

CARTHAGINENSIA

Revista de Estudios e Investigación
Instituto Teológico de Murcia O.F.M.
Universidad de Murcia

Volumen XVI
Enero-Junio 2000
Número 29

SUMARIO

ESTUDIOS

Francisco Marín Heredia <i>El Salmo 40 y la Ley</i>	1-14
Jürgen Moltmann <i>Niño e infancia como metáforas de la esperanza y de la fe</i>	15-28
Francisco Martínez Fresneda <i>Crear y pensar con los Padres. Boletín de Patrística</i>	29-81
Cesáreo Gutiérrez Espada <i>Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional. (Roma 1998)</i>	83-137
José García Oro-María José Portela Silva <i>El obispo fray Bernardo de Fresneda y la Reforma tridentina en la Iglesia de Córdoba</i>	139-181

NOTAS Y COMENTARIOS

Tadeo Matura <i>El diálogo de amor fundamento de una espiritualidad ecuménica</i>	183-192
Miguel Ángel Escribano Arráez <i>El derecho patrimonial en las provincias franciscanas de España. El Fondo Común: la administración del siglo XXI</i>	193-210
Pedro Ruiz Verdú <i>“Dios Padre envió al mundo a su Hijo”. XXXV Simposio de Teología Trinitaria. (Salamanca, 18-20/10/99)</i>	211-215
Francisca Moya <i>La “Homelia in laude Ecclesiae” de Leandro de Sevilla. Estudio y valoración</i>	217-220
BIBLIOGRAFÍA	221-244
LIBROS RECIBIDOS	245-248

LUCES Y SOMBRAS DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (ROMA, 1998)

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

I. Introducción

1. Génesis

1. La adopción en Roma, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) constituye el precipitado último de un largo proceso¹. El funcionamiento de un tribunal internacional destinado a enjuiciar los crímenes de guerra más graves y, en general, violaciones atroces de los derechos del ser humano, se remonta, como es sabido, a finales de la segunda guerra mundial con los Tribunales de Nuremberg (1945) y de Tokio (1946), pero advenido después un espeso silencio, sólo con el establecimiento por el Consejo de Seguridad (CdS) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY)² y para Ruanda (TPIR)³ estos esfuerzos obtuvieron un vigoroso impulso político. La importancia de ambos órganos judiciales es innegable, como doctrina ya muy numerosa ha destacado⁴, aunque solo sea,

¹ Que, por ejemplo, ha revisado recientemente C. BASSIUNI, "The journey to a Permanent International Criminal Court", *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, développement, démocratie. Peace, development, democracy*. Bruylant, Bruselas. I, 151 ss.

² Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 (BOE de 24 de noviembre).

³ Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994 (BOE 24 de mayo de 1995).

⁴ Por ejemplo, F. PIGNATELLI MECA, "Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones

y en rigor en esto consiste el “verdadero éxito en el activo de los tribunales ad hoc”⁵, por haber demostrado que la represión penal internacional de los grandes criminales no es ya la mera promesa de un porvenir mejor en el país de la Quimera, sino una realidad. Con todo, la comunidad internacional no podía seguir creando, cada vez que se dieran las condiciones, nuevos tribunales ad hoc, aunque solo fuera (amén de soslayar el riesgo de jurisprudencias contradictorias) para evitar un derroche de tiempo, dinero y personal, sino establecer, de una vez por todas, un Tribunal Permanente.

2. Ya en 1989, la Asamblea General de la ONU⁶ pide a su Comisión de Derecho Internacional (CDI) que establezca un TPI. Esta iniciativa, de justicia es reseñarlo, tiene su origen en la carta, de 21 de agosto de 1989⁷, que el Representante permanente de Trinidad y Tobago dirigió al Secretario General de la Organización instando la creación de un tribunal internacional encargado de enjuiciar, entre otras manifestaciones de la criminalidad internacional, los delitos de narcotráfico.

graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991”, *Revista Española de Derecho Militar*, 64 (1994) 41-146; Íd., “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, *Revista Española de Derecho Militar*, 65 (1995) 389-430; HUESA VINAIXA, “El Tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y la sanción de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, Universidad del País Vasco-Tecnos, Madrid 1995, 155-194; C.R. FERNÁNDEZ LIESA, “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional (Decisión de la Sala de apelaciones de 9 de abril de 1995 en el asunto Tádic-competencia)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 48 (1996) 11-44; F.J. QUEL LÓPEZ, “Hacia una jurisdicción penal internacional permanente: El proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional”, *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional*, C. Fernández de Casadevante y F.J. Quel (coord.), Ariel, Barcelona 1997, 152-170; Íd., “Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional humanitario”, *Anuario de Derecho Internacional*, 13 (1997) 467-523; L. CONDORELLI, “Le Tribunal Penal International por l’Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, (1997), Aranzadi, 1998, I, 241-276; K.D. ASKIN, “Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslavia and Rwandan tribunals: Current status”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 97-124; S.D. MURPHY, “Progress and jurisprudence of the International Criminal Court for the former Yugoslavia”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 57-97.

⁵ R. BADINTER, “Pour une Cour Criminelle Internationale”, *Boutros Boutros-Ghali*, 122.

⁶ Resolución 44/39, de 4 de diciembre.

⁷ Texto en doc.: A/44/195, anexo 44.

3. En 1993, la Asamblea insta a la CDI a que estudie esta cuestión con carácter prioritario. En 1994, la Comisión finalizó un Proyecto de Estatuto para establecer un TPI de naturaleza permanente⁸. La Asamblea General, en fin, a la vista de las observaciones de los Estados al Proyecto de la Comisión, decidió crear un Comité Ad Hoc para el establecimiento de un TPI permanente⁹, que mantuvo dos sesiones y adoptó su Informe¹⁰. En diciembre de 1995, la resolución 46/11 de la Asamblea designa un Comité Preparatorio con el mandato de elaborar el texto de un convenio internacional para ser debatido en una Conferencia por representantes de los Estados.

4. El Comité Preparatorio celebró, a lo largo de 1996 y 1997, cuatro sesiones, teniendo lugar la quinta en diciembre de 1997 y en febrero de 1998 una sexta y última, preparatoria ya directamente de la Conferencia diplomática que habría de reunirse en Roma en junio. El Comité finalizó sus trabajos con la adopción de un Proyecto de Estatuto que sirvió de base a las negociaciones interestatales en la Conferencia de Roma (doc.: A/Conf.183/2/add.1, 1998)

2. La Conferencia de Roma

5. La Conferencia inició su andadura un 15 de junio y finalizó sus trabajos el 17 de julio de 1998. Cuatro semanas y dos días bastaron para adoptar un tratado internacional multilateral de carácter general en el que, por vez primera en la historia del Derecho internacional, se crea un TPI de carácter permanente. Con ello, se alcanza un hito de primera magnitud, posible sólo porque a la Conferencia se llevó un texto, elaborado por el Comité Preparatorio antes citado, fruto de cuatro años de trabajo previo y minucioso; no, no hubiera sido posible de otro modo.

No fue en todo caso fácil, porque el Proyecto de Estatuto aparecía trufado de “corchetes”, esto es, puntos de desacuerdo sobre artículos enteros o párrafos sueltos, y de textos alternativos. En Roma, hubo que rellenar esas lagunas, y no fue, decía, precisamente fácil el proceso de negociación que

⁸ *Anuario CDI*, 1994, II, Segunda Parte, págs. 28 ss. (para un comentario de conjunto sobre el mismo véase, por ejemplo: J. Crawford, “The International Law Commission’s Draft Statute for an International Criminal Court”. *American Journal of International Law*, 88 (1994) 140-152; Íd., “The ILC adopts a Statute for an International Criminal Court”, *Amer. Journal of Interna. Law*, 89 (1995) 404-416.

⁹ Resolución 49/53, de 9 de diciembre de 1994.

¹⁰ Documentos oficiales de la Asamblea General(...) suplemento 22, doc.: A/50/22

allí se desarrolló¹¹. Pero finalmente los ciento sesenta Estados participantes (amén de treinta y tres Organizaciones internacionales intergubernamentales y más de doscientas Organizaciones no gubernamentales [ONG's]), tras cuatro semanas de debates, llegaron a un acuerdo en conjunto razonable.

6. En la Conferencia de Roma, los Estados participantes se decantaron por algunas tendencias fundamentales, que, como es usual en reuniones internacionales de esta naturaleza, cuajaran en la formación, fundamentalmente, de dos “grupos”:

- El denominado “Like-Minded Group”(LMG), el Grupo, diríamos, “de los que piensan igual”, que promovió un TPI fuerte e independiente; este colectivo se había formado durante los trabajos preparatorios del Comité Ad Hoc (1994) por un reducido número de Estados de Europa occidental e Hispanoamérica, frustrados todos ellos por la oposición de las Grandes Potencias al establecimiento de un TPI que mereciera ese nombre, creció rápidamente incluyendo a Estados de todos los continentes, llegando a alcanzar la cifra de casi cincuenta y cuatro Estados, e, incluso, tras la victoria en las elecciones generales del Partido Laborista, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, se integró en el mismo, lo cual seguramente fue decisivo para el éxito final.

- Los miembros permanentes del Consejo de Seguridad asumieron una posición común (el Grupo P-5), básicamente caracterizada por la defensa de una fuerte posición del Consejo frente al futuro TPI, por la exclusión (de la definición del “crimen de guerra”) del empleo de las armas nucleares, y, en fin, por mantener en orden a la jurisdicción y poderes del Tribunal una actitud restrictiva; aunque, ya se ha apuntado, Gran Bretaña en un determinado momento, al menos en cuanto a los temas de jurisdicción, derivó hacia el otro grupo. Las posiciones del P-5 fueron contestadas por bastantes Estados si no tanto en los temas de jurisdicción y poderes del Tribunal sí en lo referente al papel del Consejo de Seguridad y a la exclusión, de la noción de “crimen de guerra”, de la amenaza de o uso de las armas nucleares.

Salvo estas dos “corrientes”, perfectamente identificables, la Conferencia se caracterizó, en expresión de Kirsch y Holmes, “por un mosaico de posiciones que desbordaban los agrupamientos políticos o regionales”¹².

¹¹ PH. KIRSCH Y J.T. HOLMES, “The Roman Conference on an International Criminal Court: The negotiating process”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 2-12.

¹² *Op. cit.* (nota 11) 4.

7. Sí debe destacarse, en todo caso¹³, la importante labor que eso que a veces se llama “sociedad civil” desempeñó en la Conferencia de Roma. En efecto, las ONG’s ejercieron en algunas cuestiones (protección de la infancia, violencia sexual en general, independencia y solidez de la figura del Fiscal por ejemplo) una fortísima presión, que tuvo, indudablemente, sus frutos, a través de dos técnicas: De un lado “utilizando” la labor de delegaciones estatales “amigas” o “simpáticas”, que acogían y defendían, previa la labor de lobby pertinente, sus postulados; y, de otro, exponiendo a la vergüenza pública de su inclusión en las listas de retardatarios y obstruccionistas que aparecían en “los Medios” a las delegaciones “antipáticas”. La influencia cada vez mayor de las ONG’s en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional parece haberse convertido en una constante de la década de los noventa.

8. Finalmente, una propuesta global (un “package deal”) de la Secretaría del Comité Plenario sobre las cuestiones pendientes de acuerdo y ultimada el 16 de julio al atardecer, pudo, tras adoptarse al día siguiente sin cambio alguno, desembocar en la adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁴.

9. Ciento veinte Estados votaron a favor, siete en contra y veintiuno se abstuvieron. España, Rusia, Francia o Gran Bretaña, por ejemplo, lo hicieron a favor; pero no ocurrió así, pongo por caso, con Estados Unidos o China. El voto en contra de Estados Unidos no debe considerarse, se han esforzado en proclamar internacionalistas y políticos o diplomáticos de ese país, como una oposición al TPI como tal, sino que se debe más bien, han sugerido los Editores-Jefe del *American Journal of International Law*, en la presentación del número 1 del volumen 93 (1999) dedicado prácticamente a esta cuestión, “al temor de que algunas características del Estatuto elaborado en la Conferencia de Roma puedan socavar los resultados de otros objetivos internacionales que los Estados Unidos consideran no son menos decisivos para el orden mundial y la protección internacional de los dere-

¹³ Como hace, entre otros, BASSIOUNI, *Op. cit.*, (supra nota 1) 170. Para un planteamiento crítico (de su excesivo “activismo”), S. Sur, “Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1 (1999) 35 ss.

¹⁴ Cuyo texto puede consultarse en el *Boletín Interno del Ministerio de Justicia* de 15 de enero de 1999 o en *Actualidad Penal. Legislación*, número 2, suplemento especial, referencia 35.

chos humanos”; y apoyan esta afirmación alegando el firme sostén de los Estados Unidos a la creación por el Consejo de Seguridad (en el que, y esto ya no lo dicen, su delegación tiene un derecho de veto) en 1993 y 1994 de los TPIY y TPIR. Sí es cierto que en la negociación anterior y en la habida en el seno de la Conferencia misma, Estados Unidos efectuó propuestas interesantes y positivas¹⁵. Con todo, es la segunda vez en poco tiempo que el Gobierno de los Estados Unidos se niega a implicarse en un tratado internacional humanitario: Todos recordaremos que este país se negó a firmar el Convenio de Oslo-Ottawa de 1997 *sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*, argumentando que son todavía necesarias para proteger en algunos lugares a sus soldados¹⁶.

3. ¿Y por qué un “tratado”

10. El Comité Preparatorio establecido por la Asamblea General resolvió articular el futuro TPI por la vía de la concertación de un *tratado internacional*, decantándose, pues, por una de las tres alternativas fundamentalmente existentes: (I) La incardinación del Tribunal en el sistema institucional de la ONU como uno de sus órganos; (II) una resolución del Consejo de Seguridad (CdS) como las que establecieron los TPIY y TPIR; y, en fin, (III) la negociación de un tratado internacional y su posterior ratificación por los Estados.

11.(I) Si bien se mira, la incardinación del TPI en la Carta de la ONU hubiera sido la solución más coherente y aún si se me apura más razonable. Y es que, como se ha podido comprobar, la ONU ha estado embebida en su concepción misma, y por otra parte esta sería también la solución ideal por la naturaleza universal que dicho órgano debería tener, y, en definitiva, su integración en la Organización permitiría contar (al menos, y no siempre es fácil, como la propia ONU cuenta) con los medios financieros y de infraestructura que aseguren su eficacia, su independencia y su permanencia.

¹⁵ Para un comentario detallado, aunque escorado ligeramente hacia la luz, de la posición del Gobierno estadounidense puede consultarse el artículo del Embajador D.J. SCHEFFER, “The United States and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 12-22.

¹⁶ BOE 13 de marzo de 1999 (vid. M^oJ. CERVELL HORTAL, “Las minas antipersonal: ¿El principio del fin?”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), 15 (1999), en prensa (aparición en noviembre 1999).

De hecho, en el debate que el Proyecto de artículos elaborado por la CDI (1994) generó en la Sexta Comisión de la Asamblea General, Estados hubo que defendieron dicha tesis. También doctrinalmente se ha propuesto, en el marco de la reforma de la Carta, claro, porque este es el problema, la creación de un nuevo órgano principal, un Tribunal Penal Internacional Permanente, para castigar los crímenes de mayor gravedad¹⁷. El mismo Congreso de los Diputados español, en el dictamen de la Ponencia creada (1995) en el seno de su Comisión de Asuntos Exteriores, para estudiar los nuevos retos y la reforma de la ONU (resolución de 24 de octubre de 1995), ha parecido sugerir esta vía al recomendar que “Las Naciones Unidas deberían estudiar el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional siguiendo el modelo creado para sancionar los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia y dotándole de recursos y medios para garantizar la eficacia de su tarea”¹⁸.

Una decisión de esta naturaleza permitiría, de una parte, contar con un TPI universalmente obligatorio, por decirlo así, pues universal es prácticamente, con sus ciento ochenta y cinco (185) Estados miembros la Organización, y, de otra, se cortaría radicalmente con la triste situación de unas Naciones Unidas que ante crímenes que repugnan a la conciencia mundial, se limitan a untar a las víctimas con el bálsamo de la asistencia humanitaria, descartando tanto la solución de fondo de estas situaciones como el castigo de sus autores. Sí, sería magnífico añadir un sexto órgano principal a los cinco que la Carta dispone, pero el problema radica, como he sugerido ya, en que tan feliz solución pasa por la previa enmienda del texto adoptado en la Conferencia de San Francisco un 16 de junio de 1945. Según sus propias disposiciones “las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los miembros de las Naciones Unidas” (con lo que el TPI eventualmente creado vincularía, como decía antes, a la sociedad internacional en su conjunto hoy existente), pero “cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los miembros de las Nacio-

¹⁷ Es el caso de M. SEARA VÁZQUEZ, *La nueva Carta de las Naciones Unidas*, Universidad Tecnológica de la Mixteca, Acatlima, Huajuapán de León, Oax, 1993 (en su anexo II, una Propuesta articulada sobre un Tribunal Internacional de Justicia Penal); Íd., “La ONU: Diagnóstico y tratamiento”, en *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, Seara Vázquez (comp.), Fondo de Cultura Económica. México 1995, 9-39 .

¹⁸ *Los nuevos retos y la reforma institucional de las Naciones Unidas*, resolución aprobada por el Pleno, Palacio del Congreso de los Diputados, 24 de octubre de 1995, págs. 43, 50.

nes Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del CdS”¹⁹. Ni que decir tiene que la dificultad del proceso desaconseja el camino; puede traerse a colación que la Carta no ha sido reformada, salvo en aspectos muy puntuales y no esenciales, pese a que viene trabajándose en ello desde hace muchos, muchos años, pero sobre todo desde que la caída del comunismo (1990-91...) abrió la esperanza, hoy claramente enterrada junto con las víctimas albanos-kosovares y serbias en los Balcanes, de un Nuevo Orden y una Nueva Organización de Naciones Unidas(...) Mundial.

12.(II) La creación del TPI mediante una resolución obligatoria del CdS ex Capítulo VII de la Carta (que se refiere a la cuestión de la paz y seguridad internacionales), en particular conforme a su artículo 25, cuenta con los precedentes que ya he citado de los TPIY (1993) y TPIR (1994). Pero es obvio que la fundamentación jurídica empleada, la creación de esos órganos judiciales como una de las medidas (seguramente ex artículo 41) que la Carta permite adoptar al CdS previa calificación por este (artículo 39) de que se ha producido una amenaza o ruptura de la paz y seguridad internacionales, no es aplicable a nuestro caso; allí el Consejo pudo determinar lo que determinó porque, en efecto, en el territorio de la antigua Yugoslavia se había y se estaba desarrollando un conflicto armado que quizás comenzó siendo interno pero que acabó internacionalizándose, y, en el caso de Ruanda, porque en el seno de una guerra civil, con flujos masivos de refugiados hacia Estados vecinos a través, pues, de las fronteras internacionales, se llevó a cabo un verdadero genocidio. No, no parece que sea posible plantear los mismos argumentos para la creación de un tribunal penal encargado de enjuiciar crímenes que se cometerán en muchos casos en el marco de un conflicto armado (internacional o interno) pero que no tendrá por qué ser así necesariamente, de un lado, y, de otro, para la creación de un órgano “permanente”, cuya jurisdicción se proyecta “sobre el futuro”, no sobre una situación presente dada; y es que no parece razonable considerar que la comunidad internacional, como ocurriera en los casos de Yugoslavia y Ruanda, se encuentra “en una situación de urgencia permanente en el sentido del Capítulo VII”²⁰.

Una resolución obligatoria del CdS no parecía la mejor salida, aun reconociendo sus aspectos positivos, que los tiene:

¹⁹ Art. 108 de la Carta (BOE de 16 y 28 de noviembre de 1990).

²⁰ L. CAFLISCH, “Réflexions sur la création d’une Cour Criminelle Internationale”, *Theory of International Law at the threshold of the 21st. century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, edit. por J. Macarczyk, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, 874.

- *De un lado*, que el Tribunal creado vincularía a todos los Estados miembros de la ONU (todos los que prácticamente existen), e incluso acaso también a los Estados no miembros, pues puede recordarse que Suiza, que no forma parte de la ONU, aplicó sin embargo las resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) por decisión, respectivamente, de su Consejo Federal de 2 de febrero de 1994 y 20 de marzo de 1995; eso sí, declaró que lo hacía “de manera autónoma”, lo que, según el profesor CAFLISCH, Director o jefe a la sazón de los servicios de asesoría jurídica internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores de ese país, quería poner de manifiesto que, no considerándose obligada por dichas resoluciones, Suiza se proponía aplicarlas “graciosamente”²¹.

- *De otra parte*, la rapidez en la adopción de una resolución del CdS es notable, pues exigiría al tratarse de una cuestión de “no procedimiento” (Carta, art. 27), dos tercios (nueve) de los quince miembros de este órgano incluyendo, eso sí, el voto afirmativo de los miembros permanentes; bueno, el voto afirmativo o, al menos, su abstención; un voto negativo (el veto) de uno de ellos impediría, claro, la resolución.

13.(III) Quedaba la vía del “tratado”, y esta se ha seguido con sus ventajas e inconvenientes: Un tratado debe negociarse en un proceso que puede ser lento, de varios años incluso, como el propio Estatuto de Roma (1998) demuestra; y, sobre todo, su obligatoriedad depende del consentimiento libremente prestado por cada Estado. Esto implica, de un lado, que el Tribunal creado tarde tiempo en ser operativo, todo el que se precise hasta que el “número crítico” de consentimientos exigido para que el tratado entre en vigor se alcance (sesenta en el caso del Estatuto, art. 126.1); de otro, y habida cuenta el pelaje de los Estados, un resultado posible consistiría en que quienes nada tienen que reprocharse posiblemente se vincularían al tratado, pero no aquellos Estados para los que resulta necesario; y, en fin, la eficacia del tratado va a depender de que se logre un número suficientemente amplio y representativo de Estados partes. Téngase en cuenta, además, por lo que a la fecha de entrada en vigor del Estatuto se refiere, que es más que posible que algunos Estados deban incluso, antes de prestar el consentimiento, reformar su Constitución, como es, por ejemplo, el caso de Francia²²; y seguramente, seguramente de algunos de sus Estados vecinos.

²¹ *Op. cit.*, (nota 20) 863 (en su nota 13) y 865 (en la nota 22).

²² Cuya “ratificación solo será posible después de revisar las disposiciones constitucionales relativas al Alto Tribunal de Justicia”(PH. WECKEL, “La Cour Penale Internationale”, *Révue Générale de Droit International Public*,4 (1998) 983. Entre otras (...), supongo: ¿Las relativas, por ejemplo, a la inmunidad de jurisdicción del Jefe del Estado? (vid. infra parágrafo 54).

En definitiva, para unos el Estatuto-tratado constituye un retroceso frente, por ejemplo, al TPIY, pues frente al “modelo de ‘integración’ judicial” que este representa, aquel no es “sino una forma inédita de ‘cooperación’ internacional en materia penal”²³; y, para otros, el tratado, y no la resolución de un órgano político como el CdS, garantiza la independencia del Tribunal al excluirse de su acto constitutivo o fundacional los criterios de oportunidad política y, en definitiva, al preservarle de los intentos de abolición si políticamente se revelara más tábano molesto que complaciente libélula de irisadas alas.

Para quien esto escribe, no es mala cosa que desde un principio se quiera averiguar la representatividad real del nuevo órgano y que este se establezca (porque el Tribunal, como la mujer del César, no sólo debe “ser bueno” sino “parecerlo”) sin sombra alguna de duda sobre su acto fundacional, con lo que quiero decir que la vía del “tratado”, amén de ser *ex ovo* respetuosa con la soberanía de quienes tienen que aceptarlo, los Estados, puede ser lo conveniente. No deberían olvidarse, y seguramente no lo hizo el Comité Preparatorio cuando eligió la fórmula convencional, las dudas que surgieron en su momento sobre la plena “constitucionalidad” (quiero decir, claro, su conformación con la Carta) de una decisión del CdS de crear, en el marco del Capítulo VII, un órgano judicial penal para el caso de la antigua Yugoslavia impuesto a los Estados miembros²⁴; en concreto, no resulta fácil decidir de dónde deriva la competencia del Consejo para atribuir a un Tribunal Penal Internacional que él impone el enjuiciamiento de actos llevados a cabo en el territorio de un Estado sin contar con una aceptación por este de la competencia de ese Tribunal, es decir, sin que el Estado en cuyo territorio el crimen se produce renuncie a su competencia en el tema²⁵. “Tratado”, pues, nos vale; eso sí rogando porque el grado de participación que el mismo genere sea bastante para asegurar su eficacia, pero esto es algo que sólo el tiempo lo dirá.

²³ WECKEL, *Op. cit.*, (nota 22) 986.

²⁴ CAFLISCH (*op. cit.* en nota 20, 865) lo sintetiza muy bien, “le souci de l’efficacité l’emporta sur ce scrupule juridique”.

²⁵ Sobre la fundamentación jurídica concreta, en el marco de la Carta de la res. 827, de 1993, del Consejo, J.B. DELGADO CÁNOVAS, *Cuestiones jurídicas que plantea la creación por el Consejo de Seguridad de la ONU de un Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, tesis doctoral (bajo la dirección de C. Gutiérrez Espada, Catedrático de Derecho Internacional Público), Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 1997, 207 ss.

14. Debo indicar, en todo caso, que siendo el TPI creado en Roma un órgano autónomo formalmente de la ONU se han tendido, sin embargo, los puentes que la lógica exigía entre uno y otra: De este modo, el artículo 2 del Estatuto de Roma determina la “vinculación” del Tribunal a la Organización; ¿la forma?: un acuerdo con la misma que concluirá en su nombre su Presidente.

4. Las características fundamentalísimas del Tribunal creado.

15. Cinco son, estimo, los rasgos fundamentales que permiten hacerse una “impresión” primera de este órgano judicial internacional: Permanencia, complementariedad, competencia restringida *ratione materiae*, *ratione personae* y jurisdicción condicionada o no automática.

16. En primer lugar, su “permanencia”, con una sede fija, La Haya, Países Bajos. A tal efecto, el Tribunal concertará con ese Estado (el “Estado anfitrión”) un acuerdo relativo a la sede que deberá aprobar la Asamblea de los Estados partes y concluir luego el Presidente en nombre de esta (Estatuto, art. 3). El Tribunal de Roma se diferencia, así, de los dos Tribunales penales Internacionales existentes, el establecido para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, órganos *ad hoc* que, un día, finalizado su trabajo, desaparecerán.

17. La denominada “complementariedad” (“La Corte... tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”, Estatuto art. 1) supone, en primer lugar, que el TPI no pretende sustituir a las jurisdicciones nacionales, es decir, que los Estados partes en el Estatuto no renuncian por ese hecho a enjuiciar según el Derecho interno y sus tribunales los crímenes de los que la Corte de Roma es *ratione materiae* competente. Pero en rigor algo más que “complementariedad” parece darse, puesto que, en el caso de concurrencia de jurisdicciones (internacional y nacional), ésta prima o prevalece (Estatuto, art. 17); debe mencionarse desde el principio (*infra* apartado III.3).

18. “Competencia restringida por razón de la materia”, porque, como veremos más adelante (apartado III.2), el TPI solo conoce de los crímenes de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto “*más graves*” (Estatuto, artículos 1 y 5.1).

19. “Competencia restringida, también, por razón de la persona”, pues

su jurisdicción se efectuará únicamente “sobre personas” (Estatuto, art. 1), y, en concreto “respecto de las personas naturales” (art. 25.1). Por tanto, no estamos hablando de responsabilidad penal de los Estados ni tampoco de la de las personas jurídicas. Ya los Estatutos del TPIY de 1993 (art. 6) y del TPIR de 1994 (art. 5) se apartaron del precedente sentado por el Tribunal de Nuremberg (1945), que no por el de Tokyo (1946), al permitir el enjuiciamiento de individuos por su pertenencia a “*organizaciones criminales*”. Francia sugirió, sin éxito, hacer lo propio en relación con el TPI.

20. La jurisdicción de la Corte de Roma, por último, no es inherente o automática, es decir, que es aceptada, y por tanto operativa, por el hecho de ser parte en su Estatuto y entre los Estados que lo son, sino que para que el Tribunal pueda funcionar es preciso, como regla general, que el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o (y repárese que se trata de una conjunción “disyuntiva”) el Estado del que sea nacional el acusado hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal (infra apartado III.3).

II. *Condicionado políticamente*

21. El TPI aparece condicionado políticamente. ¿Por quién? Por el CdS de Naciones Unidas; ¿por qué? sencillamente porque ese órgano tiene la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales según la Carta y, en muchas ocasiones, los crímenes de los que el Tribunal es competente se cometerán en el marco de un conflicto armado, sea internacional o interno, con lo que la paz estará amenazada o, pura y simplemente, habrá saltado en pedazos; ¿cómo? el condicionamiento que el TPI sufre por obra del CdS tiene doble naturaleza, una más suave, la más ruda la otra, como comprobaremos de inmediato en párrafos separados.

1. El derecho de iniciativa del CdS.

22. El TPI aparece “suavemente” condicionado por el Consejo en la medida en que este puede remitir al Fiscal, actuando con base en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, una “situación” en la que se entienda se han cometido crímenes de los que el TPI es competente (Estatuto, art. 13.b). En estos casos, el CdS utilizaría la estructura ya preexistente de la Corte de Roma para proceder a la investigación y/o enjuiciamiento de los

mismos, evitándose tener que establecer, como en 1993 y 1994, en los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, sucesivos tribunales penales internacionales ad hoc. La doctrina ha destacado generalizadamente esta idea, conectando el poder de iniciativa del Consejo con la conveniencia de evitar la proliferación de jurisdicciones internacionales de naturaleza penal²⁶; y la misma se expresó, en la Conferencia de Roma, por algunas delegaciones²⁷.

23. Es razonable, por lo demás, sostener que el TPI podría verse investido de poderes adicionales por la resolución del Consejo en la que se le remite la situación, ya explícita ya implícitamente, por ejemplo por la vía de imponer obligaciones de cooperación añadidas a las que se establecen en el Estatuto; de ser así²⁸, el Consejo generaría la coexistencia del sistema general (Estatuto de Roma) con la de una jurisdicción extraordinaria (por sus poderes acrecidos) ex Capítulo VII de la Carta.

24. Como veremos más adelante, el CdS remite “situaciones”, lo que parece excluir denuncias de crímenes y personas en concreto²⁹; y, por otra parte, también se verá como en los supuestos en los que el Fiscal actúa por

²⁶ Ad ex. K. AMBOS, “Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho penal internacional”, *Actualidad penal*, 10 (1998) 229 (traducción al español del trabajo originalmente publicado en *European Journal for International Law*, 7 (1996) 519-544; QUEL LÓPEZ, “Hacia una jurisdicción...” cit.(nota 4) 157; E. DAVID, “The International Criminal Court: What is the point?”, *International Law: Theory and practice. Essays in honour of Eric Suy*, ed. por K. Wellens, Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1998, 646; I. TALLGREN, “Completing the ‘international criminal order’: The rhetoric of international repression and the notion of complementarity in the Draft Statute for man International Criminal Court”, *Nordic Journal of International Law*, 67 (1998) 121; S. ZAPPALÀ, “Il Procuratore della Corte Penale Internazinale: Luci e ombre”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 82 (1999) 61.

²⁷ “Debería permitirse al Consejo de Seguridad remitir al Tribunal situaciones en las que pueden haberse cometido crímenes...Ello obviaría la necesidad de establecer por el Consejo nuevos tribunales ad hoc” (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sesión inaugural de 15 de junio de 1998; las declaraciones de los distintos Estados en la Conferencia pueden consultarse en Internet: <http://www.un.org/icc/speeches>)

²⁸ Sostiene ZAPPALÀ, cit.(nota 26) 61.

²⁹ O, como se ha escrito recientemente, “la palabra ‘situación’ pretenden minimizar la politización del Tribunal mediante la identificación por sus nombres de personas concretas”, M.H. ARSANJANI, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 27.

remisión de una situación por el CdS el TPI no ve condicionada su competencia al consentimiento de los Estados mencionados en el artículo 12 de su Estatuto (apartado III.3).

25. Finalmente, es conveniente añadir que aun en este supuesto, el Fiscal no se ve vinculado por la opinión del Consejo, sino que puede, en su caso, no encontrar fundamentos bastantes para iniciar investigación alguna, caso en el cual se da al CdS el derecho de pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que examine y en su caso ordene al Fiscal que reconsidere su decisión (Estatuto, art. 53.3.a); y debe indicarse, asimismo, que las reglas que regulan la admisibilidad de las denuncias presentadas (Estatuto art. 17) se aplican igualmente a este supuesto en el que la iniciativa proviene del Consejo.

2. Su poder de suspensión

26. El condicionamiento político del TPI aparece en toda su crudeza con el artículo 16 del Estatuto, según el cual el Tribunal tendrá que suspender la investigación o enjuiciamiento iniciado sobre un asunto “en el caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de las Carta de las Naciones Unidas” así lo demande. De algún modo y por entendernos, esta situación sería análoga a la que se plantearía en el Derecho interno si el Gobierno pudiera, con un acuerdo del Consejo de Ministros, ordenar al Fiscal o a los Jueces que suspendieran las investigaciones o el juicio iniciado; como es sabido, esto no ocurre ni siquiera en aquellos sistemas, el nuestro entre ellos, en los que el Ministerio Público depende jerárquicamente del Gobierno y este puede incluso “excitar su celo”.

El Estatuto de Roma ha previsto, desde luego, cataplasmas y paños calientes para la herida causada, pero a ellos me referiré en el párrafo siguiente. Ahora deseo advertir que la suspensión apuntada puede recaer sobre toda investigación o enjuiciamiento sea cual sea la iniciativa (Estado parte, CdS o Fiscal de oficio) que dio origen al mismo; y la sorpresa que a primera vista pueda causar el que el Consejo solicite la suspensión de un asunto que él mismo remitió al Tribunal, desaparece en las hipótesis en que un cambio de las circunstancias de hecho o consideraciones políticas alteran su opinión, que pasa a ser la de que no responde ya a los intereses de la paz y seguridad internacionales continuar adelante con la investigación de los presuntos crímenes.

De otro lado, la petición de suspensión puede plantearse en cualquier fase del procedimiento en curso y no solo en la instrucción, habida cuenta de los términos que el Estatuto emplea (investigación o enjuiciamiento “iniciado”...).

Y, en fin, la solicitud del CdS debe ser atendida, parece, por la Sala de la Corte pertinente, no bastando seguramente el Fiscal, aunque solo sea porque, como he apuntado ya, la petición puede efectuarse en el marco de un juicio *in actu* (...).

27. El condicionamiento político del Tribunal que *utilitatis causa* hemos denominado “suave”, no plantea verdaderos problemas, en mi opinión, y aun, en determinados supuestos, hasta puede ser positivo cuando los Estados son renuentes a llevar asuntos de esta naturaleza ante la Corte. De todas formas, si el objetivo de esta disposición es el que es (recuérdese: que el Consejo pueda, en el marco del Capítulo VII, resolver asuntos con la intervención de un tribunal internacional sin necesidad de tener que crearlo *ad hoc*), lleva razón quien ha destacado la poca coherencia que con éste guarda el permitir que el juego de las reglas de admisibilidad y concurrencia de jurisdicciones (Estatuto, arts. 17 y 90) se aplique también a los asuntos remitidos por el Consejo, dando prioridad a las jurisdicciones nacionales³⁰.

Bastante más difícil de tragar es el “rudo” condicionamiento político del Tribunal por el Consejo o, por “hablar en roman paladino”, el sometimiento del órgano judicial a los dictados del órgano político. Con todo, debe destacarse que el Estatuto de Roma ha mejorado notablemente la disposición prevista al respecto por el Proyecto de la CDI (art. 23.2): Este excluyó el juicio de cualquier proceso “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 un quebrantamiento de la paz o de un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa”, con lo que, y dada la vaguedad de sus términos, podría bastar, se ha dicho, “la mera inclusión en el orden del día del Consejo del asunto de que se trate”³¹ o que este “fuese tratado por el Consejo de Seguridad como una amenaza o ruptura de la paz”³² para dejar fuera del caso al Tribunal.

³⁰ *Ibíd.*, 28.

³¹ QUEL LÓPEZ, “Hacia una jurisdicción...” cit. (nota 4) 169.

³² G. ARANGIO-G. RUIZ, “Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati: Specie a proposito dei crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di Sicurezza”, *Rivista de Diritto Internazionale*, 81 (1998) 124 ss.

En el Estatuto, por el contrario, se introducen dos factores de corrección, aunque uno de ellos sólo sea aparente:

- Según este, y reconociéndose parcialmente una propuesta de Canadá que España apoyó públicamente incluso antes del inicio de la Conferencia de Roma³³, la suspensión de la investigación o enjuiciamiento iniciado por la petición del Consejo “no podrá exceder de doce meses”, aunque (y aquí el porqué de mi calificativo de factor de corrección sólo “aparente”) “la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones” (Estatuto, art. 16) (repárese en que no se especifica limitación alguna de las veces u oportunidades en que dicha petición puede efectuarse por el Consejo).

- El segundo factor de corrección sí me parece muy importante, en tanto en cuanto se exige que la petición de suspensión sea acordada cada vez “con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas” (Estatuto, art. 16), lo cual obliga a que la petición de suspensión cuente con el voto a favor (o al menos sin voto en contra de ninguno de ellos) de los cinco miembros permanentes del CdS, caso en el que muy mal debe estar la situación y es conveniente, por tanto, desde un punto de vista político se entiende, para la paz y seguridad internacionales, no enconarla con la investigación o enjuiciamiento en cuestión; la letra del artículo 16 es terminante en la exigencia formal de una resolución ex Capítulo VII, por lo que no serviría otro “papel”: No digo ya una carta del Presidente del Consejo, sino tampoco una resolución de este que no se adoptase en el marco de, precisamente, el mencionado Capítulo VII.

28. Siendo el que escribe iusinternacionalpublicista puede comprender lo conveniente de esta intervención³⁴, tosca y se supone que excepcional, del Consejo, pues a fin de cuentas también el TPI debe funcionar en el seno de un grupo social dado, la sociedad internacional, que tiene su propia dinámica y exigencias, y en el que la responsabilidad principal en temas de paz y seguridad (en el marco de cuya amenaza y ruptura, ya lo he dicho, los crímenes de los que el Tribunal es competente van a producirse muchas veces) es, precisamente, de ese órgano político. Y aún así, como jurista, al menos tres poderosos argumentos militan contra esa posibilidad que el Estatuto ha previsto:

³³ En este sentido, declaraciones a ABC, miércoles 10 de junio de 1999, de don JUAN ANTONIO YAÑEZ BARNUEVO, Presidente de la delegación española en Roma.

³⁴ De “*punto de equilibrio razonable*” la ha calificado, por ejemplo, ZAPPALÀ, cit. (nota 26) 85.

- No corresponde a la práctica internacional, pues en varias ocasiones ya el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) ha defendido su competencia para conocer de casos aunque el CdS haya o esté tratando sus implicaciones políticas³⁵; *a fortiori* la tendría el TPI que no trata de controversias entre Estados sino únicamente sobre la responsabilidad del individuo.

- Es absurdo que el CdS pueda impedir que el TPI prosiga una investigación o enjuiciamiento cuando, en virtud del principio de jurisdicción universal aplicable a los crímenes de los que aquel es competente, todo tribunal nacional podría ejercer su jurisdicción sobre los mismos.

- Aunque es evidente que el CdS es competente para conocer de las implicaciones políticas de un asunto, su competencia no puede tener (¿podría decirlo así?) “el efecto colateral” de desposeer la que un órgano judicial también tiene en relación con las implicaciones jurídicas del caso, máxime cuando, como aquí ocurre, estamos hablando de la violación de normas jurídicas de la máxima importancia para la comunidad internacional en su conjunto³⁶.

29. En todo caso, y como no debemos malgastar la salud dándonos de cabeza contra una pared, pues esta, por irrazonable que sea, ha sido levantada ladrillo a ladrillo por los Estados que elaboraron el Estatuto de Roma (y en él está, en su artículo 16), habría al menos que sostener una interpretación restrictiva de esta disposición, dado que en la misma se otorga a un órgano político poderes atípicos. Comprendo, y el lector lo comprobará de inmediato, que no alcanzaremos con ello mejoras revolucionarias, pero no hay más cera que la arde; una interpretación restrictiva del artículo 16 del Estatuto pasaría por dos exigencias al menos:

- De una parte, el CdS no puede solicitar arbitrariamente la suspensión de la investigación o enjuiciamiento (los juristas saben que “discrecionalidad” no equivale a “arbitrariedad”), lo que implica, en definitiva, creo yo, que solo en los casos en los que la continuación de la investigación o el

³⁵ Por ejemplo, en el asunto, entre Irán y Estados Unidos, sobre el personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, *CIJ Recueil 1980*, 21-22; en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esta, Nicaragua c. Estados Unidos, *CIJ Recueil 1986*, 434s; o en el asunto sobre la aplicación de la Convención sobre el genocidio, entre Bosnia y Yugoslavia, *CIJ Recueil 1993*, 19.

³⁶ El profesor MOHAMMED BEDJAOUI, Presidente del TIJ, ha desarrollado con particular ardor estas ideas refiriéndose en concreto a las relaciones entre el CdS y el TIJ: *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*. Bruylant, Bruselas 1994, 75-90.

enjuiciamiento de una persona provocara una crisis que pone en grave peligro la paz o seguridad jurídica internacional o desestabiliza gravemente una determinada situación política esa petición sería correcta.

- Y, de otra, la resolución del Consejo predicando la suspensión debe, aunque el texto del artículo 16 no lo diga expresamente, ir motivada, máxime en asuntos como este, en el que lo político condiciona el funcionamiento de un órgano judicial, pues, y todo jurista lo sabe también, la “motivación” de los actos jurídicos es un corolario del principio de legalidad.

III. *Con una competencia complementaria, restringida y condicionada*

1. Complementaria

30. Un TPI puede ser para muchos Estados una salida óptima que les evite la presión, en ocasiones irresistible, que ciertos delitos y sus autores (v. g. el narcotráfico) generan sobre los tribunales nacionales encargados de su procesamiento; de hecho, cuando el Representante permanente de Trinidad y Tobago se dirigió, en 1989, al Secretario General de la ONU solicitando el establecimiento de un Tribunal internacional sobre delitos de narcotráfico³⁷, una de sus preocupaciones era la inidoneidad para tratar de esta cuestión de la legislación y sistema judicial nacional. Desde esta óptica, la jurisdicción de un Tribunal así debería ser exclusiva y no complementaria con la de los jueces nacionales por esos mismos delitos o crímenes. Y, sin embargo, el Estatuto de Roma acoge el principio en virtud del cual “La Corte (...) tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales” (art. 1 y, también, en el párrafo décimo de su Preámbulo).

En rigor, el denominado “principio de complementariedad” esconde el de “subordinación”, en la medida en que, como comprobaremos de inmediato, en caso de concurrencia de jurisdicciones (la del TPI y la nacional), estas últimas se imponen; en este punto, el Estatuto de Roma se aparta de los que crearon el TPIY (art. 9) y el TPIR (art. 8), dado que en uno y en otro la concurrencia entre la jurisdicción internacional y la nacional se resolvía a favor de los respectivos tribunales internacionales: con todo, no estará de más que recuerde que el art. 9 del Estatuto del TPIY ha sido “rebajado” por el también art. 9 de su Reglamento de Procedimiento y Prueba³⁸, que reduce a tres supuestos la “atracción” del caso por el Tribunal internacional, con

³⁷ Supra, nota 7.

³⁸ Doc. NU.: IT-3, 14 de marzo de 1994.

lo que, dicho de otro modo, el Reglamento parece apuntar más a la “complementariedad” que a la “primacía” del Tribunal ad hoc.

31. En el caso de la Corte de Roma, el principio de complementariedad-subordinación se manifiesta con claridad en varios aspectos del Estatuto, en tres especialmente en mi opinión:

- En su Preámbulo y en el art. 1, por su mención *eo nomine*.

- En las normas que regulan la admisibilidad o no de un asunto (art. 17): La Corte no admitirá caso alguno que esté siendo investigado o enjuiciado por un Estado, que haya sido ya objeto de investigación con el resultado de no incoar acción penal contra la persona en cuestión, o que haya sido ya enjuiciado “por otro tribunal” (art. 17.1 en relación con el 20.3), o, y esto desborda ya el tema de la complementariedad que es el que me preocupa, cuando “el asunto no sea de gravedad suficiente...” (art. 17.1.d).

- En las disposiciones que regulan la capacidad del Fiscal para llevar a cabo de oficio investigaciones sobre los crímenes de los que la Corte es competente: Fueron no pocos los Estados que en la Conferencia se negaban a admitir la actuación de oficio del Fiscal, pues temían actuaciones “politizadas” por parte de este, dada la carga política que todo procedimiento, aun de una investigación preliminar, tiene³⁹. Como veremos con más detalle después, el Estatuto reconoció las capacidades del Fiscal para actuar de oficio, pero la sometió a ciertos controles:

a) De una parte, si este actúa de oficio (Estatuto arts. 13.c y 15), no puede iniciar investigación alguna (no digamos ya presentar cargos) sin autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.

b) Pero, de otra, tanto cuando el Fiscal actúa de oficio como cuando lo hace porque un Estado parte en el Estatuto le ha remitido un asunto, además de contar con la autorización de la citada Sala, debe, simultánea o inmediatamente al inicio de la investigación, notificarlo a la Asamblea de Estados partes y aun a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate (art. 18.1), y si transcurrido un mes desde la recepción de dicha notificación, cualquiera de esos Estados informara a la Corte “de que está llevando a cabo una investigación” sobre un nacional o una persona

³⁹ Y la práctica me brinda un ejemplo que viene al pelo: ¿tiene o no carga política la decisión del fiscal del TPIY, a finales de mayo de 1999, de cursar una orden de arresto internacional contra el Presidente yugoslavo SLOBODAN MILOSEVIC entre el fragor de las bombas de la OTAN?

bajo su jurisdicción respecto de crímenes a los que la notificación se refiere, “a petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado(...), a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal, autorizar la investigación” (Estatuto, art. 18.2).

La prioridad, pues, de las jurisdicciones penales nacionales sobre la del TPI es evidente; pero resulta especialmente llamativo, y en mi opinión muy criticable, que incluso Estados no partes (esos que el Estatuto describe como los que “ejercerían normalmente la jurisdicción...”) puedan bloquear el funcionamiento de la Corte, y especialmente sangrante sería el caso en que un Estado “parte” en el Estatuto remitiese un asunto para que el TPI lo conociese y su jurisdicción no fuera posible porque un Estado “no parte” la asumiera.

32. El principio de complementariedad⁴⁰ plantea desde luego problemas que no serán, al menos siempre, fáciles de resolver. Por ejemplo: ¿Es suficiente a estos efectos un sistema nacional “selectivo”, es decir, que en unos casos funciona divinamente pero no en otros? Pero hay algo más aún: El principio de complementariedad de algún modo pervierte la filosofía del TPI que se crea, y es que el papel de este no consiste solo en combatir la impunidad de los autores de crímenes nefandos cuando estos pretenden beneficiarse de un sistema de justicia nacional corrupto o inexistente, sino que también constituye una respuesta del Derecho internacional, de la comunidad internacional, frente a crímenes que afectan, por su gravedad y trascendencia, a todo ella; por eso, afirmar que el TPI sólo interviene cuando los Estados no quieren hacerlo supone, si bien se mira, “privar al sistema de su verdadera esencia”⁴¹. Cuando el profesor Carrillo afirma que “por definición, el crimen contra la humanidad concierne a la humanidad toda y es la comunidad internacional en su conjunto la que debe juzgarlo”, está en mi opinión (aunque después su reflexión vaya por otros derroteros más genéricos) abundando en este pensamiento⁴².

Lamentablemente, los Estados no han querido renunciar a su jurisdicción penal respecto de los crímenes más graves, y sí compartirla meramente (en el entendido de su derechos de preferencia) con la Corte Penal Inter-

⁴⁰ Sobre su génesis y valoración de conjunto, por ejemplo, TALLGREN, cit. (nota 26), págs. 119 ss.; DAVID, cit. (nota 26 también), 633-50.

⁴¹ DAVID; *Op. cit.*, (nota 26) 635.

⁴² J.A. CARRILLO SALCEDO, “La Cour Pénale Internationale: L’humanité trouve une place dans le Droit international”, *Révue Générale de Droit International Public*, 1 (1999) 23.

nacional de Roma. Con todo, no debería exagerarse la crítica hasta el punto de considerar “difícil pensar (en) que un Estado permita que un Tribunal internacional enjuicie las conductas de sus nacionales. Siempre iniciará previamente un proceso penal, quizás simulado, para evitar que caiga bajo la competencia del Tribunal penal internacional”⁴³; pensar así supone ignorar que en ese supuesto el TPI podría intervenir clarísimamente: Y es que al regularse el tema de la admisibilidad, el Estatuto determina que, pese a que un Estado esté investigando un asunto, lo haya hecho ya sin decidir acción penal alguna, o haya iniciado esta, la Corte de Roma podrá ejercer su jurisdicción si llega a la conclusión de que se ha dado una o varias de las circunstancias siguientes:

- Que “(...) la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte (...).

- “Que haya habido una demora injustificada en el proceso que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”.

- Y “que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente e imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia” (Estatuto, art. 17.2.a, b y c). Asimismo se precisa, a fin de comprobar la incapacidad de un Estado para investigar o enjuiciar un asunto, que la Corte examine si su Administración nacional de justicia puede o no “hacer comparecer al acusado”, dispone o no “de las pruebas y los testimonios necesarios” o, por otras razones, “no esté en condiciones de llevar a cabo el juicio”(art. 17.3).

De otra parte, la Sala de Cuestiones Preliminares puede decidir, pese a que un Estado parte hubiera notificado al Fiscal su intención de ocuparse del asunto, autorizar a este a que siga adelante (art. 18.2); decisión que, aunque el Estatuto no lo diga expresamente, se tomará cuando la Sala considere que la investigación o enjuiciamiento nacionales no son reales sino simulados, haciendo uso, así, de los criterios que el artículo 17 del Estatuto utiliza para regular la admisibilidad o no de un asunto dado. Sería de todas formas conveniente que en las Reglas de Procedimiento y Prueba (el Comité Preparatorio creado por la Conferencia de Roma tiene el encargo de elaborarlas antes del 30 de junio del 2000) se precisaran más nítidamente los criterios concretos que el TPI debe utilizar para proceder a comprobar la sinceridad o la idoneidad de los sistemas judiciales internos.

⁴³ Manifestaciones del Fiscal don IGNACIO GORDILLO, en el diario La Razón, 16 de abril de 1999.

33. Quizás pueda ser útil añadir que en caso de controversias entre Estados partes en el Estatuto a propósito de la aplicación del principio de complementariedad que en él se contiene, si se considera que aquellas forman parte de “*las funciones judiciales de la Corte*”, esta misma sería la encargada de darles solución (art. 119.1); podría ser importante.

2. (...) Restringida

2.1. Ratione materiae

34. Por razón de la materia, la competencia del TPI se reduce a los cuatro crímenes, si hemos de creer al Estatuto de Roma (arts. 1 y 5), “más graves de transcendencia internacional”, a saber: genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión; o, en rigor, de momento sólo a tres, pues, como veremos enseguida, la jurisdicción del Tribunal sobre el crimen de agresión se ha pospuesto al menos, me atrevería a jurarlo, por diez años.

Competencia, pues, la suya restringida sin duda⁴⁴. Y todavía más, incluso, que la prevista en el Proyecto de Estatuto del Comité Preparatorio⁴⁵, pues en este, además de esos cuatro crímenes se declaraba al Tribunal competente para conocer de “otros crímenes” incluidos en una lista de tratados en vigor aneja al texto del Proyecto: Se trataba los crímenes de *terrorismo*⁴⁶, el crimen de *apartheid*⁴⁷, de *tortura*⁴⁸; de *narcotráfico*⁴⁹, y, en fin, *los ataques contra el personal de las Naciones Unidas*⁵⁰. La jurisdicción del Tribunal sobre estos otros crímenes se supeditaba a tres condiciones:

⁴⁴ “Mínima, reducida a un núcleo duro de infracciones internacionales” en expresión de WECKEL (cit. en nota 22) 985.

⁴⁵ Doc.: A/Conf. 183/2/Add.1, arts. 5-11.

⁴⁶ Convenio de La Haya sobre apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 (BOE 15 de enero de 1973), de Montreal de 1971 sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (BOE 10 de enero de 1974), convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo sobre la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988 (BOE 24 de abril de 1992), y convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979 (BOE 7 de julio de 1984).

⁴⁷ Convenio sobre la represión y castigo del crimen de apartheid de 1973, res. de la Asamblea General 3068, XXVIII, de 30 de noviembre de 1973.

⁴⁸ Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (BOE 9 de diciembre de 1987).

⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 (BOE 10 de noviembre de 1990).

⁵⁰ Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y personal asociado de 1994 (BOE de 25 de mayo de 1999).

- Definición previa del mismo por el tratado en cuestión, es decir, que se tipificasen las conductas de manera precisa, de modo que el TPI debiera únicamente atenerse a la letra del tratado;

- la norma convencional aplicable debería aceptar para el crimen el principio de jurisdicción universal;

- y, en tercer lugar, el carácter sistemático del crimen, dado que una conducta aislada aún cubierta por el supuesto de hecho del tratado incluido en el anexo, no bastaría para “disparar” la jurisdicción del Tribunal.

En la Conferencia de Roma, estos “otros crímenes” se cayeron del Estatuto: Los de terrorismo, apartheid, tortura o narcotráfico directa y abiertamente; y, en relación con el conectado con los ataques al personal de Naciones Unidas regulado por el Convenio de 1994 (que en esas fechas no había entrado en vigor), la delegación española propuso (y consiguió) incluirlo en el marco de los crímenes de guerra (Estatuto, art. 8.1.b.III y e.III). La eliminación de estos “otros crímenes” no debería, en mi opinión, por las razones que apunto en el cierre de este apartado, ser objeto de crítica.

35. La competencia del Tribunal por razón de la materia viene formulada en términos generales en el artículo 5 del Estatuto, al enumerar los cuatro crímenes citados: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los de guerra y el crimen de agresión, dedicándose luego (arts. 6, 7 y 8) al análisis de los tres primeros. Esta formulación general merece, a mi juicio, cuatro comentarios, que expondré en párrafos distintos.

I) La inclusión o no del crimen de agresión fue objeto de duras batallas, tanto en el Comité Preparatorio como en la propia Conferencia. Para algunos (el Grupo P-5), con Estados Unidos a la cabeza, la existencia o no de una agresión sólo puede ser determinada por el CdS, por lo que el TPI no debería ser competente respecto del mismo, no al menos hasta que el Consejo hubiera calificado una determinada conducta de agresión en aplicación del Capítulo VII de la Carta; la mayoría de los Estados, sin embargo, se decantaba por la opción contraria, argumentando, no sin razón, con la existencia de un texto jurídico, adoptado por la ONU, por su Asamblea General en particular (órgano este que también puede desempeñar funciones en el tema de la paz), al que el Tribunal tenía perfecto derecho de acudir: La Definición de la agresión contenida en la resolución 3314 (XXIX) de 14 de noviembre de 1974.

Finalmente, se mantuvo formalmente el crimen pero, en la solución de compromiso global sobre los problemas pendientes que la Secretaría presentó horas antes del cierre de la Conferencia, se pospuso la jurisdicción del Tribunal sobre el mismo hasta el momento en que “*se apruebe una disposi-*

ción (...) en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará” (ejercer su jurisdicción) (Estatuto art. 5.2), con lo que venía a sostenerse la inidoneidad de la Definición existente (1974), y a la que se imputaron dos serias críticas: No contener, de un lado, una enumeración exhaustiva de todos los actos constitutivos de agresión, y, después, y yo lo destacaría, se trataba de un texto referido “a los Estados” pero no al tema, aquí en juego, de la responsabilidad internacional “de los individuos”. Y lo que es más importante, la adopción de esa disposición que desencadenaría la jurisdicción del TPI sobre los individuos culpables de una agresión se conecta con el procedimiento de enmienda del Estatuto (arts. 121 a 123), lo que, como veremos, nos lleva, como mínimo a la fecha de siete años a partir de la entrada en vigor de este. Ni aun así Estados Unidos y otros miembros permanentes del CdS pudieron aceptar la fórmula de compromiso.

II) En relación con los crímenes de guerra (art. 8), el Estatuto ha previsto la posibilidad para todo Estado “al hacerse parte en el Estatuto” de “declarar que durante un período de siete años contados a partir de la fecha en la que el Estatuto entre en vigor al respecto, no aceptará la competencia de la Corte (...) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio” (art. 124).

Esta irritante disposición (“*de transición*” la califica el citado artículo) lo es *ad personam* o, si se me permite el latín macarrónico, *ad Statum*: Estados Unidos de América es “el Nombre de la Bestia”. La propuesta global realizada por la Secretaría el día antes de finalizar la Conferencia de Roma intentaba con ella atraerse el voto de la delegación estadounidense, que había defendido, contumaz, la exigencia de que el TPI sólo pudiera actuar con la condición de que “tanto” el Estado en cuyo territorio se cometiese el crimen “como” el de nacionalidad de su autor fueran partes en el Estatuto o aceptasen su competencia para el caso. No deja de resultar sorprendente, pero esta es la tesis, supeditar la competencia del Tribunal a su aceptación ¡por el Estado de nacionalidad del acusado!; había una explicación, desde luego no jurídica, (para tan singular propuesta: Estados Unidos, cuyas fuerzas armadas se encuentran en todas las regiones del planeta, en muchos casos formando parte de operaciones para el mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria decididas por la ONU, no deseaba que sus soldados pudieran verse sometidos a la jurisdicción del Tribunal acusados de crímenes con la única condición de que el Estado en cuyo territorio estuvieran así lo quisiera, exigiendo también su propia conformidad. A fin de atraerse su incorporación al Estatuto se le ofreció excluir durante siete años la jurisdicción del Tribunal; no era un despropósito pensarlo, habida cuenta de que esa delegación presentó en la Conferencia una fórmula similar aunque más

amplia, pues los siete se alargaban hasta los diez años y, junto a los crímenes de guerra, el Estado podía excluir también de la jurisdicción de la Corte los de lesa humanidad (infra apartado III.3). No pudo conseguirse, sin embargo.

Personalmente, supeditar la jurisdicción del Tribunal a su aceptación por el Estado de nacionalidad del acusado me parece destruir el objeto y fin del mismo y, por tanto, no debería aceptarse; es de desear, en consecuencia, como el texto del mismo artículo 124 permite, que “lo dispuesto en el presente artículo sea reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”, y, naturalmente, sea reconsiderado en el sentido de eliminar del Estatuto dicha disposición.

III) La formulación general del artículo 5 no supone una relación exhaustiva de los crímenes objeto de la competencia del Tribunal, sino que, en su momento, podrán añadirse otros (por ejemplo, los de narcotráfico o terrorismo serían excelentes candidatos); eso sí, pasará hasta entonces mucho tiempo, porque en aplicación de los artículos 121 a 123 del Estatuto, y salvo el caso de las enmiendas “exclusivamente institucionales” que en el art. 122.1 se explicitan, que podrán realizarse “en cualquier momento”, sus disposiciones sólo pueden ser objeto de enmiendas siete años después de la entrada en vigor del Estatuto (art. 121.1), ya por la Asamblea de Estados partes ya por una Conferencia de revisión (art. 121.2). En ese momento, pueden enmendarse los artículos 5, 6 7 y 8 y, por tanto, la relación de crímenes de los que la Corte es competente.

El Estatuto distingue además, en cuanto a los efectos de las enmiendas, entre los artículos sobre los crímenes y los demás: En relación con estos últimos, si las enmiendas se adoptan por los siete octavos de los Estados partes serán vinculantes para todos, y el que no quiera que se vaya (“podrá denunciar el presente Estatuto”, art. 121.6); pero en el caso de las enmiendas que se refieran a los arts. 5 a 8, “entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado (...). La Corte no ejercerá competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda” (art. 121.5).

IV) Durante los trabajos del Comité Preparatorio, Estados Unidos propuso la elaboración de disposiciones escritas que ayudaran al Tribunal a interpretar los, por otra parte, largos y detallados artículos dedicados a los crímenes (genocidio, art. 6; crímenes de lesa humanidad, art. 7 y los de guerra en el art. 8); la mayoría de los Estados se oponían a dicha pretensión, o, por lo menos, expresaban sus reticencias por miedo a ver en dicha iniciati-

va un intento de restringir, por una vía indirecta y discreta, la jurisdicción de la Corte.

Finalmente, el art. 9 del Estatuto acepta los “elementos del crimen, y que estos ayuden al Tribunal a interpretar los arts. 6-8; su aprobación se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados partes en el Estatuto, y podrán ser enmendados a propuesta de cualquier Estado parte, de los magistrados (por mayoría absoluta) y del Fiscal, entrando en vigor cuando sean aprobadas por dos tercios de los miembros de la Asamblea de Estados partes. Los elementos del crimen, que ni que decir tiene (así como sus enmiendas) “serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto” (art. 9.3), tendrán que ser redactados por el Comité Preparatorio establecido por la Conferencia de Roma y estar listos antes del 30 de junio del 2000⁵¹.

36. El primero de los crímenes de los que el TPI es competente es el de genocidio (art. 6), es decir, la perpetración de conductas varias, desde las matanzas al traslado por la fuerza de niños, pasando por lesiones graves, medidas destinadas a impedir nacimientos, o tratos en condiciones que hayan de acarrear la destrucción física total o parcial, realizadas con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

Se trata del crimen internacional más claro y aceptado universalmente, en relación con el que, por tanto, hubiera podido esperarse un trato privilegiado respecto de los demás tipos: En el Proyecto de Estatuto de la CDI de 1994 (arts. 21.1.a y 25.1), la jurisdicción del Tribunal sobre el crimen de genocidio era prácticamente automática, bastando la denuncia de un Estado parte en el Estatuto y en la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio de 1948⁵², sin exigirse además la aceptación de la competencia del Tribunal por el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen y otros, como sí se exige respecto de los demás crímenes; en la Conferencia de Roma, delegaciones no precisamente favorables al rumbo que iban tomando las cosas, y deseo citar expresamente a la de Estados Unidos de América, aceptaron abiertamente la competencia “automática” e “inherente” del Tribunal para casos de genocidio.

En el Estatuto de Roma, sin embargo, no ocurre así, y para que el TPI pueda conocer de una demanda por genocidio será preciso, como para los

⁵¹ Resolución F, párrafo 6, reproducida en el Acta Final: doc.: A/Conf.183/10, 17 de julio de 1998.

⁵² *BOE* 8 de febrero de 1969.

crímenes contra la humanidad y de guerra, que el Estado en cuyo territorio tuvo lugar o el Estado de nacionalidad del acusado (bastando uno u otro) lo acepten ya por ser partes en el Estatuto ya mediante una declaración dirigida al Secretario del Tribunal para el caso en cuestión. Por lo demás, el genocidio, viejo conocido de la humanidad y desgraciadamente presente siempre⁵³, merece seguramente, por su tradición y naturaleza misma también, como en el Estatuto se ha recogido, autonomía propia respecto del género, más amplio pues y al que sin duda pertenece, de los crímenes contra la humanidad. Merece, quizás, la pena destacar que el genocidio se conecta una vez más, en la letra del Estatuto, con la destrucción de un colectivo “nacional, étnico, racial o religioso”, no “ideológico”, no “partido político determinado”, no “opositor” simplemente⁵⁴.

37. El Estatuto considera crímenes contra la humanidad la realización de conductas varias (asesinato, apartheid, la tortura, la deportación..., o cualquier otro acto inhumano de carácter similar que cause grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física) cometidas “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (art. 7.1). La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad aparece por vez primera (habiéndose criticado, como es sabido, su aparición ex post facto) en el Acuerdo de Londres (1945), que estableció el Tribunal de Nuremberg, pero en la actualidad resulta indudable su naturaleza de norma consuetudinaria internacional de carácter general, como expresamente, por ejemplo, ha reconocido la Sala del TPIY en el “asunto Tadic”⁵⁵. La definición de crimen contra la humanidad que ofrece el Estatuto de Roma (art. 7) es más amplia que la incluida en los Estatutos del TPIY y del TPIR, destacando el cuidado por definir y aclarar, en el párrafo 2 del art. 7, las conductas incriminadas; dos precisiones deseo hacer en este orden de cosas:

⁵³ Para un caso estremecedor en la mismísima década de los noventa ahí está el de Ruanda: Vid. ad ex. H. NYGREN KRUG, “Genocide in Rwanda: Lessons learned and future challenges to the United Nations human rights system”, *Nordic Journal of International Law*, 67 (1998) 165-213; R. Maison, “Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal International pour le Rwanda”, *Révue Générale de Droit International Public*, 1 (1999) 129-146.

⁵⁴ Sobre la exclusión de este crimen de los “grupos políticos”, A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED, Alzira (Valencia) 1999, 160 ss.

⁵⁵ TPIY, IT-94-I-T(jurisdicción), caso de Dusko Tadic, 10 de agosto de 1995, 30.

- De una parte, el Estatuto considera como crimen contra la humanidad “la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable” (art. 7.1.g); ha sido precisado además, para evitar la preocupación (en mi opinión excesiva y por tanto el Estatuto extrema su celo desmesuradamente) de algunos Estados de que la incriminación de los “embarazos forzados” pudiera interferir con la legislación nacional sobre el derecho a la vida de los no nacidos o con el derecho de la mujer a abortar, que, en el caso de los “embarazos forzados”, “en modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de Derecho interno relativos al embarazo” (art. 7.2.f).

- Y respecto del crimen de tortura, el Estatuto, a instancias de Estados islámicos en los que la legislación impone determinadas formas de castigo que pudieran subsumirse en la tortura y que sistemáticamente incluyen precisiones de este tipo en cuanto textos internacionales participan⁵⁶, ha precisado que “no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellos” (art. 7.2.e).

En conjunto⁵⁷, el artículo 7 del Estatuto supone un paso adelante, al ofrecer una definición más clara y moderna del crimen contra la humanidad, siendo en mi opinión destacables dos aspectos: 1º) Por una parte, la incardinación del Estatuto en la innegable tendencia actual a disociar esta figura de la de un conflicto armado *in actu*⁵⁸, puesto que no exige para considerar existente uno de tales crímenes su comisión en el marco de un conflicto armado sea este internacional o interno, sino únicamente su carácter generalizado o sistemático contra una población civil, de lo que, si bien se deduce que será precisamente en el marco de una guerra donde tales crímenes se cometerán más, no es la existencia, repito, de ésta conditio sine qua non, lo que parece confirmarse cuando en el art. 7.2.a del Estatuto, en el que se define lo que debe entenderse por “ataques contra una población civil”, se explicita que el origen de tales ataques puede provenir de un Estado “o una organización”, es decir, y por ejemplo, un grupo terrorista o insurgente o un

⁵⁶ Vid. ad ex. R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*. Universidad de Granada, Granada 1998, 90 ss.

⁵⁷ Vid. ad ex. D. ROBINSON, “Defining ‘crimes against Humanity’”, *American Journal of International Law*, 93 (1999) 43-57.

⁵⁸ Y. DINSTEIN, “Crimes against humanity”, *Theory of International Law at the threshold of the 21st. century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, editado por J. Makarczyk, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres 1996, 896 ss.

movimiento separatista, esto es, la existencia de situaciones de violencia, sí, pero que no pueden jurídicamente calificarse de conflicto armado internacional ni interno. 2º) El segundo de los aspectos destacables radica en haber incluido en la figura del crimen contra la humanidad, y precisado, conductas de la práctica contemporánea y muy alejadas de una situación de conflicto armado: Por ejemplo, el “apartheid” o “la desaparición forzada de personas” (art. 7.1.i y j y art. 7.2.h e i).

38. La definición del crimen de guerra (art. 8) incrimina conductas varias de una doble naturaleza: Por una parte las que atienden a la violación del Derecho internacional humanitario *stricto sensu* (el denominado Derecho de Ginebra), el que protege de las consecuencias de la guerra a ciertas personas o bienes, a saber, matar, torturar, deportar, destruir bienes (...) de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (art. 8.2.a), que son, en esencia, los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en campaña, los prisioneros de guerra y la población civil; por otra, el Estatuto considera como crímenes de guerra la violación del *ius in bello*, de las normas que regulan las formas, medios y métodos de guerra (el Derecho de La Haya) como, *inter alia*, dirigir intencionadamente ataques contra la población civil en cuanto tal, atacar o bombardear por cualquier medio ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no están defendidos y no sean objetivo militar, utilizar determinado tipo de armas, o (los denominados escudos humanos) “aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares (...)” (art. 8.2.b). El crimen de guerra sólo nace, por lo demás, “en particular cuando se comete como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (art. 8.1), fórmula de compromiso entre quienes deseaban castigar “solamente” los crímenes planificados y sistemáticos y quienes veían esta condición excesiva y que señala (repárese en los términos “*en particular*”) que, siendo la regla general la jurisdicción del TPI en caso de crímenes “planificados o a gran escala”, esta no se excluye tampoco en el supuesto de crímenes singulares (que resulten, debe suponerse, especialmente repugnantes). La regulación del crimen de guerra que realiza el Estatuto de Roma tiene luces y sombras que merecen un tratamiento en párrafos separados.

I) Si tuviera que sintetizar la “luz” que el artículo 8 del Estatuto despidе, yo apuntaría dos aspectos:

- El Estatuto considera también como crímenes de guerra la violación de

normas de Derecho humanitario (art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949), así como de ciertas formas y métodos de guerra en el seno *de los conflictos armados no internacionales* (art. 87.2.c y d); no es esta, sin duda, la tesis tradicional⁵⁹, pero ya el TPIY argumentó, de un modo razonablemente convincente, que “las leyes y costumbres de la guerra” en el sentido del art. 3 de su Estatuto (1993) se refieren también a los conflictos armados internos, y cita práctica internacional (desde la guerra civil española, 1936-39, hasta los conflictos más recientes en Somalia o Chechenia)⁶⁰.

- El Estatuto ha resuelto acertadamente, desde un punto de vista técnico-jurídico, la pretensión formulada durante los trabajos preparatorios de incluir como uno de los crímenes de los que el Tribunal sería competente los ataques contra fuerzas o personal de Naciones Unidas en misiones oficiales; y es que en el art. 19 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de la CDI de 1996⁶¹ se incluía esta figura, para atender el incremento en la práctica de los delitos contra integrantes de esas fuerzas en el marco de la realización de Operaciones para el mantenimiento de la paz, hasta el punto de que la propia Asamblea General de la ONU propició y adoptó la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994 (res. 49/49, BOE 25 de mayo de 1999), que ha entrado en vigor en enero del presente año, y llevó al Secretario general de Naciones Unidas a insistir, en el marco de los trabajos preparatorios del citado Código, en una protección suficiente (doc.: A/CN.4/L. 52, 104 ss); ahora bien, habida cuenta de que las fuerzas de Naciones Unidas realizan normalmente su labor en zonas de conflicto armado, ya están protegidas por las normas relativas a la población y personal civil de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos complementarios de 1977; el Estatuto de Roma, como he dicho antes, lo reconoce así, pues acepta incriminar “dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”, pero no como crimen autónomo, sino en el seno (recogiendo una propuesta de España en la Conferencia

⁵⁹ Vid. ad ex. B. SIMMA, “International human rights law and general international law: A comparative analysis”, *Collected courses of the Academy of European Law*, 4 (1995) 216 ss; L. CONDORELLI, “La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu’il soit accompli...)”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1 (1999) 12-13.

⁶⁰ Vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA, “El Derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)”, *Revista Española de Derecho Militar*, 68 (1996) 22 ss.

⁶¹ Doc. ofic. de la Asamblea General(...), doc.: A/51/10, 16-128.

de Roma) de la figura del crimen de guerra, y supeditando la incriminación de esos ataques a que esas personas o bienes “tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetivos civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados” (Estatuto art. 8.2.e.iii), con lo cual excluye aquellas situaciones, que también se dan, en las que las fuerzas o personas de Naciones Unidas se impliquen o tomen parte en las hostilidades.

II) Por lo que a sus aspectos negativos se refiere, tres críticas podrían, en principio, formularse a la regulación del crimen de guerra en el Estatuto de Roma:

- El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha señalado, por ejemplo, la incongruencia que supone el considerar como crimen de guerra “provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia...” en los conflictos armados internacionales (art. 8.2.b. xxv) y no hacerlo respecto de un conflicto armado interno, cuando la práctica moderna revela que esta es una de las “técnicas” en ese tipo de luchas empleada.

- La consideración como crimen de guerra del empleo de armas nucleares u otras (biológicas, químicas, minas antipersonas...) fue objeto de gran debate durante la Conferencia: La mayoría de las delegaciones apoyaba su inclusión, pero el Grupo P-5 se opuso tajantemente; la Secretaría de la Conferencia ofreció no incluir en el concepto de crimen a las armas nucleares ni a las minas, pero sí dejaba las químicas y biológicas⁶², pero algunas delegaciones se negaban a que las llamadas “armas nucleares de los pobres”⁶³ se tratasen en pie de desigualdad con las nucleares; finalmente, el Estatuto eliminó de la figura del crimen de guerra las armas nucleares, químicas, biológicas, las minas antipersonas y otras (láser...) que producen ceguera, al no constar entre las armas prohibidas (art. 8.2.c), a cambio de un “mecanismo” que permitiría replantearse la cuestión en una Conferencia de Revisión: Ese mecanismo figura en el artículo 8.2.b.xx, que considera como crimen de guerra “emplear armas (...) que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados” (lo que las armas nucleares indudablemente provocan), pero “a condición de que esas armas (...) sean objeto de una prohibición completa y estén incluidas en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con (...) los artículos 121 a 123”, es decir, como mínimo dentro de unos diez años (pues las enmiendas al Estatuto de este

⁶² Doc.: A/(Conf.183/C.1/L.59.)

⁶³ KIRSCH Y HOLMES: *Op. cit.*, (nota 11) 7.

tipo, lo sabemos ya, sólo pueden llevarse a cabo siete años después de la entrada en vigor del mismo. Personalmente no me parece descabellado, pues el uso de armas nucleares no es antijurídico en todas las circunstancias, en mi opinión no desde luego ante una situación de estricta y genuina legítima defensa; por lo demás, el dictamen de 8 de julio de 1996 del TIJ, ya citado anteriormente, atestigua con toda claridad la incertidumbre existente, en la medida en que, aunque el Tribunal consideró que el uso de las armas nucleares violaría “en general” el Derecho internacional humanitario, él no podía pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de su utilización “en una situación extremada de legítima defensa en que peligra la supervivencia misma del Estado”⁶⁴.

- En mi opinión, y pese a las circunstancias políticas que podrían explicarlo, una valoración estrictamente jurídica repudia abiertamente la posibilidad de que los Estados partes excluyan unilateralmente durante siete años la jurisdicción del Tribunal por crímenes de los que este es en principio competente, entre otras razones porque, como uno de los asesores jurídicos del CICR manifestara, esto “parecería indicar que los crímenes de guerra no son tan graves como los otros delitos”⁶⁵, lo cual resulta manifiestamente falso; y añadido aquí que, tal y como ha sido aprobado, la aplicación del artículo 124 puede dar lugar a un serio problema: Si ante la imputación de un crimen de guerra, el Estado de nacionalidad del acusado ha excluido la jurisdicción del Tribunal de conformidad con este artículo, pero no lo ha hecho el Estado en cuyo territorio el crimen se cometió, ¿es competente el Tribunal?; una interpretación literal diría que sí, pues se cumpliría la letra del artículo 12 (infra III.3), pero la lógica derivada de la presencia misma del art. 124 se pronunciaría por la negativa. El Estatuto calla.

39. Competencia, pues, restringida a unos pocos crímenes. No debe con todo verse en esta decisión un defecto grave, sino que hasta podría tratarse de una medida prudente. Una competencia de esta naturaleza atraerá sin duda a un mayor número de Estados, evitará solapamientos excesivos con las jurisdicciones penales nacionales y, por qué no decirlo, limitará la carga financiera de la comunidad internacional; parece, en efecto, sensato esperar que un tribunal con un esquema modesto de jurisdicción funcionará mejor que otro muy ambicioso, lo cual generará confianza, lo que a su vez quizás permitirá poco a poco ir expandiendo su competencia (...). Además, algu-

⁶⁴ *CIJ Recueil 1996*, pág. 226, párr. 105-E.

⁶⁵ M.-C. ROBERGE, “El nuevo Tribunal Penal Internacional. Evaluación preliminar”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 148 (1998) 727.

nos de los candidatos (el terrorismo o el narcotráfico por ejemplo) no parecen por el momento suficientemente cuajados en su configuración jurídica, y el Estatuto pretendió, desde los primeros trabajos del Comité Preparatorio, actuar sobre crímenes y situaciones perfectamente consolidadas y claras en la práctica internacional; de todos modos, y por lo que al terrorismo y al narcotráfico se refiere, la Conferencia de Roma adoptó una resolución incorporada a su Acta Final en la que recomendaba a la Conferencia de Revisión del Estatuto que los tuviera en cuenta para llegar a una definición aceptable y a su inclusión en la lista de crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal⁶⁶.

40. La Competencia *ratione materiae* del TPI puede desencadenarse por obra de una triple iniciativa: Por “remisión al Fiscal (...) de una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes” por uno de los Estados partes en el Estatuto (art. 13.a y 14), por “remisión de una situación”, asimismo, al Fiscal por el CdS “actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas” (art. 13.b), y, en fin, por iniciativa directa, *ex officio*, del Fiscal (art. 13.c y 15).

Es de enorme alcance que este, “que actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte,” pueda de oficio realizar investigaciones y presentar cargos contra sospechosos de cometer estos crímenes, pero sobre este extremos volveré más adelante (apartado IV.1). Ahora me interesa precisar otra cuestión: Cuando el Fiscal actúa por “remisión de una situación”, lo que puede suceder, como hemos visto, ya a iniciativa de un Estado parte ya del CdS, los términos empleados parecen sugerir se tratará de situaciones “generales” (por ejemplo, la alegación de que en el curso de un conflicto armado dado se producen violaciones graves y sistemáticas del Derecho internacional humanitario), no pudiendo, en consecuencia, un Estado parte o el CdS presentar denuncias individualizadas; esta interpretación, obtenida de la valoración de los términos en su sentido ordinario, vendría avalada por los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma al menos por lo que al Consejo se refiere: Así, el que fue vicepresidente de la delegación alemana en la Conferencia y, antes, representante de ese Estado en el Comité Preparatorio, consideró que “*no sería apropiado (...) que el Consejo pudiera someter casos individuales*” (Kaul).

Debo confesar que en el caso del CdS, sí parece obligada esta interpretación por varias razones: De un lado, porque el Consejo, que actuará, dice el Estatuto, en el marco del Capítulo VII de la Carta, cumple sus tareas

⁶⁶ Resolución E, doc.: A/Conf. 183/10, 1998.

habituales en este orden de cosas valorando también “situaciones”, no casos concretos (“situación” es, por ejemplo, el vocablo utilizado por el art. 40 de la Carta); de otro, porque el Consejo es un órgano político cuyas funciones encajan mejor con “situaciones en general” que con “crímenes específicos” y con “personas concretas responsables de los mismos”; y, en fin, porque el poder de “remisión” al TPI de casos por el Consejo está claramente inspirado en los Estatutos de los TPIY y TPIR, órganos ad hoc creados precisamente por el Consejo para someterles “situaciones” de amenaza o ruptura de la paz ex Capítulo VII. Sin embargo, ausentes estas consideraciones en el supuesto de remisiones efectuadas por un Estado parte, no existiendo disposición expresa en contra, y atendiendo al objeto y fin del Estatuto y de su TPI (destinados ambos “a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes”, afirma el párrafo quinto de su Preámbulo), tal vez pudiera sostenerse⁶⁷ que un Estado parte sí podrá llevar ante el Fiscal crímenes específicos de una o varias personas, identificando con precisión a estas.

41. Para la solución de los casos ante él planteados, el TPI aplicará su Estatuto, los Elementos del crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba, en primer lugar; los tratados y los principios y normas de Derecho internacional aplicables después (en especial el Derecho internacional de los conflictos armados); y, finalmente y en su defecto (repárese entonces, en su carácter supletorio) los principios generales del Derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluso, cuando proceda, el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre y cuando tales principios sean compatibles con el Estatuto y con el Derecho internacional y las normas y principios internacionalmente reconocidos (art. 21.1). El Estatuto precisa, incluso (valga como demostración anticipada de los que se tratará en el apartado IV), que cuando el TPI interprete y aplique para resolver un asunto el Derecho aplicable mencionado en este artículo, debe hacer ambas cosas (es decir, interpretarlo y aplicarlo) de manera “compatible con los derechos humanos, internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del art. 7 (es decir, en el sexo masculino o femenino), la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”(art. 21.3).

⁶⁷ Como ha sugerido ZAPPALÀ, cit.(nota 26) 55.

2.2. Competencia restringida también *ratione temporis*

42. El Estatuto se declara irretroactivo, siguiendo así las normas internacionales sobre la aplicación en el tiempo de los tratados (art. 28 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969, BOE de 13 de junio de 1980), y, en general, el principio básico en todo ordenamiento jurídico conforme al que, como regla general, las normas son, en su aplicación en el tiempo, irretroactivas, es decir, se aplican únicamente a los “facta futura”, los hechos que subsumibles en su supuesto de hecho acaecen después de su entrada en vigor, y los “facta pendentia”, situaciones subsumibles que nacidas antes siguen aplicándose después de su entrada en vigor, pero no a los “facta praeterita”, hechos o situaciones nacidas y muertas antes de su entrada en vigor.

43. En concreto, el Estatuto precisa que la Corte tendrá competencias “únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (art. 11.1), salvo para el caso de Estados que se vinculan a él después de esa fecha, pues para estos “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 (...)” (art. 11.2).

El TPI, por tanto, no podrá, como algunos habían deseado y aun propuesto, juzgar las dictaduras y guerras de este siglo; naturalmente⁶⁸ esto podría hacerse por parte de otros órganos internacionales creados ad hoc, siguiendo quizás los ejemplos de los TPIY o TPIR, o por tribunales nacionales actuando bajo el principio de jurisdicción universal.

3.(...) Y condicionada

44. El Proyecto de la CDI (1994) establecía una competencia inherente o automática para el TPI en el caso del crimen de genocidio, no así respecto de los otros en relación con los cuales su competencia aparecía condicionada a su aceptación (ya por ser partes en el Estatuto ya mediante una declaración *ad hoc*) por determinados Estados; respecto del genocidio bastaba la denuncia de cualquier Estado parte en el Estatuto y asimismo en el Convenio sobre el genocidio de 1948 (arts. 25.1 y 21.1.a). Pero esta orien-

⁶⁸ Como GIL GIL, cit.(nota 54) apunta, 67-68.

tación levantó no pocas críticas de algunos Estados que veían en la competencia automática del Tribunal un instrumento “para hostigar a determinado Estado con fines políticos o de propaganda, presentando con este objeto acusaciones infundadas”⁶⁹.

45. El Estatuto finalmente adoptado eliminó la competencia automática del Tribunal incluso para los crímenes de genocidio, exigiendo o condicionando, para que su jurisdicción sea posible, ya que el asunto haya sido remitido por el CdS (art. 12.2 a contrario), ya que el Estado en cuyo territorio tuvo lugar el crimen o (“o”, no “y”) el Estado de nacionalidad del acusado sean partes en el Estatuto o, de no serlo, hayan consentido que la Corte ejerza su competencia en el caso mediante una declaración dirigida al Secretario del Tribunal (art. 12.2 y 3). Repárese, entonces, que el TPI, al supeditar su jurisdicción al consentimiento del Estado donde el crimen tuvo lugar, está sometiendo su competencia, en el caso en que los autores del crimen sean las propias autoridades nacionales, precisamente al consentimiento de las mismas, lo cual es, desde la técnica del Derecho penal, bastante sorprendente; como también lo es cuando, para tener en cuenta las hipótesis en las que el crimen se comete en territorio de otro Estado, que no es parte en el Estatuto, y del que el culpable no es nacional ni uno de los órganos del mismo, condiciona al consentimiento del Estado de su nacionalidad la competencia del tribunal.

46. En estos temas, sin embargo, podría decirse, siempre se puede ir a peor. Sí, claro, porque peor hubiera sido de haberse aceptado la pretensión de los Estados Unidos. Este país, que estaba dispuesto a aceptar la competencia automática del Tribunal en casos de genocidio, exigió para los demás crímenes algún tipo de jurisdicción “consentida” (ya introduciendo cláusulas *opting in* u *opting out*, ya exigiendo el consentimiento del Estado para el caso en cuestión). Muy en particular, Estados Unidos exigió para los crímenes de guerra y contra la humanidad que el TPI sólo pudiera intervenir si el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen “y” (no “o”) el Estado de nacionalidad del acusado eran partes en el Estatuto o aceptaban la jurisdicción de la Corte para el caso en cuestión; solo de este modo, pensaba esa delegación, se evitaría una jurisdicción penal internacional exorbitante. Los temores estadounidenses son comprensibles solo a medias: Sus fuerzas armadas están en todo el mundo, es verdad, y según el Estatuto sus integrantes podrían ser juzgados por el Tribunal si el Estado en cuyo territorio

⁶⁹ Israel, Sexta Comisión de la Asamblea General, doc.: A/C.6/50/SR.28.

estas cometieran presuntamente uno de los crímenes es parte en el Estatuto ¡aunque Estados Unidos no lo sea!, lo cual supondría imponer a un Estado no parte en un tratado la jurisdicción de un órgano internacional creado por este; esto, para un internacionalista podría ser hasta una objeción razonable de no ser porque los crímenes de los que el Tribunal es competente forman parte del Derecho internacional consuetudinario y en todos los Códigos penales del mundo se sancionan, luego Estados Unidos, parte o no, en el Estatuto, tendría la obligación de proceder contra sus autores, con lo que, además, dado el principio de complementariedad en aquel contenido, evitaría en cualquier caso su intervención; ¡a no ser, claro, que el Gobierno estadounidense se proponga no aplicar su propio Derecho penal militar a los soldados que incurran en su caso en esos crímenes!; como un editorial del británico "The Economist", de 5 de diciembre de 1998, advertía lúcidamente, salvo que el Pentágono renuncie a aplicar su propia legislación penal militar, que recoge los Convenios de Ginebra de 1949, la posibilidad de que un soldado de los Estados Unidos aparezca ante la Corte es mínima. ¡Es precisamente por la gravedad de los crímenes en cuestión y su trascendencia internacional por lo que se ha creado un TPI!; sería absurdo y contradictorio hacerlo para luego condicionar su funcionamiento al consentimiento de este o aquel otro Estado.

Los Estados Unidos, por lo demás, hicieron todo lo posible por alterar el texto del que luego sería el art. 12 o suspender sus consecuencias: Por una parte, presionando políticamente al dejar caer la amenaza de que, de adoptarse este, su Gobierno tendría que inhibirse de utilizar su fuerza militar para participar en operaciones multinacionales, incluso de intervención humanitaria para salvar vidas; de otra, proponiendo que todo Estado, al incorporarse al Estatuto, pudiera excluir durante diez años la jurisdicción del Tribunal en relación con los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales, propuesta esta que en parte se recoge en el ya citado art. 124 del Estatuto; también exigir la aceptación, junto a la del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, la del Estado de nacionalidad del acusado como condición para el ejercicio por el TPI de sus competencias⁷⁰; y, en fin, proponiendo modificar lo que sería el art. 12.2 de la propuesta global realizada en el día final mismo de la Conferencia según una fórmula que estipulara la exención de la jurisdicción del Tribunal de las conductas, en principio constitutivas de un crimen, cometidas por personas respecto de las que el Estado de su nacionalidad

⁷⁰ Doc.: A/Conf. 183/C.1/(L.70, 1998.

declara se habían cometido en el cumplimiento de funciones oficiales⁷¹, con lo que Estados Unidos desplazaba el tema desde la responsabilidad penal del individuo (única contemplada en el Estatuto de Roma) al de la responsabilidad internacional del Estado, al que se aplicaría el Derecho internacional general.

47. Estados Unidos no vio satisfechas sus exigencias en temas de jurisdicción, que quedó como antes he expuesto, de conformidad con el art. 12 del Estatuto. Y aun así no puede dejar de mencionarse que, tal y como está este, permite la inmunidad de los autores de crímenes en ciertos supuestos, este por ejemplo⁷²: Una persona acusada de haber cometido un crimen de guerra durante un conflicto armado en el territorio de un Estado X, y que es ciudadano de este mismo país, huye al Estado Y; el Estado X no es parte en el Estatuto y se niega a aceptar la competencia del TPI sobre el sospechoso. A falta de competencia automática, el Tribunal no podrá tomar medidas y el enjuiciamiento sólo será posible si el CdS remite el asunto al Fiscal o si el Estado Y desea y puede llevar al sospechoso a juicio ante los tribunales nacionales, y esto, claro, solo será posible si cuenta con un sistema dotado de la legislación que permita a sus órganos judiciales el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera del territorio nacional por un extranjero, lo cual, como sabemos, ni es la regla general ni las manifestaciones legislativas extraterritoriales son bien vistas por todos (¿se lo preguntamos al Gobierno de Chile?).

Como muy gráficamente se ha escrito, el Estatuto implica “que ningún futuro Pol Pot o Pinochet que exterminen a sus conciudadanos en su propio territorio podrá ser llevado ante el Tribunal (...) si su propio país ha tenido la ‘prudencia’ de no ratificar el Estatuto de Roma (...)”⁷³; ¡pues eso!

Sólo una amplísima ratificación del Estatuto permitiría soslayar estos peligros.

IV. Y, sin embargo, es un tribunal merecedor de ese nombre

48. El Tribunal de Roma, con todos sus aspectos criticables, es, en mi opinión, un verdadero órgano judicial por la seriedad, minuciosidad y respeto de los derechos de los acusados y de las víctimas con los que va a poder, porque su Estatuto lo permite, desempeñar su labor.

⁷¹ Doc.: A/Conf. 183/C.1/L. 90, 1998.

⁷² ROBERGE, *Op. cit.* (nota 65) 728.

⁷³ CONDORELLI, “La Cour...” cit.(nota 59) 16.

1. Serio

49. El TPI es (I) un órgano independiente e imparcial, (II) razonablemente estructurado para funcionar y (III) que podrá actuar con un rigor jurídico muy aceptable en todas las fases claves de su tarea.

50.(I) La Corte de Roma está formada por dieciocho magistrados que se eligen para un mandato de nueve años sin posibilidad de reelección (Estatuto art. 36). Este número (18) ha sido calificado de “inoportuno”⁷⁴, destacándose cómo el TIJ no pasa de quince o cómo los Tribunales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda no pasaron de once⁷⁵; y si bien es posible, de un lado, que ese número puede estar rozando su límite operativo, también lo es que el Tribunal va a funcionar en Salas, mucho más funcionales y ágiles. Este número, por lo demás, puede aumentarse y disminuirse (siempre y cuando, en este último caso, no baje de los dieciocho iniciales) por decisión de la Asamblea de Estados partes en el Estatuto.

Lo más importante, sin embargo, en la composición de la Corte de Roma estriba en la pulcritud con la que se ha regulado la limpieza de las elecciones, la universalidad de la composición resultante y, en particular, su competencia y rigor profesionales: Basta leer las disposiciones del Estatuto relativas a las condiciones que deben reunir los candidatos, la presentación de las candidaturas, el desarrollo de las votaciones y mayorías requeridas, así como las condiciones que deben reflejarse en la composición resultante (Estatuto, art. 36.2 a 36.10).

Dos aspectos podrían, en este sentido, destacarse: De un lado, la exigencia de combinar la presencia en su seno de expertos en Derecho procesal y penal con los internacionalistas, conocedores de la teoría y la práctica fundamental (mente del Derecho humanitario y del relativo a los derechos humanos) puede contribuir a mejorar la calidad de la justicia (art. 36.3.b y 36.5); y, de otro, la exigencia de que esos dieciocho magistrados representen a “los principales sistemas jurídicos del mundo”, habiéndose añadido a este requisito, presente también, por ejemplo, en el Estatuto del TIJ, la necesidad de que la misma refleje (lo que evidentemente puede entenderse solo por razones no estrictamente jurídicas) una “distribución geográfica equitativa”, así como, lo que, además de estar de moda, parece más razonable, “una representación equilibrada de (...) mujeres y hombres” (repárese

⁷⁴ CAFLISCH, cit.(nota 20) 876.

⁷⁵ Hoy catorce, tras las resoluciones del CdS, respectivamente, 1166 de 13 de mayo y 1165 de 30 de abril de 1998.

en que “equilibrada” no es “paritaria”), y “la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños” (art. 38.8.a y b). Sorprende no poco, desde este punto de vista, alguna de las críticas y/o temores que el Estatuto del TPI tal y como se aprobó en Roma han suscitado: Por ejemplo, don Ignacio Gordillo, fiscal de nuestra Audiencia nacional, escribía no hace mucho⁷⁶, con referencia a los magistrados del TPI: “¿Serán independientes y sometidos única y exclusivamente a la ley (...)?”, añadiendo que “tendría que asegurarse su independencia”. Personalmente, no se qué requisitos adicionales a los que ya figuran en el Estatuto podrían establecerse para garantizar esa imparcialidad e independencia (...), francamente.

51.(II) También las disposiciones relativas a su organización básica demuestran la decisión de dar vida a un órgano judicial funcional y eficaz en el cumplimiento de sus tareas. Básicamente, su división en Secciones (Estatuto art. 34.b) y el funcionamiento de estas en Salas (art. 39) responde al principio de eficacia y división del trabajo: El Tribunal, en efecto, “*tan pronto como sea posible*” (art. 39.1), una vez elegidos los magistrados, se estructurará en tres Secciones, la de Apelaciones (Presidente y cuatro magistrados), la de Primera Instancia (no menos de seis magistrados) y la importante, como se verá, de Cuestiones Preliminares (no menos de seis magistrados); el TPI ejercerá sus funciones, a su vez, mediante Salas, que se forman desde las tres Secciones comentadas: la Sala de Apelaciones, formada por todos los magistrados que integran la Sección, la Sala de Primera Instancia, integrada por tres magistrados de la Sección correspondiente, y la Sala de Cuestiones Preliminares, formada a su vez, según lo que disponga el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, por tres o uno de los magistrados de la Sección homónima. Como se habrá ya intuido, la Sala de Cuestiones Preliminares resolverá las que de esta naturaleza se planteen, jugando, junto con el Fiscal, una labor determinante en la fase de instrucción de los asuntos (Estatuto arts. 56-58); la de Primera Instancia juzga y emite los fallos (arts. 64 ss., 74, 76); y la Sala de apelaciones se pronuncia sobre la apelación y revisión de estos (arts. 81 ss).

La seriedad del TPI viene, por lo demás, claramente enfatizada por la existencia como uno de sus órganos (art. 34) de la Fiscalía, dirigida por la figura, clave en el Estatuto, del Fiscal (art. 42). Este, que los Estados parte

⁷⁶ Diario *La Razón*, viernes 16 de abril de 1999, 13.

en el Estatuto designan en votación secreta y por mayoría absoluta para un mandato de nueve años sin posibilidad de reelección (salvo que se determine al ser elegido un período más breve), debe acreditar un alto nivel de competencia y una “extensa experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o la sustanciación de causas penales”.

En el Proyecto de la CDI (1994), el Fiscal carecía de iniciativa propia para abrir una investigación respecto de una persona sospechosa de haber cometido crímenes de los que el TPI es competente, viniendo a ser una mera correa de transmisión de las “denuncias” que presentaban los Estados partes y “las notificaciones de una decisión” del CdS (arts. 25, 26 y 23 del Proyecto). De algún modo, en el Fiscal se veía una especie de acusador particular, encargado de llevar el asunto ante el TPI tal y como el denunciante (Estado o CdS) lo planteaba; más aún, el Fiscal ni siquiera tenía un papel relevante en el desarrollo de *la investigación*, puesto que ésta se había llevado a cabo ya por las autoridades nacionales en el momento en que el Estado hubiese decidido denunciar el caso ante el Tribunal, o a través de los mecanismos de cooperación judicial; así, el texto del Proyecto de la CDI revela que “la denuncia irá acompañada de los documentos justificativos de que disponga el Estado denunciante” (art. 25.3). Al Fiscal, eso sí, se le atribuye la facultad de decidir si se abre o no la investigación y, en su caso, si se formulan o no los cargos. En el Comité Preparatorio, sin embargo, ciertos Estados consideraban imprescindible conceder al Fiscal la capacidad de iniciar de oficio investigaciones y, eventualmente, la formulación de acusaciones, a fin de no privar a la comunidad internacional de un instrumento importante en la lucha contra estos crímenes internacionales, por no decir lo incongruente que, para la técnica jurídica penal y procesal al uso en los Estados, supondría un Fiscal, permítaseme la expresión, así de “light”; “ciertos Estados”, decía, porque bastantes otros (Francia, por ejemplo, destacó mucho) se oponían a tesis tal, por miedo a acusaciones abusivas, desencadenadas por un Fiscal inconsciente de las consecuencias políticas y diplomáticas de su decisión e, incluso, ante la mera realización por parte de este de investigaciones provisionales, dado que la publicidad del asunto inquieta grandemente a los Estados. No me parecen razonables estos temores, que ligan necesariamente la imagen de un Fiscal con capacidad para actuar de oficio con la de una justicia politizada, porque en ese caso, y dado que el derecho de iniciativa del Ministerio Público existe en todo sistema jurídico moderno, todos ellos lo estarían a su vez⁷⁷.

⁷⁷ Una detallada y lúcida defensa del derecho de iniciativa del Fiscal en un Tribunal penal internacional puede consultarse en DAVID, *Op. cit.* (nota 26) 637 ss.

Afortunadamente, la Conferencia de Roma modificó el Proyecto de la CDI y permitió que el TPI ejerciera su competencia por remisión de un asunto al Fiscal por un Estado parte o por el CdS, pero también cuando el Fiscal actuando *motu proprio* decidía abrir una investigación (...) (Estatuto art. 13 y arts. 14-15). Sí, era necesario porque, como la delegación coreana manifestó en la Conferencia de Roma: “(...) de otro modo, la efectividad del Tribunal resultará gravemente afectada a la luz de la resistencia de los Estados en verse implicados en denuncias contra otros, y a la probabilidad de la parálisis del Consejo de Seguridad debido al ejercicio del derecho de veto” (sesión de 15 de junio de 1998).

Si el Fiscal actúa de oficio (art. 13.c y 15), antes de iniciar una investigación debe obtener la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 15.4); no está prevista la intervención de la Sala en los casos en que el Fiscal actúa por remisión de un asunto por un Estado parte (art. 13.a y 14) o por el Consejo de Seguridad (art. 13.b), y aunque ninguna disposición lo prohíbe, por lo que podría pensarse en la posibilidad de extender su intervención también a estos dos supuestos, habida cuenta que la Sala de Cuestiones Preliminares pretende garantizar los derechos de los acusados e investigados y esto juega en todos los casos, lo cierto es que las declaraciones estatales en la Conferencia impiden esa interpretación. Control adicional al de la Sala de Cuestiones Preliminares sufre el Fiscal al ordenársele, si actúa de oficio (art. 13.c y 15) o por remisión por un Estado parte de una situación (art. 13.a y 14) (no repárese cuando hace lo propio el Consejo de Seguridad, art. 13.b), que, una vez autorizado por la Sala, lo notifique a la Asamblea de Estados partes, así como a todo Estado que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercería normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate; y todo ello al efecto de que, si cualquiera de esos Estados informa a la Corte de que está llevando a cabo, o lo ha hecho ya, una investigación respecto de los acusados, el Fiscal se inhiba de su competencia en favor del Estado (a no ser que la Sala de Cuestiones Preliminares, a petición del Fiscal, autorice, pese a todo, que prosiga su labor)(Estatuto, art. 18.1 y 2). Aparte el caso de esta notificación ex abundante cautela política podría decirse, el control que de la acción del Fiscal ejerce la Sala de Cuestiones Preliminares no me parece *prima facie* criticable, habida cuenta de la naturaleza “jurídica y jurisdiccional”, de un lado, y, de otro, que esa especie de tutela del Fiscal que la misma ejerce puede servir para proteger a los Estados de investigaciones injustificadas, pero también al imputado, de eventuales abusos del Fiscal en la fase de instrucción; queda por saber, pero esto solo el tiempo lo dirá, si la función de supervisión de la Sala permite la realización ágil y rápida de las investigaciones.

Con controles o no, en fin, el Fiscal cumple una importantísima labor en el Estatuto: Él decide acerca de proseguir o no la investigación, y, después, de presentar cargos o no; es él el que recibe, según el art. 42 del Estatuto, las “remisiones” de Estados y del Consejo de Seguridad y “toda información” sobre los presuntos crímenes, y él los examina a fin de decidir abrir investigaciones y, en su caso, como digo, formular acusaciones. Por sistematizarlo de algún modo, son cuatro⁷⁸ los momentos procesales que caracterizan la actividad del Fiscal:

- Primero, recibe informaciones sobre la comisión de crímenes (ya por remisión de Estados o del CdS ya por otros fuentes) y actúa en consecuencia, incluso de oficio, sobre la base de “toda información sustanciada”;
- segundo, evalúa discrecionalmente esos datos para decidir o no el inicio de una investigación;
- en tercer lugar, autorizado por la Sala de Cuestiones Preliminares, desarrolla la investigación y prueba;
- y, por último, emprende la acción penal, es decir, formula las imputaciones y las presenta a la Sala de Cuestiones Preliminares para que esta confirme o no los cargos (Estatuto art. 61).

Una precisión adicional sobre la naturaleza de la figura del Fiscal tal y como se regula en el Estatuto, destacaría su configuración como Ministerio Público y órgano encargado de la defensa del Derecho y de la Justicia más que como portador de una Verdad de Parte, y que ello es así se deduce de varias reflexiones: Por ejemplo, de los cuidados democráticos, en clara búsqueda de su imparcialidad e independencia, que rodean su nombramiento, la decisión de poder ser reelegido, su mandato, la posibilidad de su remoción (...) (Estatuto, art. 42); también de la obligación del Fiscal de investigar pruebas por parte o en descargo del acusado (art. 54.1.a); o que pueda apelar fallos en interés del acusado por las mismas razones que se permite apelar a la defensa (vicios de procedimiento, error de hecho o derecho o desproporción entre la pena impuesta y el crimen cometido) y, además, por cualquier otro motivo que haya podido influir en “la justicia o regularidad” del proceso (Estatuto, art. 81.2.a); o, en fin, cuando se impone al Fiscal la obligación de respetar plenamente los derechos del acusado (art. 54.c).

52.(III) El TPI, en fin, acredita su rigor cuando el Estatuto somete en todas las fases importantes del proceso las decisiones adoptadas a una nueva revisión que permite comprobar la conformación al Derecho de la

⁷⁸ Siguiendo a ZAPPALÀ, cit.(nota 26) 54.

misma. Sírvannos algunos ejemplos de lo que quiero decir, entre otros posibles: Cuando el Fiscal decide, en los casos de “remisión de una situación” por un Estado o el CdS, que no existen indicios suficientes para iniciar una investigación, uno y otro tienen la facultad de llevar la cuestión ante la Sala de Cuestiones Preliminares para que esta reconsidere esa decisión, pudiendo esta, incluso, revisar de oficio la decisión del Fiscal en ciertos supuestos (Estatuto, art. 53.3); las decisiones de la Corte sobre su propia competencia o sobre la admisibilidad de un asunto pueden ser impugnadas por los interesados ante la Sala de Cuestiones Preliminares si dicha impugnación se realiza antes de la confirmación de los cargos, o ante la Sala de Primera Instancia si es después, precisándose que las decisiones de una u otra pueden recurrirse ante la Sala de Apelaciones (art. 19 del Estatuto, sobre todo 19.2 y 19.6); y, en fin, los fallos del TPI son apelables y revisables en las condiciones que determinan los arts. 81 a 85 del Estatuto de Roma.

2. Minucioso

53. El Estatuto del TPI regula detalladamente los más diversos aspectos de su funcionamiento, tal y como se efectúa en los sistemas jurídicos internos. Tanto que algún internacionalista, hortelanos somos de otros huertos jurídicos, han destacado como, por influencia de los especialistas en Derecho penal, el Estatuto incorpora un “formalismo no habitual en Derecho internacional”⁷⁹; “nada es verdad ni mentira (...)” ciertamente, pues como más tarde apunto, algún penalista se queja precisamente de lo contrario. Bienvenidos sean, en cualquier caso, escrúpulos tales si redundan, como aquí, en beneficio de una justicia de mayor calidad y más atenta a garantizar los derechos de víctimas y acusados. Esa loable minuciosidad de la que hablo puede ilustrarse, por ejemplo, en atención a las disposiciones estatutarias que atienden a los principios generales del Derecho penal aplicables, las penas, su ejecución y las reguladoras de la cooperación y asistencia judicial entre los Estados partes en el Estatuto.

54. Una de las críticas más contundentes que se formularon respecto de los Tribunales de Nuremberg (1945) y Tokyo (1946)⁸⁰ les acusaba, sabido

⁷⁹ WECKEL, cit.(nota 22) 991.

⁸⁰ Sobre los errores “materiales” y “procesales” cometidos con el Tribunal de Nuremberg en concreto, V. GIMENO SENDRA, “La experiencia de los ‘juicios de Nuremberg’, y la necesidad de crear un Tribunal Penal Internacional”, *La Ley*, 1 (1998) 1766 ss.(antes en nº 4457, de 14 de enero de 1998, 1-3).

es de sobra, de incumplir los principios de “*nullum crimen sine lege*”⁸¹. No quisieron los redactores del Estatuto de Roma que mácula tal enturbiara la visión del Tribunal en proyecto, por lo que en el Estatuto se formularon, a modo de Código penal en miniatura, una serie de “principios generales de Derecho penal” de carácter material o sustantivo (Estatuto, arts. 22-23); ¿los más relevantes?: Yo destacaría tres fundamentalmente:

- La competencia del TPI se reduce a los crímenes cometidos por personas naturales y mayores de dieciocho años (arts. 25 y 26).

- El cargo oficial es improcedente para eximir de responsabilidad penal o para (*per se*, dice el Estatuto) reducir la pena (art. 27); me parece importante disposición tal, que se concreta, además, con la cita de los cargos de “Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario del gobierno”, porque resulta evidente que los Estados parte renuncian con ella formal y expresamente al principio de inmunidad de jurisdicción, por ejemplo de los Jefes de Estado, tal y como se entendía en el planteamiento clásico; pocas sombras deja el Estatuto: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella” (art. 27.2)⁸².

- El Estatuto recoge en sus arts. 31-33 la regulación de las circunstancias que eximen o no de la responsabilidad, con lo que me permite efectuar el comentario siguiente: Aparentemente, el Estatuto no recoge la existencia de causas “atenuantes” de la responsabilidad, con lo que se aparta del Proyecto de Código relativo a los delitos contra la paz (...) que la CDI adoptó en 1996 y que, en sus fases iniciales, se ligó a la existencia de un TPI; en este, en efecto, para evitar las críticas que en tal sentido mereció el Proyecto inicial (1991), los arts. 14 y 15 trataron por separado las circunstancias “eximentes” y las “atenuantes”, asumiéndose la construcción penalista que considera a las primeras como factores que atienden a los “elementos constitutivos

⁸¹ A los citados y aún, puntualmente, según algunos, respecto de los establecidos para la antigua Yugoslavia y para Ruanda; por ejemplo: P. Sob, “The dynamics of International Criminal Tribunals. Perspectives on achieving affective human rights protection”, *Nordic Journal of International Law*, 67 (1998) 141 ss.

⁸² Debo, en consecuencia, calificar por lo menos de prematuras las dudas que en relación con este tema apuntaba el fiscal GORDILLO (*La Razón*, 16 de abril de 1999) cuando se preguntaba si realmente podrían ser enjuiciados por el Tribunal los jefes de Estado, para responderse a sí mismo que “parece difícil que dichos principios se hagan realidad”; y es que si esto ocurriera, que desde luego todo es posible, sería, y a esto me refería, en clara violación de obligaciones jurídicas asumidas por todos los Estados partes en el Estatuto, y a su artículo 27 me remito(...).

del delito”, mientras ubica a las segundas en el marco de “la pena y su ‘medición’”; pero en todo caso quería advertir que, como al regular las penas el Estatuto permite que su *quantum* (con respeto, sí, de los máximos fijados) pueda ser determinado por el Tribunal “según la gravedad del crimen” y “las circunstancias personales del acusado”, podría llegarse razonablemente a la conclusión de que, al menos indirecta o implícitamente, la atenuación de la responsabilidad viene contemplada en el Estatuto; y, en fin, añadiría también que la lista de eximentes (que podemos dividir, y la terminología es mía, en “puras”, las del art. 31, y “condicionadas”, las de los arts. 32 y 33) no es exhaustiva ni cerrada, dado que el Estatuto (siguiendo al art. 14 del Proyecto de Código de la CDI anteriormente referido) permite al TPI adoptar eximentes no mencionadas “siempre que dicha circunstancia se desprenda del Derecho aplicable de conformidad con el art. 21” (Estatuto, art. 31.3), y es que, como lo sucedido ante el Tribunal de Nuremberg demuestra, los abogados defensores tal vez aleguen eximentes del Derecho nacional de los acusados que el TPI tendrá que valorar tanto en cuanto a su validez general como respecto de su aplicación al caso concreto.

55. El Estatuto del TPI precisa las penas por imponer (arts. 77-80), que pueden ser privativas de libertad (como regla general no podrá exceder de treinta años, salvo en casos de extrema gravedad en los que puede decretarse la reclusión a perpetuidad, según la gravedad y las circunstancias personales del acusado) y, asimismo, multas y/o el decomiso del producto, bienes y haberes procedentes, directa o indirectamente, del crimen.

Debe señalarse que el Estatuto tuvo que precisar el art. 47 del Proyecto de la CDI, que se consideró en lo relativo a las penas privativas de libertad, en exceso genérico, no dando al culpable una idea aproximada de la duración de la misma, lo que suponía⁸³ una vulneración del principio “nulla poena sine lege”. Con todo, y aunque para un internacionalista las precisiones que el Estatuto efectúa parecen suficientes⁸⁴, los penalistas son más rigurosos: “La indeterminación de las penas es amplísima (...), creemos que los esfuerzos que se han efectuado para delimitar los crímenes internacionales podrían haberse extendido igualmente a las consecuencias internacionales de las normas penales (...)”⁸⁵; y la verdad es que, si uno repara en

⁸³ En este sentido, por ejemplo, CAFLISCH, cit.(nota 20) 884.

⁸⁴ Por ejemplo, A. PIGRAU SOLÉ, “Elementos de Derecho internacional penal”. *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1997*, Edic. de la Universidad del País Vasco-Tecnos, Madrid 1999, 167.

⁸⁵ A. CUERDA RIEZU y M^a.A. RUIZ COLOMÉ, “Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional”, *La Ley*, n.º 4724, lunes 1 de febrero de 1999, 3.

el número de los crímenes acogidos, a lo mejor los penalistas tienen razón, porque el esfuerzo no hubiese sido excesivo; ¿se deberán estos pecadillos técnicos a que los expertos en Derecho penal no han participado significativamente en la elaboración del Estatuto?⁸⁶.

Debates hubo, e intensos, sobre la inclusión o no de la pena de muerte: Los Estados que la mantienen no podían renunciar sin más para no minar su Derecho interno, por lo que fue preciso llegar a un compromiso que alumbró la delegación de Noruega: Según éste, la pena de muerte no figura entre las establecidas (art. 77) en el Estatuto, pero el Presidente de la Conferencia leyó el día final una Declaración en el Plenario, el 17 de julio de 1998, por la que se comunicaba:

“El debate habido (...) revela que no hay consenso internacional sobre la inclusión o no de la pena de muerte. No obstante, de acuerdo con el principio de complementariedad (...) los sistemas jurídicos nacionales tienen la responsabilidad primaria para investigar, perseguir y castigar a los individuos de acuerdo con su Derecho interno. A este respecto (...) debería tenerse en cuenta que la no inclusión de la pena de muerte en el Estatuto en modo alguno puede influir jurídicamente sobre la práctica y la legislación nacional con relación a la pena de muerte. Ni deberá considerarse que influyen en el desarrollo del Derecho internacional consuetudinario o en cualquier otra forma en la legalidad de las penas impuestas por sistemas nacionales por serios crímenes”.

Es decir, que una persona condenada por un crimen de los que el TPI es competente podría ser ejecutada por un Estado en el que, según su Derecho interno se admite la pena de muerte, aunque no por el Tribunal, lo cual se deduce tanto de la Declaración efectuada en la Conferencia como del art. 80 del propio Estatuto, en el que se determina que este no prejuzga lo prescrito sobre las penas por las legislaciones nacionales; y para quien, ajeno al Derecho internacional, considere que una Declaración no es un tratado, debo apuntar que, según el Derecho de los tratados (art. 31 del Convenio de Viena de 1969 ya citado), estos (y el Estatuto de Roma lo es) deben interpretarse teniendo en cuenta su “contexto”, y del contexto forma parte “todo

⁸⁶ Según CARMEN RODRÍGUEZ GÓMEZ, sí (“Desafiando a la impunidad: Un Tribunal Penal Internacional para el siglo XXI”. *Derecho penal: Implicaciones internacionales*, M^a. del R. Diego Díaz-Santo y V. Sánchez Lopez (coord.), Colex, Madrid 1999, 114).

acuerdo que se refiere al tratado y que ha sido concluido entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado” (art. 31.2.a y b del Convenio de Viena de 1969).

Por último, debe añadirse que el Estatuto de Roma se aparta, en cuanto a las penas, de lo estipulado para los TPIY (Estatuto art. 24) y TPIR (art. 23): En aquél, el texto estatutario determina directamente las penas, en estos el tribunal respectivo aplicará las penas establecidas para los crímenes en cuestión por los respectivos Derechos penales internos de Yugoslavia y Ruanda; ello fue posible, claro, porque las infracciones reprimidas internacionalmente lo estaban también, con el rigor preciso, en el Código penal yugoslavo, en vigor en todo el territorio de la antigua Federación, y, asimismo, en el Código penal ruandés.

56. El Estatuto, que establece la ejecución de las penas (art. 103.iii) en el Estado designado por el Tribunal, de entre los que se hayan ofrecido, ha previsto la posibilidad de que ninguno lo haga o el propio Tribunal no acepte las condiciones impuestas por el Estado designado: “¿Quién querrá hacerlo con criminales como Karadzic, líder de los serbio-bosnios o como el -recientemente fallecido- traficante de drogas colombiano Pablo Escobar”⁸⁷. En tal caso, el cumplimiento de la pena se llevará a cabo en el establecimiento que designe el “Estado anfitrión”, es decir, según el art. 3.1 del estatuto, el Estado de sede del Tribunal (Países Bajos).

Otra posibilidad teórica sería el establecimiento de instalaciones penitenciarias, ubicadas en áreas jurídicamente extraterritoriales, del propio TPI, aunque en este sentido tendría que haber un Estado dispuesto a consentir una instalación de esa naturaleza en su territorio; no son figuras tan raras: Se recordará que nacionales libios acusados de terrorismo van a ser juzgados en Holanda por un tribunal escocés con sede en una antigua base militar americana que, para el caso, se ha convertido jurídicamente en territorio bajo jurisdicción británica (me refiero, claro está, al asunto “Lockerbie”).

Las condiciones de ejecución, por lo demás, las determinará la legislación del Estado de ejecución, aunque el Estatuto determina ciertas exigencias: Así, la legislación nacional pertinente debe ajustarse a las normas generalmente aceptadas de los convenios internacionales sobre el tratamiento de reclusos (Estatuto, art. 106.2); y el Estado de ejecución no podrá reducir la pena impuesta, pues sólo el TPI podrá decidirlo, después de escu-

⁸⁷ KAI AMBOS, cit.(nota 26) 231.

char al recluso y tras haber cumplido éste dos tercios de la pena (o veinticinco años si fue reclusión a perpetuidad) (Estatuto, art. 110); no parecen, entonces, justificadas las dudas planteadas por algunos sobre si las penas se cumplirán realmente⁸⁸.

57. El Estatuto detalla también (arts. 86-102) las normas, tan cruciales en esta cuestión, sobre cooperación internacional y asistencia judicial. De un lado, establece para los Estados partes una obligación general de cooperar con el Tribunal (art. 86). En términos más concretos, el TPI puede dirigir a los Estados partes solicitudes de detención y entrega de una persona que se halle en su territorio (art. 89), fijando disposiciones, que atenderá el Estado requerido, para solucionar definitivamente las peticiones concurrentes (del TPI y de un Estado) (art. 90); solicitudes de detención provisional, hasta que se presente la solicitud de entrega con la documentación correspondiente (art. 92); y solicitud de otras formas de cooperación, tales como la identificación y búsqueda de personas u objetos, el interrogatorio de personas, realización de inspecciones oculares (incluso la exhumación de cadáveres y fosas comunes), la práctica de allanamientos y decomisos (...).

El Estatuto precisa que, si un Estado parte o que hubiere concertado con él, a petición de la Corte, un acuerdo en este sentido, no coopera con el Tribunal, lo comunicará a la Asamblea de Estados partes o al Consejo de Seguridad si este hubiera remitido el asunto (art. 87.5 y 87.7). Claro que, se habrá observado⁸⁹.

3. Respetuoso con los derechos de los acusados (...) y de las víctimas, naturalmente

58. Los derechos del acusado se tienen muy en cuenta en el Estatuto; no siendo penalista ni procesalista, invoco para apoyar esta impresión, que personalmente he obtenido de su lectura, la afirmación de quien sí lo es: “El Estatuto ha dado un paso decisivo en la previsión de las garantías de los justiciables, tanto por lo que se refiere a las garantías de Derecho penal material, como a los del Derecho procesal”⁹⁰, destacando en particular, según los autores citados, el principio de presunción de inocencia.

Son numerosas las disposiciones que tienen en todo o en parte ese objetivo: Así, las normas relativas al Derecho que el TPI puede aplicar (y que

⁸⁸ “¿...O asistiremos”, escribe el fiscal Gordillo en *La Razón*” del 16 de abril de 1999, “a los conocidos perdones mediante indultos o amnistías?”.

⁸⁹ Por sí no es así, SERGE SUR lo destaca (*Op. cit.* en nota 13) 43.

⁹⁰ CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMÉ, *Op. cit.*(nota 85) 4.

incluyen, recuérdese, los “principios generales del derecho penal”), las funciones del Fiscal como defensor objetivo del Derecho y de la Justicia y no solo como acusador, las que permiten impugnar y recurrir las decisiones claves en cada etapa del proceso; las que precisan las penas y las condiciones que la legislación del Estado de ejecución deben cumplir (...); significativas en este sentido por definición son las normas relativas a la apelación y revisión de los fallos condenatorios (arts. 81-86).

Los fallos pueden ser apelados por el Fiscal, alegando vicios de proceso o error de hecho o derecho, o por el condenado (o el Fiscal en su nombre) con base en los mismos motivos o “por cualquier otro (...) que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o fallo”, así como (tanto el Fiscal como el condenado o este en su nombre) alegando desproporción entre crimen y pena (art. 81.1 y 81.2); las apelaciones se elevan ante la Sala de Apelaciones (art. 83), la cual, si observa vicios procesales o error de hecho o derecho, revocará o enmendará el fallo o la pena o decretará la celebración de un nuevo juicio, y, si repara en la desproporción entre crimen y pena, puede fijar nueva pena, siguiendo las disposiciones del Estatuto para establecer estas; la Sala de Apelaciones toma su decisión por mayoría de sus cinco integrantes (Presidente y cuatro magistrados) en audiencia pública y sentencia motivada, precisándose (si no se toma por unanimidad) la consignación tanto de la opinión de la mayoría como de la minoría.

Asimismo, el Estatuto contempla disposiciones sobre la revisión de los fallos, a petición del condenado o (fallecido este) de su cónyuge, hijos, padres o quien estuviese vivo con instrucciones escritas del acusado (o el Fiscal en su nombre), siempre que nuevas pruebas aparezcan o se descubra como adulterados o falsos elementos de prueba que resultaron decisivos en el juicio; la revisión se plantea, asimismo, ante la Sala de Apelaciones que, de considerar fundada la petición, puede convocar de nuevo la Sala de Primera Instancia o mantener su competencia para, tras oír a las partes, determinar si ha de reservarse la sentencia.

Aparte estas garantías “indirectas” de los derechos procesales del acusado, debe advertirse que el Estatuto contiene disposiciones expresas que enumeran “los derechos de las personas durante la investigación” (art. 55), y “los derechos del acusado en y durante el juicio” (art. 67).

59. Algunos críticos del Estatuto sugieren que este parece dejar en el aire la indemnización de las víctimas y que “tendría que crearse un fondo para ayudar a las personas que han sufrido las consecuencias de tan graves atrocidades”⁹¹. ¡Pero si el Estatuto atiende, y claramente, a todo esto!:

⁹¹ GORDILLO, *La Razón*, 16 abril 1999.

- Su art. 75.1 determina que será el propio Tribunal el que “establecerá (los) principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes”, que “la Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación”;

- asimismo, el Estatuto ha previsto que la Asamblea de Estados partes “establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas”, al cual podrán transferirse por orden de la Corte “las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso” (art. 79.1 y 2);

- y, finalmente, que la Corte “podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario” (art. 75.2).

La creación de este Fondo será decisiva para garantía de las víctimas; el Estatuto responde bien así a la experiencia obtenida tras el genocidio en Ruanda.

V. *En suma, un Tribunal posible*

1. Los condicionantes del medio internacional

60. Que el Estatuto de Roma y el TPI por él creado nacen con importantes defectos desde un punto de vista rigurosamente jurídico me parece innegable. Si tuviera que compendiar sus principales taras en este sentido yo citaría, sin duda, y a lo expuesto en los apartados correspondientes me remito, su condicionamiento político por el CdS, en particular la facultad que este tiene de suspender (indefinidamente, parece, si fuera su deseo) investigaciones o enjuiciamientos; el efecto perverso sobre la esencia misma de un TPI que juega el principio de complementariedad; el alcance mínimo de su competencia por razón de la materia; la exclusión temporal de la competencia por crímenes de guerra al amparo del art. 124 del Estatuto; y, en fin, el condicionamiento general de su competencia a la aceptación de determinados Estados.

Solo la realidad presente de la comunidad internacional y su ordenamiento jurídico explican ese resultado, porque quedó patente, primero en los trabajos preparatorios y, más tarde, en la Conferencia de Roma misma, que los Estados se negaron a dejar fuera de estas cuestiones al CdS, se negaron a renunciar (y, a la postre, a su derecho preferente) a su jurisdicción penal sobre los crímenes internacionales objeto del Estatuto, no consi-

deraron posible ir más allá de un sistema mínimo en la competencia del tribunal por razón de la materia, intentaron (a la postre sin éxito) atraerse el apoyo de los Estados más renuentes a que sus soldados, acusados de crímenes de guerra, pudieran ser juzgados por un Tribunal internacional sin su autorización, y, en fin, no fue posible conseguir una competencia automática o inherente para el Tribunal. Sí, la realidad internacional existente explica esos defectos o, acaso, lo que es peor, los impone.

61. Por ello, el resultado alcanzado es el único posible. Pero yo diría, también, que, en conjunto, el Estatuto logrado es positivo. Esta parece ser la opinión doctrinal mayoritaria: “texto equilibrado”⁹², “a primera vista positivo”⁹³, “instrumento (...) con la solidez suficiente para asegurar un funcionamiento efectivo del Tribunal y con las salvaguardias bastantes para generar un amplio apoyo estatal...”⁹⁴; “el Estatuto (...) representa un avance sustancial respecto de otros órganos jurídicos internacionales precedentes, con los que no guarda una relación de identidad, sino como mucho de similitud”⁹⁵; y también la de órganos y funcionarios internacionales importantes, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (“acoge con satisfacción este histórico acontecimiento”)⁹⁶, o el Sr. Koofi Annan, Secretario General de la ONU (“no menospreciemos el hito que se ha marcado... [porque] hace apenas unos años nada de esto hubiera sido posible”)⁹⁷.

Personalmente, también lo creo así. Algunos medios de comunicación han reaccionado con verdadera euforia, y muchas ONG’s, por el contrario, aventan su depresión por lo que les parece un Estatuto y un TPI abiertamente “lights”; en mi opinión, ninguno de los polos de esta perspectiva ciclotímica (de la euforia a la depresión) son correctos. Ni “locos de contento” ni “insatisfechos”, diría yo, debemos sentirnos por el resultado; pero acaso, considero, más luz que sombra y mucha esperanza sin duda, porque, como el profesor Carrillo Salcedo manifestara en la tercera de ABC, un 21 de julio de 1998, este es “un instrumento jurídico que no es fruto de la victoria en una guerra, sino del esfuerzo de la comunidad internacional en su conjunto”; sí, esta es la clave, el Estatuto no nace, como los de Nuremberg o Tokyo, de una cruenta guerra que juzgan los vencedores, ni, tampoco, de

⁹² WECKEL, cit. (nota 22) 993.

⁹³ ROBERGE, cit.(nota 65) 724.

⁹⁴ KIRSCH y HOLMES citados(nota 11) 11.

⁹⁵ CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMÉ: *Op. cit.* (nota 85) 4.

⁹⁶ Comunicado de prensa n° 98/27, 18 de julio de 1998.

⁹⁷ Declaraciones al diario *El Mundo*, de 25 de julio de 1998, 4-5.

la urgencia de la respuesta a tanta sangre derramada en un conflicto armado (internacional o civil) como los establecidos para la antigua Yugoslavia o Ruanda, sino de la negociación y el acuerdo entre ciento sesenta Estados (y son ciento ochenta y cinco los que existen). Esto es muy importante, porque la adopción del Estatuto de Roma demuestra sobre todo que está emergiendo en la comunidad internacional un consenso (fruto del convencimiento y no de la imposición) sobre la necesidad de perseguir y castigar (por tribunales nacionales y, si no, por uno internacional, pero hacerlo) a las personas que cometan crímenes atroces.

2. ¿Con un “futuro” mejor que su “presente”?

62. Sí, sin duda. El TPI puede mejorarse, porque no existen obstáculos técnico-jurídicos que impidan corregir todos y cada uno de los defectos apuntados, ya por la Asamblea de Estados partes ya en una Conferencia de Revisión. Dependerá, claro es, de la voluntad política de los únicos que pueden hacerlo: Los Estados. Algo más de setenta lo habían firmado a fines de enero de 1999, después tendrán que irlo ratificando; pasarán, con todo, algunos años hasta que se haya depositado el instrumento “crítico” de prestación del consentimiento, el sexagésimo, que abra la compuerta al flujo de derechos y obligaciones para los Estados partes en él contenido.

El proceso de prestación del consentimiento al Estatuto, por lo demás, puede dilatarse en el tiempo y aun entorpecerse con base en tres reflexiones:

- Al primero ya me he referido anteriormente, cuando apunté que no serán ni uno ni dos los Estados obligados, antes de la prestación de su consentimiento al Estatuto y para poder hacerlo de manera regular, a modificar su Constitución.

- De otra parte, el Estatuto prohíbe la prestación del consentimiento con reservas (art. 120), lo cual me parece fantástico, de un lado porque los crímenes en él regulados son tan graves y tan pocos que o se aceptan tal cual o no, y, de otro, porque, si bien las reservas tienen su “luz”, proyectan también sobre la seguridad jurídica ominosas “sombras”⁹⁸, pero sí reconozco que la prohibición de acceder al tratado sin la posibilidad de excluir y/o modificar alguna o algunas de sus disposiciones puede alejar del Estatuto a algunos Estados.

⁹⁸ Vid ad ex. C. GUTIÉRREZ ESPADA, *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 330 ss.

- Y, finalmente, corren persistentemente extraños rumores (nos ha susurrado recentísimamente el profesor Condorelli)⁹⁹ acerca de verdaderas campañas de proselitismo que oscuras fuentes (si esto es cierto, entiendo que no serían tan misteriosas) están lanzando sobre ciertos grupos de Estados para que no vean en la ratificación del Estatuto de Roma algo prioritario, que reflexionen y se tomen su tiempo, que esperen a que el griterío un poco histérico (los adjetivos son de mi exclusiva responsabilidad) de las ONG's se vaya apagando (...), hasta el silencio; ¿tendrán que ver estos espectros con la advertencia que hizo¹⁰⁰ el profesor Meron (por cierto, miembro de la delegación de los Estados Unidos en la Conferencia de Roma) de que es muy real la posibilidad de que este país pueda trocar su despego hacia el Estatuto por una "hostilidad activa"? Como el colega italiano anteriormente citado exclama, "Dios no lo quiera".

63. Lo primero que debe vigilarse es que lo conseguido no se distorsione. Sabido es que el Comité Preparatorio creado por el Acta Final de la Conferencia de Roma tiene ahora que elaborar una larga lista de instrumentos que permitan que el Tribunal pueda empezar a funcionar y a desarrollar plenamente sus competencias¹⁰¹. Los más importantes son las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen; y si el Comité Preparatorio cae en la tentación de ampliar, abierta o sigilosamente, la defensa que de la soberanía de los Estados se acoge ya en numerosas disposiciones del Estatuto, el TPI, como la Ciudad de Ray Bradbury (*Fahrenheit 451*), "chirriará, girará sobre sí mismo (...), y caerá muerto".

64. Debemos aprovechar la oportunidad presente¹⁰². ¡Ojalá un día podamos, incluso, apartar de nosotros esa "cruel ironía"¹⁰³ de que el particular, la víctima de los crímenes, no pueda iniciar de manera formal, él precisa-

⁹⁹ CONDORELLI, "La Cour..." cit.(nota 59) 8-9.

¹⁰⁰ *The Washington Post*, 13 de octubre de 1998.

¹⁰¹ Lista que puede consultarse en la resolución F incorporada al Acta Final: doc.: A/Conf. 183/10/ 1998.

¹⁰² Porque estoy de acuerdo con Lucius Caflisch en que "nunca como ahora se han dado condiciones tan propicias para el triunfo de una justicia penal realmente internacional y permanente"(Op. cit. [nota 20] 890).

¹⁰³ Escribieron M. REISMAN y KOVEN LEVIT, refiriéndose a la protección de los derechos humanos en general("Reflections on the problem of individual responsibility for violations of human rights", en Cançado Trindade (Editor): *The modern world of human rights. Essays in honour of Thomas Buergenthal*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José (Costa Rica) 1996, 421).

mente, un procedimiento ante el Tribunal. No será fácil, pues el Derecho internacional penal genera y plantea problemas muy complejos, pero es llegada la hora de exigirnos un esfuerzo de reflexión muy serio, al cual estamos convocados, por delante de cualquier otro, los especialistas en ambas disciplinas, pues, habiendo llevado a cabo en esta materia “una función motriz”¹⁰⁴, no podemos en esta hora decisiva abandonar el convoy.

Es nuestra responsabilidad conseguir que se consolide y triunfe, porque con ello el Tribunal de Roma será bastante más que esa coartada con la que algunos Estados intentan, renuente y cicateramente, acallar su mala conciencia ante el hambre y sed de justicia de tantas personas. Es nuestra responsabilidad, porque solo así se alcanzará una exigencia universal: La protección de las víctimas, de los que un eximio escritor español contemporáneo ha denominado “*Los Santos Inocentes*”.

¹⁰⁴ PIGRAU SOLÉ, cit.(nota 84) 176.

