gardocki, L., "General Report...", *op.cit.*, págs. 105-106; y las breves consideraciones del Relator de la CDI no hacen distinciones; Thiam, D., "Cuarto informe...", Doc. A/CN.4/398, *cit.*, pág. 42; "Quinto informe...", Doc. A/CN.4/404, *cit.*, págs. 7-8. Se trata de principios distintos para Wolfrum, R., "The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts", en Dinstein, Y., Tabor, M. (Eds.), *War Crimes in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1996, págs. 235-236. Sobre el alcance de estas nociones, *vid.* también Schutte, J.J.E., "Enforcement measures in international criminal law", RIDP, 1981, n°2, págs. 441-453; Van Den Wijngaert, Ch., "Quelques observations relatives a la partie 'Mesures d'execution' du projet de code penal international", RIDP, 1981, n°2, págs. 467-473.

¹¹ Doc. A/51/10, *cit.*, pag. 54. Véanse también los artículos 8 y 10.

De ordinario, como hemos visto, el Derecho internacional se ha limitado a tipificar las conductas punibles y ha dejado al ámbito de los ordenamientos estatales la tarea de desarrollar normas que garanticen la persecución y el procesamiento de los presuntos responsables por los órganos estatales, y, en su caso, la imposición de las penas. La previsión de instancias de jurisdicción penal internacional supone, pues, ascender un nuevo peldaño en el nivel de compromiso en la cooperación internacional para la represión penal.

Aunque la gama de razones alegadas es muy amplia, hay un argumento central en la defensa de una jurisdicción penal internacional para juzgar a los individuos que cometen determinados crímenes de especial gravedad, que entran en la categoría de crímenes contra la paz y la humanidad: en la medida en que la comisión de tales crímenes suele implicar, en una u otra forma, a los órganos de un Estado, resulta totalmente estéril, como lo demuestra la experiencia, confiar la represión de los mismos al propio Estado¹². A ello cabe añadir, como antes se apuntaba, la escasa predisposición de los Estados a poner en peligro sus relaciones políticas con otros Estados mediante el empleo del principio de la jurisdicción universal.

EL CAMINO QUE NOS HA LLEVADO A ROMA

La creación de mecanismos de jurisdicción penal internacional no es un proyecto contemporáneo. Por el contrario han sido imaginados y propuestos hace muchas décadas¹³. En particular, dieron lugar a un amplio debate entre los especialistas desde principios del presente siglo y ha estado permanentemente en la agenda de la ONU desde su creación.

De ahí que la bibliografía y las propuestas concretas al respecto, incluso en forma de proyectos de estatutos para tribunales internacionales son muy abundantes¹⁴. Diversas asociaciones científicas, grupos de expertos y órganos intergubernamentales se han pronunciado a favor de su establecimiento, aunque han coexistido muy distintos enfoques: tribunales para juzgar solamente actos individuales o también estatales, para un tipo penal concreto o con carácter general, de ámbito universal o regional, en el seno de las Naciones Unidas o fuera de la Organización, etc.

¹² Véase, por ejemplo, Comisión Internacional de Justas, *Hacia una Justicia Universal*, Ginebra, Junio 1993, págs. 20-26.

¹³ Se menciona como precedente remoto el proceso de Peter Von Hagenbach, gobernador de Breisach, en 1474; Deschênes, J., "Toward International Criminal Justice", *Criminal Law Forum*, Vol.5, n° 2-3, 1994, págs. 250-252.

¹⁴ *Vid.* Pella, V. V., "Towards an International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol.44, n°1, 1950, págs. 37-68; Wright, Q., "Proposal for an International Criminal Court", *AJIL*, Vol.46, n° 1, January 1952, págs. 60-72; Roling, B. V. A., "On Aggression, on International Criminal Law, on International Criminal Jurisdiction, II", *Netherlands International Law Review*, Vol.11, 1955, págs. 279-289; Greving, G., "La création d'une Cour pénale internationale: bilan et perspectives", *RIDP*, 1974, n° 3-4, págs. 435-452; "Estudio histórico del problema de la Jurisdicción Penal Internacional (Memorandum presentado por el Secretario General)", Doc. A/CN.4/7/Rev 1, 27 mayo 1949, así como la extensa relación de antecedentes citada en Doc. S/25266, *cit.*, Anexo III, págs. 49-50.

Ya el Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, previó la constitución de un tribunal internacional para juzgar al ex emperador de Alemania, Guillermo II, por sus ofensas "a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados". No obstante, el gobierno de los Países Bajos rechazó entregar al acusado alegando el principio *nullum crimen sine lege*.

Tras la segunda guerra mundial, como es bien conocido, se crearon distintos tribunales internacionales para enjuiciar a altos dirigentes de Alemania y Japón, mediante el Acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres, el 8 de agosto de 1945, la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, y la Proclama especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, adoptada en Tokyo el 19 de enero de 1946¹⁵.

La creación de tribunales penales internacionales ha sido también contemplada, con distintas variantes, en otros textos jurídicos, aunque ninguno de ellos ha llegado a crearse: el Convenio de Ginebra, de 16 de noviembre de 1937, para la prevención y la represión del terrorismo¹⁶, que jamás llegó a entrar en vigor; la Convención de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio¹⁷; o la Convención de 30 de noviembre de 1973, sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid¹⁸.

Abordado en el seno de la CDI desde 1948 a 1950¹⁹, el debate se trasladó sucesivamente a dos comités especiales y fue aparcado por la Asamblea General en 1954²⁰. La CDI ha retomado el tema, especialmente desde 1990. El Relator D. Thiam ha presentado distintos informes al respecto²¹, como lo ha hecho el grupo de trabajo creado al efecto por la Comisión. Dicho grupo de trabajo presentó un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional en julio de 1993²², que fue sometido a la consideración de los Estados. Finalmente la Comisión aprobó

el definitivo Proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional compuesto por 60 artículos, el 22 de julio de 1994²³.

Como se sabe, paralelamente a estos trabajos, el Consejo de Seguridad creó un Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia en 1993 y, un año y medio más tarde, otro Tribunal Internacional para Rwanda²⁴. Como veremos, la influencia de los tribunales creados por el Consejo de Seguridad sobre el proyecto de la CDI ha sido muy importante.

La Asamblea General decidió debatir la propuesta primero en el seno de un Comité Especial²⁵ y, después, en el de un Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte penal internacional²⁶. Este Comité espera finalizar sus trabajos en abril de 1998, de tal manera que pueda celebrarse una Conferencia intergubernamental en los meses de junio y julio de este mismo año, en Roma²⁷. De tal manera que las propuestas de la CDI que a continuación se expondrán, serán, con toda seguridad, objeto de modificaciones por el Comité²⁸ y pueden serlo de nuevo en la propia Conferencia.

²³ Vid. "Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46º periodo de sesiones (2 mayo-22 julio 1994); Doc. A/49/10, págs. 23-125. Sobre este Proyecto, véase Crawford, J., "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Court", *AJIL*, Vol.88, 1994, nº 1, págs. 140-152; Quel Lopez, F.J., "Hacia una jurisdicción internacional penal permanente: el proyecto del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional", en Fernández de Casadevante, C., Quel, F.J., (Coords.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, págs 152-170.

²⁴ Sus respectivos estatutos se encuentran en el NU, Doc. S/25704 y en la Resolución 955 (1994), del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994. Sobre los tribunales creados por el Consejo de Seguridad, la bibliografía es ya muy abundante. En nuestro país: Fernández Liesa, C., "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional (Decision de la Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadic - competencia)", *REDI*, Vol. XLVIII (1996), 2, págs 11-44. Huesa Vinaixa, R., "El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria - Gasteiz 1994*, Universidad del País Vasco/Tecnos, Madrid, 1995, págs 155-194; "Algunas consideraciones en torno al Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia", *Tiempo de Paz*, otoño 1995, nº 39, págs 18-33; Pignatelli y Meca, F., "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, págs. 389-430; Pigrau Sole, A., "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol XI, 1994, págs 211-252; "El Tribunal Internacional para Ruanda", *Tiempo de Paz*, verano 1995, nº 37-38, págs. 140-151; "El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia", en Varios Autores, *El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*. Los Libros de la Catarata, Madrid, 1996, págs. 65-81; Quel López, F.J., "Los efectos de la creación del Tribunal internacional penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, nº1, págs. 61-97; "El sistema de adaptación del ordenamiento jurídico español a las disposiciones estatutarias y de procedimiento del tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia", en Lattanzi, F., Sciso, E. (Eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Atti del convegno, Roma 15-16 dicembre 1995, Ed. Scientifica, Napoli, 1996, págs 237-254.

²⁵ Res. 49/53 AGNU, de 17 de febrero de 1995

²⁶ Res. 50/46 AGNU, 11 de diciembre de 1995.

²⁷ Véase el Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, NU, Doc A/51/22, Vol. I; la Res 51/207 AGNU, de 16 de enero de 1997 y la recomendación del Comité Preparatorio, Doc. A/AC 249/1997/L.4, 26 de febrero de 1997

²⁸ La compilación de las numerosas propuestas de enmienda al proyecto de la CDI está publicada como: Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, NU, Doc. A/51/22, Vol. II.

¹⁵ UNTS, Vol. 82, nº 251; reproducido en NU, Doc. A/CN.4/368 y Add.1, 17 junio 1983, pág. 38. Véase también el art.1 de la Proclama especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas; *ibid.*, pág. 45. Sobre la Ley nº 10, véase Meyowitz, H., *La Répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi nº 10 du Conseil de Contrôle Allié*, LGDJ, Paris, 1960.

¹⁶ UN, Doc. A/C.6/418, Anexo.

¹⁷ UNTS, Vol 78, pág. 296.

¹⁸ Res. 3068 (XXVIII) AGNU. Mucho mas tarde se publicó un "Estudio sobre las medidas necesarias para aplicar los instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, incluido el establecimiento de la jurisdicción internacional prevista en dicha Convención", Informe del Grupo Especial de Expertos; Doc. E/CN.4/1426, 19 enero 1981.

¹⁹ Vid. Alfaro, R.J., "Question of International Criminal Jurisdiction, Report", Doc. A/CN.4/15, 3 marzo 1950; *YILC*, 1950, Vol. II, págs 1-18; Sandstrom, E., "Question of International Criminal Jurisdiction, Report", Doc. A/CN.4/20, 30 marzo 1950; *YILC*, 1950, Vol.II, págs 18-23; Doc. A/1316, cit., págs 378-379

²⁰ Committee on International Criminal Jurisdiction, "Revised Draft Statute for an International Criminal Court", "Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction", NU, Doc. A/2645, 1954.

²¹ Thiam, D., Octavo informe, A/CN.4/430/Add 1, 6 de abril de 1990; Noveno informe, A/CN.4/435/Add 1, 15 de marzo de 1991; Décimo informe, A/CN.4/442, 20 de marzo de 1992; Undécimo informe, A/CN.4/449, 25 de marzo de 1993.

²² Doc. A/48/10, Anexo, págs. 270-355.

LUCES Y SOMBRAS EN EL PROYECTO DE ESTATUTO

El proyecto de la CDI suscita numerosas cuestiones que se prestan al debate. No obstante se señalarán aquí solamente las que parecen más relevantes.

a) La vía jurídica de creación del tribunal

A pesar de que los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda han sido creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad, la CDI se ha inclinado finalmente por la vía de la concertación de una convención específica. Sin embargo, la consciencia de la necesaria vinculación con la ONU ha tenido su reflejo en el artículo 2 del Proyecto, que prevé la celebración de un acuerdo entre el Tribunal y las Naciones Unidas. En este orden de ideas la Comisión no ha tratado en el proyecto de Estatuto ciertos aspectos, que deberán decidir los Estados en el momento de celebrar el tratado constitutivo del Tribunal. Entre ellos, de manera significativa, la financiación del Tribunal. La vía más verosímil, supuesto que el Tribunal se constituya a partir de un tratado internacional específico, es la del establecimiento de una escala de cuotas para los Estados que deseen ser parte en el tratado.

La creación del tribunal mediante un tratado internacional, aunque es la más correcta entre las distintas opciones, conlleva ciertas consecuencias prácticas que no deben subvalorarse: el futuro del tratado estará supeditado a la cantidad, y especialmente, a la cualidad de los Estados que decidan, voluntariamente, ser Partes en el mismo, y al ritmo de ratificaciones y adhesiones que pueda obtener.

b) Los aspectos institucionales y de organización del tribunal

El primer aspecto clave, que ha comportado también un gran debate en la CDI, es el previsto en el primer párrafo del artículo 4, que dice lo siguiente: "1. La Corte es un organismo permanente al que tienen acceso los Estados Partes de conformidad con el presente Estatuto. Se reunirá cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido..." Se prevé, por tanto, una jurisdicción que, como tal, es permanente, aunque no esté permanentemente en funcionamiento, lo que implica que su personal no tiene, en principio, una dedicación exclusiva al Tribunal. Recuérdese que los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Rwanda sí están permanentemente constituidos y exigen a su personal un régimen de dedicación exclusiva.

Con esta diferencia, el Proyecto de Estatuto prevé una estructura del Tribunal que sigue el modelo de las adoptadas en los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Rwanda: un conjunto de magistrados, una fiscalía y una secretaría, a los que aquí se añade una Junta de Gobierno (art. 5).

El Proyecto prevé el nombramiento de 18 magistrados serán personas que reúnan los requisitos de imparcialidad e integridad, poseer las condiciones requeridas en sus respectivos países para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, y tener experiencia en Derecho penal o competencia reconocida en Derecho internacional. Los magistrados serán elegidos, por un período de nueve años, por mayoría absoluta de los Estados parte en votación secreta, no pudiendo haber dos magistrados de la misma nacionalidad, y garantizando que esten representados los principales sistemas jurídicos del mundo. Ello supone que se han descartado propuestas anteriores que preveían que el Tribunal se constituyera y los magistrados necesarios se nombrarían para cada caso concreto.

Entre los magistrados deben ser elegidos, por mayoría absoluta, un presidente, dos vicepresidentes y otros dos vicepresidentes suplentes. El presidente y los dos vicepresidentes constituyen la Junta de Gobierno, a la que se encarga velar por la buena administración del Tribunal y, en particular, llevar a cabo las funciones de las fases previas al juicio oral y otras funciones de procedimiento, mientras un asunto no haya sido sometido a una sala de primera instancia (art. 8).

Los magistrados se organizan en Salas de primera instancia, compuestas para cada caso concreto por cinco magistrados, y una Sala de apelaciones, compuesta por el presidente del Tribunal y otros seis magistrados.

La fiscalía es un órgano autónomo del Tribunal encargado de investigar las denuncias presentadas y de ejercitar las acciones penales. Es este otro aspecto en que las opciones adoptadas en los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda han tenido una proyección positiva sobre los trabajos de la CDI, puesto que en anteriores propuestas la figura del Fiscal no estaba prevista, siendo sustituida bien por el propio Estado que iniciaba la acción, bien por uno de los magistrados, actuando como fiscal.

c) La naturaleza y la delimitación de la competencia

El Estatuto configura al Tribunal como una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales, al tiempo que le da un marcado perfil subsidiario. Ello es particularmente visible en el Preámbulo y en su artículo 35. En el Preámbulo se dice expresamente que "tendrá competencia únicamente respecto de los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto" y que "tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento".

En el artículo 35 se establecen tres condiciones de inadmisibilidad de un asunto por parte del Tribunal: cuando el asunto haya sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre él y

la decisión de ese Estado de no entablar procedimiento esté aparentemente bien fundada; cuando el asunto es objeto de instrucción por parte del Estado que tienen o puede tener jurisdicción sobre él, o cuando el asunto no es de gravedad suficiente para justificar la intervención del Tribunal. A ello debe añadirse la preferencia respecto del Tribunal establecida en favor de un tercer Estado que haya solicitado la extradición del presunto autor de un crimen al Estado que tiene jurisdicción sobre él, que puede deducirse del artículo 21.2.

No existe, en cambio, ninguna disposición que establezca una primacía del Tribunal sobre las jurisdicciones estatales, a diferencia de lo que sucede en los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda.

Por otra parte, y éste es un aspecto central, la condición de Estado Parte en el futuro tratado, al igual que sucede en relación con el Tribunal Internacional de Justicia, no conlleva la aceptación genérica de la competencia del Tribunal. El Estatuto, por el contrario, prevé un régimen combinado de competencia obligatoria en un caso, y de competencia sujeta a aceptación de ciertos Estados en otros, salvo intervención del Consejo de Seguridad, por lo que es aconsejable exponer la competencia *ratione materiae*²⁹.

El artículo 20 del Proyecto dispone que el Tribunal tiene competencia respecto de los siguientes crímenes: "a) el crimen de genocidio; b) el crimen de agresión; c) las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados; d) los crímenes de lesa humanidad; e) los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional."

En el anexo al que se refiere el inciso e) se mencionan las disposiciones concretas que incluyen crímenes previstos un conjunto de tratados³⁰. Dos aspectos llaman poderosamente la atención. El primero es la inclusión del concepto de agresión, que tal como se formulara en 1974, se dirigía a contemplar comportamientos estatales y no individuales por lo que cabe dudar de su suficiente precisión a

los efectos de juzgar personas; cierto es que el hecho de que se exija, en el artículo 23.2, para este supuesto una previa calificación de agresión por parte del Consejo de Seguridad facilita la tarea, pero también sustrae o, por lo menos, prejuzga el análisis propio del Tribunal, lo que puede comportar una cierta incompatibilidad con la autonomía de éste, además de abrir una puerta al tratamiento desigual de hechos similares, en función del ejercicio del derecho de veto por parte de los miembros permanentes³¹.

El segundo aspecto llamativo es que no se incluye en el anexo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional II de 1977, a diferencia de lo que se hizo en el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda y, en cambio se incluyen otras referencias a los Convenios de Ginebra de 1949 y a su Protocolo adicional I. Podría deducirse, y ello es criticable, que la CDI entiende, contra lo afirmado por el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia³², que las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de conflictos internos no constituyen un crimen previsto por el Derecho internacional general, si no está comprendidas en el inciso c, ni generan responsabilidad penal individual en tanto que crímenes de derecho internacional convencional, al estar ausentes del anexo.

A partir de ello, el artículo 21 establece dos supuestos distintos de competencia. para el caso del genocidio, la competencia es obligatoria, sin que sea necesaria la aceptación de Estado alguno. En los demás supuestos del artículo 20, por el contrario, la competencia del Tribunal está sujeta a la aceptación del Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido y del Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión considerada. Además si el Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido ha recibido, en virtud de un acuerdo internacional, la solicitud de entrega de un sospechoso presentada por otro Estado con fines de procesamiento y, a menos que esa solicitud sea rechazada, se requerirá además la aceptación por ese otro Estado de la competencia del Tribunal³³.

El otro aspecto problemático que cierra el planteamiento de la competencia del Tribunal es la intervención prevista en el artículo 23, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas³⁴. El Tribunal puede ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes previstos en el artículo 20, con independencia de que haya habido aceptación previa por parte de los Estados mencionados en el

²⁹ Véase: Rigaux, F., "La compétence matérielle de la Cour criminelle internationale" en Lattanzi, F., Sciso E., (eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Ed. Scientifica, Napoli, 1996, págs. 137-144.

³⁰ Se trata de las infracciones graves previstos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977; el apoderamiento ilícito de aeronaves, definido en el Convenio de La Haya de 1970; los crímenes definidos en el Convenio de Montreal para la represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971; el apartheid y los crímenes conexos, según la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 1973; los crímenes definidos en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 1973, la toma de rehenes y crímenes conexos por la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979; el crimen de tortura previsto en la Convención contra la Tortura, de 1984; los crímenes contenidos en el Convenio para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 1988, y, por último, los crímenes definidos en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988.

³¹ Bennouna, M., "Le fonctionnement de la Cour criminelle internationale: difficultés et perspectives", en Lattanzi, F., Sciso E., (eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, op.cit., 1996, pag. 208.

³² En el asunto Tadic, Case nº IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, pag. 49-71.

³³ La Comisión ha justificado el distinto trato acordado al genocidio a partir de la doble circunstancia de que en la Convención sobre el genocidio no se prevé la norma *aut dedere aut iudicare*, y, que, en cambio se alude a la competencia de un Tribunal penal internacional.

³⁴ Un artículo que ha suscitado un intenso debate en el Comité Preparatorio; véase Doc A/51/22, cit., Vol I, pp. 32-35.

mismo, siempre que el Consejo de Seguridad decida remitirle un asunto, en el marco del Capítulo VII de la Carta. Sin embargo el mismo artículo 21 establece el límite de que no podrá iniciarse un procedimiento “derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta, de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa.”

d) El procedimiento

El procedimiento a seguir está determinado por los artículos 25 a 50 del Estatuto y deberá ser completado por el Reglamento del Tribunal, que será preparado por los magistrados, dentro de los seis meses siguientes a su elección y sometido a una Conferencia de los Estados Parte. Dicho reglamento deberá detallar las normas de procedimiento y prueba (art. 19)

A grandes rasgos, los aspectos fundamentales del procedimiento siguen el modelo de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda. No obstante cabe destacar tres aspectos.

El primero de ellos es el que tiene que ver con el inicio del procedimiento, para el que se prevén dos vías: bien la remisión de un asunto al Tribunal por parte del Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, bien la de la denuncia de un Estado Parte. En este segundo caso el Estado Parte deberá ser asimismo Parte en la Convención del Genocidio, si la denuncia se refiere al crimen de genocidio; y deberá haber aceptado la competencia del Tribunal para el crimen objeto de la denuncia, en los demás supuestos. No cabe, por tanto, activar el sistema por la Fiscalía a partir, por ejemplo, de informaciones suministradas por organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, a diferencia de lo previsto en los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda.

El segundo aspecto novedoso es el papel atribuido a la Junta de Gobierno, a quien corresponde examinar las peticiones de procesamiento del fiscal y dictar, en su caso, un auto confirmatorio de procesamiento, constituyendo en tal caso una Sala de primera instancia y dictando las necesarias medidas preventivas, incluidas las órdenes de detención.

El tercer aspecto se refiere al juicio en rebeldía. Aunque el texto refleja el respeto a los derechos de la persona procesada internacionalmente reconocidos, se establece la posibilidad de que el acusado no se halle presente durante el juicio oral, en los siguientes supuestos: si el acusado se halla bajo custodia o ha sido puesto en libertad en espera del juicio y, por razones de seguridad o de salud, no es aconsejable su presencia; si perturba continuamente el juicio oral, o si se ha fugado mientras estaba bajo custodia o en libertad provisional bajo fianza. En los casos de ausencia deliberada del acusado, que imposibilitan la celebración del juicio, se prevé asimismo el mecanismo puesto en prácti-

ca por el Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, que permite convocar una audiencia pública ante una sala de procesamiento, que puede culminar en una confirmación de la acusación y en la emisión de una orden internacional de detención.

e) Los mecanismos de cooperación con el tribunal

Siguiendo el modelo de los Estatutos de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, el Estatuto prevé también algunas disposiciones relativas a los mecanismos de cooperación que los Estados deben prestar al Tribunal y que para éste resulta imprescindible.

El artículo 51 establece que los Estados Parte cooperarán con la Corte en las diligencias de instrucción penal y en los procesos que se entablen ante el Tribunal. En consecuencia deberán atender sin demora las solicitudes de identificación y búsqueda de personas, de recepción de declaraciones y búsqueda de personas, de tramitación de documentos o de detención o prisión preventiva de personas, de entrega de personas acusadas al Tribunal, entre otras, incluidas las medidas cautelares. El alcance de la obligación en relación con cada Estado Parte depende, excepto en el caso del genocidio, de los crímenes para los que haya aceptado la jurisdicción. En caso contrario, el Estatuto prevé una compleja reglamentación tendente a garantizar que la persona acusada sea juzgada en el Estado en que se halle o sea extraditada a un tercer Estado.

Por otra parte, en virtud del artículo 58, los Estados Partes se comprometen a reconocer las sentencias del Tribunal.

Respecto a la ejecución de las penas, al igual que en los casos de los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, se solicita de los Estados la cooperación voluntaria en la acogida de las personas condenadas en sus respectivos establecimientos penitenciarios. Corresponde al Tribunal elegir el Estado en que deberán cumplirse las penas privativas de libertad y controlar su cumplimiento.

TODAVIA UN LARGO CAMINO POR RECORRER

Probablemente el mero hecho de que la Conferencia de Roma llegue a un acuerdo sobre la creación de un tribunal penal internacional permanente sea ya muy importante, con independencia del contenido concreto del acuerdo. Pero ello no debe hacernos olvidar sus más que probables limitaciones.

No existe por el momento un consenso suficiente en la Comunidad internacional sobre el catálogo de crímenes considerados de suficiente gravedad como para generar la responsabilidad internacional del individuo ni la voluntad política de impedir, sin excepción, la impunidad de tales crímenes. Se

aprecia una creciente disposición de los Estados a crear mecanismos internacionales eficaces de persecución y castigo de ciertos crímenes en casos concretos, en los que la presión de la opinión pública puede llegar a ser notable, en los que no esperan verse afectados directamente, y en los que sus intereses políticos no sufren un menoscabo significativo. Ello se ha demostrado con la creación de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda. No obstante, una vez creados dichos tribunales, la gran mayoría de los Estados no está haciendo un alarde de coherencia, respondiendo con prontitud a sus necesidades, en lo relativo a su financiación, a sus recursos humanos, a la adopción de la legislación necesaria, o a la detención de las personas acusadas. Tampoco la ONU como tal ha sido capaz de garantizar dichos medios, especialmente en el caso del Tribunal para Rwanda.

La gran mayoría de los Estados, además de eludir en su práctica cotidiana la actividad de persecución penal descentralizada a través de sus propias jurisdicciones, no parecen dispuestos, por razones políticas y económicas, a aceptar una jurisdicción internacional penal, con competencias generales para un conjunto amplio de crímenes, con jurisdicción obligatoria y con una estructura permanente. Tampoco están dispuestos mayoritariamente a aceptar una capacidad autónoma de la fiscalía para iniciar los procedimientos penales, a partir de la información recibida, por ejemplo, de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Como se desprende del Proyecto de Estatuto elaborado por la CDI y de la discusión en el seno del Comité Preparatorio, el futuro tribunal internacional penal se

configura solamente como una instancia excepcional, para crímenes muy concretos, en supuestos en que las jurisdicciones nacionales no existan o no puedan actuar de manera eficaz y, dejando, en todo caso, un amplio margen a la voluntad política de los Estados y del Consejo de Seguridad.

No obstante, las decisiones del Consejo de Seguridad de crear los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, aparte de otras consideraciones, han tenido una influencia muy positiva en la aceleración de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de la Asamblea General de la ONU, y en la introducción de ciertas opciones significativas en el Proyecto final de Estatuto, como pueden ser el derecho de apelación o la institución y el perfil autónomo de la fiscalía.

Estamos, en definitiva, en un momento trascendental que puede determinar un avance sustancial o un nuevo punto y aparte en el ya largo camino hacia la construcción de un sistema internacional penal eficaz, que debe descansar en la definición de un sistema de valores universalmente compartido y de la plena convicción de que tales valores deben primar sobre cualquier otra consideración.

Entre los datos que pueden contrarrestar un excesivo pesimismo, dos son fundamentales: de una parte, la lenta pero constante sensibilización de la opinión pública; de otra parte, el efecto impulsor que deriva de la práctica que desarrollan los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda y también algunos tribunales estatales, que debe contribuir a afirmar la responsabilidad penal internacional del individuo cuando atenta gravemente contra valores esenciales para la comunidad internacional y a clarificar su alcance y características.