

LA CONTRIBUCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA (1998) SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Cesáreo Gutiérrez Espada

Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Recordando (...) El Estatuto de Roma. El denominado Derecho internacional humanitario.*—II. *La contribución del Estatuto de Roma (1998) a la consolidación y desarrollo del Derecho internacional humanitario sustantivo:* 1. Aclara y precisa crímenes básicos, ratificando su enjuiciamiento y castigo internacionales: A) El genocidio. B) Crímenes contra la humanidad. C) Crímenes de guerra. 2. Y lo hace por una doble vía: El Estatuto y los Elementos del crimen.—III. *La contribución del Estatuto al control del cumplimiento del Derecho internacional de los conflictos armados:* 1. La jurisdicción de la Corte es complementaria. 2. La Corte Penal Internacional es, sin embargo, según el Estatuto, un verdadero Tribunal. 3. Según el Estatuto, sí, pero de conformidad también con otros «instrumentos» y «reflexiones».—IV. *Existen, desde luego, lagunas, pero en conjunto el Estatuto de Roma contribuye positivamente a la consolidación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.* 1. ¿Lagunas?: Sí, sin duda. A) Su artículo 124. B) Una jurisdicción condicionada. C) La agresión pospuesta. D) El control político del Consejo de Seguridad. 2. Pero en conjunto un paso adelante para el Derecho internacional humanitario. 3. Estatuto es positivo (...) así como está, claro, sin cambios (Sobre las propuestas de los Estados Unidos de junio de 2000 y su carácter destructivo).—V. *Si el Estatuto fracasa, su derrota contaminaría al derecho internacional de los conflictos armados.*

I. RECORDANDO (...): EL ESTATUTO DE ROMA (1998). EL DENOMINADO DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. Comencemos con un breve recordatorio de los dos aspectos fundamentales del presente trabajo: El Estatuto de la Corte Penal Internacional es uno; el denominado Derecho internacional humanitario el otro.

2. El Estatuto que crea una Corte Penal Internacional es un tratado que se adopta en Roma el 17 de julio de 1998¹, en una Conferencia internacional en la que participaron, amén de varias Organizaciones internacionales intergubernamentales y numerosas Organizaciones no gubernamentales, la gran mayoría de los Estados existentes.

Con él se establece un tribunal de justicia internacional permanente, al que se otorgan competencias para enjuiciar y castigar (incluso con la pena de reclusión a perpetuidad) a individuos (mayores de dieciocho años) culpables de cometer algunos de los crímenes internacionales que se han considerado de mayor gravedad. Imaginen que pueden «ver» lo que acabo de decirles, y, si es así imaginen tres subrayados en el párrafo, que encierra la esencia misma de este, en mi opinión, importantísimo órgano judicial internacional: *Permanencia, responsabilidad penal individual, crímenes internacionales más graves.*

La creación, con el Estatuto de Roma, de un Tribunal, una Corte Penal Internacional por respetar la terminología estatutaria, en julio de 1998 constituye el precipitado último de un largo proceso². El funcionamiento de un tribunal internacional destinado a enjuiciar los crímenes de guerra más atroces, incluyendo los que en su momento se llamaron crímenes contra la paz y la humanidad, se remonta, como es sabido, a finales de la segunda guerra mundial con los Tribunales de Nuremberg (1945) y Tokio (1946). Pero cumplida su labor, cayó sobre el tema un prolongado silencio que solo con el establecimiento por el Consejo de Seguridad de la ONU de un Tribunal

¹ Doc.: A/CONF.183/9, de 17 julio 1998. También en *Actualidad Penal. Legislación*, núm. 2, suplemento especial, referencia núm. 35; o en *Boletín interno del Ministerio de Justicia* de 15 de enero de 1999.

² Sobre la Corte Penal Internacional en perspectiva histórica, *vid.* BASSIOUNI, C., «The journey to a Permanent International Criminal Court», *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorum-que Liber: Paix, développement, démocratie. Peace, development, democracy*, Bruylant, Bruselas, 1998, vol. I, pp. 151-174; VON HEBEL, H. A. M., «An International Criminal Court. A historical perspective», *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, edit. por H. A. M. von Hebel, J. G. Lammers y J. Schukking, T. M. C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 13-38.

Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) fue roto³. La importancia en este asunto de ambos órganos judiciales es innegable, como doctrina muy numerosa ha destacado ya, aunque sólo sea por el vigoroso impulso político que su creación supone en el proceso de conseguir una jurisdicción penal internacional de carácter permanente; no puede, en todo caso, pasarse por alto que estos tribunales *ad hoc*, en funcionamiento, han demostrado por fin que el castigo de quienes cometen gravísimos crímenes contra el Derecho internacional no es una quimera propia del Reino de la Utopía Feliz sino una crudísima y efectiva realidad⁴. Con todo, la comunidad internacional no podía seguir creando, cada vez que se dieran las condiciones, nuevos tribunales *ad hoc*, pues no está aquella precisamente para derrochar tiempo, dinero y personal, ni tampoco para permitirse asumir el riesgo de la generación de «jurisprudencias» contradictorias.

En 1989, la Asamblea General de la ONU pide a su Comisión de Derecho Internacional (CDI) que establezca una Corte Penal Internacional⁵. En 1993, la Asamblea insta a la CDI a que estudie la cuestión con carácter prioritario. En 1994, la Comisión finalizó su Proyecto de Estatuto para establecer una Corte Penal Internacional permanente⁶. La Asamblea General, tras las observaciones de los Gobiernos a este Proyecto, decidió crear un Comité *ad hoc* para el estudio definitivo del tema⁷. Éste mantuvo dos sesiones y adoptó su Informe⁸. En diciembre de 1995, la Asamblea General (res. 46/11) designa un Comité Preparatorio con el mandato de elaborar el texto de un tratado para ser debatido en una Conferencia internacional de plenipotenciarios.

³ Res. 827, 25 de mayo de 1993 (BOE del 24 de noviembre) y res. 955,8 de noviembre de 1994 (BOE de 24 de mayo de 1995).

⁴ En esto radica, para R. BADINTER, «el verdadero éxito en el activo de los tribunales *ad hoc*» («Pour une Cour Criminelle Internationale», *Boutros Boutros-Ghali Amicorum...* cit. (nota 2), vol. I, pp. 109-133, en p. 122).

⁵ Res. 44/39, de 4 de diciembre.

⁶ *Anuario CDI*, 1994, vol. II, Segunda Parte, pp. 28 y ss.

Para un comentario de conjunto sobre este Proyecto, CRAWFORD, J., «The International Law Commission's Draft Statute for an International Criminal Court», *The American Journal of International Law*, 88 (1994), núm. 1, pp. 140-152; Id., «The International Law Commission adopts a Statute for an International Criminal Court», *American Journal of International Law*, 89 (1995), núm. 2, pp. 404-416.

⁷ Res. 49/53, 9 de diciembre de 1994.

⁸ Documentos Oficiales de la Asamblea General (...), suplemento 22, doc.: A/50/22.

El Comité Preparatorio celebró a lo largo de 1996 y 1997 seis sesiones, culminando sus trabajos con la adopción de un Proyecto de Estatuto que sirvió de base a las negociaciones en la Conferencia de Roma⁹.

La Conferencia inició su andadura un 15 de junio y finalizó sus trabajos el 17 de julio de 1998. Bastaron cuatro semanas y dos días para adoptar un tratado internacional multilateral de carácter general en el que, por primera vez en la historia del Derecho internacional, se crea un Tribunal Penal Internacional permanente. No fue 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 allí se desarrolló¹⁰, pero finalmente los ciento sesenta Estados participantes, las diecisiete Organizaciones internacionales y las más de cien Organizaciones no gubernamentales¹¹, tras cuatro semanas largas de debate, llegaron a un acuerdo en conjunto razonable.

Algunos medios de comunicación reaccionaron, conocido el texto final del Estatuto, con verdadera euforia y muchas ONG's, por el contrario, lloran su depresión por lo que califican de una Corte Penal Internacional blanda. Personalmente creo que ni lo uno ni lo otro, pero acaso más luz que sombra emana del Estatuto. Y es que éste nace no como ocurriera tras la segunda guerra mundial como la manifestación judicial del *vae victis*, en la que los vencedores pasan a los vencidos la factura de sus acciones (pero no de las suyas propias), ni con la urgencia de una respuesta a tanta sangre derramada en luchas atroces como en Yugoslavia o Ruanda, sino que nace, la Corte de Roma, del acuerdo al menos de los ciento veinte Estados que votaron a favor del Estatuto (sólo siete lo hicieron en contra, absteniéndose veintiuno), es decir, de la gran mayoría de los que habitan el planeta. Y esto es muy importante, porque demuestra la emergencia en la sociedad internacional de un consenso, que es fruto del convencimiento y no de la imposi-

⁹ Doc.: A/Conf. 183/2/add. 1 (1998).

¹⁰ Vid. *ad ex*. GUTIÉRREZ ESPADA, C. («Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional [Roma 1998]»), *Carthaginensia (Revista de estudios e investigación del Instituto Teológico de Murcia OFM, Universidad de Murcia)*, vol. XVI, núm. 29 (enero-junio 2000), pp. 83-137, en pp. 85 y ss.) y la bibliografía citada; KIRSCH, Ph. y HOLMES, J. T., «The Roma Conference on an International Criminal Court. The negotiating process», *American Journal of International Law*, 93 (1999), núm. 1, pp. 2-12; YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Balance y perspectivas», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, edic. de Quel López, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 17-28, en 21 y ss. sobre todo.

¹¹ Una lista de los participantes en A/Conf.183/10, de 17 de julio de 1998, anexos II-IV.

ción, sobre la necesidad de perseguir y castigar, por tribunales nacionales y si no por uno internacional, a las personas capaces de cometer contra sus iguales crímenes feroces.

3. Es hoy terminología habitual la que denomina como *Derecho internacional humanitario* al conjunto de los principios y normas del Derecho internacional que regulan el desarrollo de los conflictos armados, ya sean éstos internos ya internacionales.

Dicho término, sin duda asentado sólidamente, no me parece suficientemente descriptivo. En realidad, el Derecho internacional relativo a los conflictos armados, o Derecho de los conflictos armados sin más, tiene dos partes diferenciadas: De un lado las normas relativas a los medios, modos y métodos de hacer la guerra, que atienden fundamentalmente a regular la utilización de cierto tipo de armas o métodos de guerra, y, de otro, las normas que pretenden la protección de determinadas categorías de personas respecto de los efectos de un conflicto armado (Derecho internacional humanitario *strictu sensu*).

En todo caso, y advertido esto, puedo añadir que el Derecho internacional humanitario en sentido estricto, básicamente integrado por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos, de Ginebra también, I y II de 8 de junio de 1977¹², no sólo se ocupa de establecer normas de fondo o sustantivas que atienden a las medidas de protección, en una situación de conflicto armado, de la población civil, o de las fuerzas beligerantes heridas o enfermas, o del trato a los prisioneros de guerra, sino que, asimismo, determina la responsabilidad de los individuos que vulneran sus disposiciones¹³. Pero es conveniente matizar algo más:

¹² Convenio para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BOE 23 de agosto de 1952), Convenio para mejorar la suerte de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BOE 26 de agosto de 1952), Convenio relativo al trato de prisioneros de guerra (BOE 5 de septiembre de 1952) y Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (BOE 2 de septiembre de 1952).

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección a las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y Protocolo adicional (...) de los conflictos armados sin carácter internacional (BOE 26 de julio de 1989 y corr. errores de 7 y 9 octubre).

¹³ Vid., respecto de España, PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Consideraciones sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario. Con especial referencia a su aplicación en el orden interno», *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y Derecho internacional*, Bruylant, Bruselas, 1997, vol. 2, pp. 1087-1113; y para una síntesis de la práctica de otros Estados vid. DAMROSCH, L. F., «Enforcing International Law through non-forcible measures», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tomo 269 (1997), pp. 9-250, en pp. 215-227; ORIHUELA CALATA-YUD, E., «Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales», *Cre-*

(i) En el caso de los *conflictos armados internacionales*¹⁴, esta afirmación es indiscutible. Tanto los Convenios de Ginebra de 1949 como el Protocolo I de 1977 establecen la responsabilidad penal internacional del individuo por «infracciones graves» de sus disposiciones. Son infracciones graves los actos enumerados en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios de Ginebra¹⁵ y, asimismo, otros actos que se enumeran en el artículo 85.3 y 85.4 del Protocolo I¹⁶.

Los Convenios y el Protocolo I tipifican, pues, los crímenes internacionales, pero dejan su enjuiciamiento y castigo a los tribunales de los Estados partes. Así, éstos se obligan a dotarse de leyes penales adecuadas a la gravedad de estos crímenes, y a establecer la competencia de sus tribunales para enjuiciar y castigar a toda persona, nacional o extranjera, que haya cometido o sea cómplice de estas infracciones graves. Todos los Estados partes se obligan igualmente a buscar, detener y enjuiciar o, en su caso, extraditar a las personas culpables de estas infracciones¹⁷. España, parte en Convenios (1949) y Protocolo I (1977), ha cumplido estas obligaciones y por partida doble: El Código penal, reformado en 1995, tipifica los delitos cometidos por cualquier persona contra la comunidad internacional (arts. 605-614), entre ellos los de genocidio (art. 607) y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608-614),

ación de una jurisdicción penal internacional, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 237-264, en especial 252 y ss.

¹⁴ El Protocolo I no define expresamente los que sean un conflicto armado internacional, pero se deduce de él claramente que éstos son las guerras entre dos o más Estados soberanos e independientes y, además, y esto sí lo afirma *expressis verbis*:

«los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» (Protocolo I, art. 1.4).

¹⁵ Actos de homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por la necesidad militar y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.

¹⁶ Por ejemplo (recuérdese que el Protocolo I se ocupó, lo que no hicieron los Convenios de 1949, de regular cuestiones sobre los «medios y métodos de guerra»), atacar a la población civil, prácticas de *apartheid* o discriminación racial, ataques a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos y cumplan determinados requisitos (art. 85.4.d).

¹⁷ Respectivamente, arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra (1949); y Protocolo I, arts. 85-89.

incluyéndose entre estos últimos las infracciones graves citadas de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I¹⁸; asimismo el Código penal militar, cuyos destinatarios directos son las fuerzas armadas, contempla los delitos contra las leyes y usos de la guerra (arts. 69-78)¹⁹.

Claro que la sanción «nacional» de estos crímenes puede obstaculizarse seriamente si son las autoridades del Estado las que los cometen; en estos supuestos sólo, y no ocurrirá siempre²⁰, un Tribunal Internacional haría posible el castigo de los culpables.

(ii) En el supuesto de los *conflictos armados no internacionales*²¹, es bueno recordar que el artículo 3 común de los Convenios de 1949 no establecen norma alguna relativa a la responsabilidad penal internacional del individuo. Tampoco lo hace el Protocolo II (1977), pues éste se limita a dar por hecho que los individuos que quebranten sus disposiciones van a ser enjuiciados y sancionados penalmente por el Estado, y a tal efecto fija algunas reglas para la buena marcha de dichos procesos, por ejemplo cuando estipula que no podrá imponerse la pena de muerte a los menores de dieciocho años o, pongo por caso, que los condenados serán informados de sus derechos y plazos de recurso. Da por hecho, decía, pero no establece regulación jurídica alguna de que se haga algo si es que el Derecho interno del Estado nada tiene previsto.

No obstante, comienza a abrirse camino la tesis, que hoy por hoy es *de lege ferenda*, en virtud de la cual la comisión en un conflicto armado interno de infracciones equiparables a las infracciones graves de los Conve-

¹⁸ LO 10/1995, de 23 de noviembre (BOE de 24 de noviembre; corr. de errores BOE 2 de marzo de 1996).

¹⁹ LO 13/1985, de 9 diciembre, de Código Penal Militar, y LO 14/1985 de modificación, de la misma fecha (BOE 11 de diciembre de 1985).

Sobre los artículos de la misma citados, J. L. FERNÁNDEZ FLORES, «Capítulo XLIV: Delitos contra las leyes y usos de la guerra (arts. 69-78)», *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por R. Bleuca Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 807-845.

²⁰ Y es que si las autoridades en cuestión cuentan con la complicidad del grupo social en su conjunto será difícil incluso que un Tribunal internacional pueda enjuiciar sus crímenes. ¿No los cometieron acaso las máximas autoridades serbobosnias?, ¿acaso han podido ser detenidas?, ¿han sido por ventura juzgadas por el TPIY?

²¹ Que son los «conflictos armados que no están cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo» (Protocolo II, art. 1.1).



nios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I generaría para los culpables, en virtud de normas de Derecho internacional general en formación su responsabilidad penal internacional, por lo que el Estado implicado tendrá la obligación jurídica de sancionarlos o extraditarlos y, en su caso, un Tribunal Penal Internacional podría hacerlo²².

El Estatuto de Roma (1998) se incardina, en mi opinión, como veremos, en estas tendencias en formación.

4. El Estatuto que crea la Corte Penal Internacional contribuye a la consolidación y desarrollo tanto del Derecho internacional humanitario material o sustantivo como a un mejor control de su cumplimiento.

Es verdad que en él también pueden localizarse, en lo que al Derecho internacional humanitario se refiere, limitaciones y contradicciones, puntos oscuros en suma, pero en conjunto su contribución es positiva.

Por esta razón, un eventual fracaso del Estatuto iría más allá de su propia derrota, contaminando con la misma el vigoroso crecimiento contemporáneo del Derecho internacional de los conflictos armados.

Éstos son, en esencia, los aspectos que conformarán el contenido del presente trabajo.

II. LA CONTRIBUCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA (1998) A LA CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SUSTANTIVO

5. El Estatuto de Roma contribuye significativamente a la consolidación, y aun al desarrollo, del Derecho sustantivo de los conflictos armados en tanto en cuanto, *en primer lugar*, al incluir como crímenes de los que la Corte Penal Internacional por él creada es competente los de genocidio, de humanidad y de guerra, que forman parte desde sus mismos comien-

²² *Vid. ad ex.* sobre estas propuestas *de lege ferenda* GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El Derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)», *Revista Española de Derecho Militar*, 68, julio-diciembre 1996, pp. 13-36, en pp. 29 y ss.; también, PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I (1997), pp. 315-393, en pp. 346 y ss.; QUEL LÓPEZ, F. J., «Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario», *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), XIII (1997), pp. 467-523, en pp. 481 y ss.



zos del Derecho internacional humanitario, ratifica y confirma su naturaleza criminal y, asimismo, la plena vigencia y actualidad de esa rama, en su conjunto del Derecho internacional público contemporáneo; en segundo lugar, el Estatuto aclara, precisa y desarrolla sobre los textos jurídicos internacionales más relevantes que existen de esos crímenes apuntados, en particular los de humanidad y de guerra.

6. Y debe señalarse, asimismo, que esta labor en pro del Derecho internacional humanitario que el Estatuto representa se ve reforzada si observamos que la misma no sólo se lleva a cabo por aplicación del texto escueto del Estatuto sino además por otra vía, por otro texto, que no hace sino profundizar el texto madre.

1. Aclara y precisa crímenes básicos, ratificando su enjuiciamiento y castigo internacional

A) *El crimen de genocidio*

7. El primero de los crímenes de los que la Corte es competente es el de genocidio (art. 6), es decir: matanzas de miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lesión grave a su integridad física o mental, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de alcanzar su destrucción física, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

8. 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 1994²³, 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 1948²⁴, 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 Améri-

²³ Artículos 21.1.1 y 25.1 (*Anuario CDI*, cit. ... en *supra* nota 6).

²⁴ *BOE* 8 de febrero de 1969.

ca, 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 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 (art. 12).

Por lo demás, el genocidio, viejo conocido de la humanidad y desgraciadamente presente siempre²⁵, merece también, por su tradición y naturaleza misma, 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», con lo cual una manifestación normativa reciente como ésta apoya y refuerza en consecuencia la tesis, vigente hoy desde luego, que excluye de esta figura los ataques contra grupos o personas «por su ideología» o «afiliación política»²⁶. Los Estados participantes en la Conferencia de Roma no se han atrevido a dar el paso que algunos reclaman²⁷, «tienen pánico (escribe gráficamente F. J. Quel) a reconsiderar excesivamente el alcance de la norma en relación a los grupos humanos objeto de protección»²⁸. Los Estados, y los tribunales internacionales también: el TIJ, en el caso de la demanda de Yugoslavia contra diez Estados miembros de la OTAN por el bombardeo de su territorio con motivo de la denominada «guerra de Kosovo» (1999), en la que este país acusa a los demandados, *inter alia* de la comisión de actos de genocidio sobre el pueblo yugoslavo, ha tenido oportunidad de referirse a la noción de genoci-

²⁵ Por ejemplo, en 1994, Ruanda: NYGREN KRUG, H., «Genocide in Rwanda: Lessons learned and future challenges to the United Nations human rights system», *Nordic Journal of International Law*, 67 (1998), núm. 2, pp. 165-213.

²⁶ Sobre la exclusión de este crimen de los «grupos políticos», GIL GIL, A.: *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED, Alzira (Valencia), 1999, pp. 160 y ss.

²⁷ Por ejemplo, VERHOEVEN, P., «Le crime de genocide. Originalité et ambiguïté», *Révue Belge de Droit International*, 1991, núm. 1, pp. 21-22.

²⁸ QUEL LÓPEZ, F. J., «La competencia material de los Tribunales penales internacionales: Consideraciones sobre los crímenes tipificados», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 79-104, en p. 86).

dio contenida en el artículo 2 del Convenio de 1948²⁹, considerando el Tribunal que de la definición de esta figura se deduce: «que (la) característica esencial (del genocidio) es la pretendida destrucción de un “grupo nacional, étnico, racial o religioso”», citando su propia orden de 13 de septiembre de 1993 sobre medidas provisionales en el caso de la aplicación del Convenio sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio³⁰; y que, por tanto:

«La amenaza o uso de la fuerza contra un Estado no puede *per se* constituir un acto de genocidio (...) no parece en la presente fase del procedimiento que los bombardeos que son objeto de la demanda yugoslava “implique el elemento de intención hacia un grupo de esa naturaleza requerido (...) (Legalidad del uso o amenaza de armas nucleares, opinión consultiva, CIJ Recueil, 1996, pág. 240, párrafo 26)”»³¹.

Y el TPIR, más directamente conectado con esta particular cuestión, cuya función básica es el enjuiciamiento de actos de genocidio, en su jurisprudencia más reciente también excluye de la figura los actos contra colectivos «políticos» (...) ³².

B) *Crímenes contra la humanidad*

9. 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 siste-

²⁹ Repárese en que el art. 6 del Estatuto, que se ocupa del crimen de genocidio, reproduce el art. 2 del citado Convenio.

³⁰ *CIJ Recueil 1993*, p. 345, párrafo 42.

³¹ Asunto de la legalidad del uso de la fuerza. Petición de medidas provisionales, Orden de 2 de junio de 1999, párr. 40 (Yugoslavia c. Bélgica), orden cit, párr. 39 (Canadá), orden cit. párr. 27 (Francia, Alemania, Italia), orden cit. párr. 40 (Países Bajos), orden cit, párr 39 (Portugal) y orden cit. párr. 35 (Reino Unido).

Respecto de España (orden de 2 de junio de 1999, párrafos 29-32) y los Estados Unidos (orden cit. párrafos 21-25), la jurisdicción del TIJ sobre la demanda de Yugoslavia contra ambos países no pudo establecerse con base en el Convenio sobre el genocidio de 1948 dado el juego recíproco de las reservas de España y de los Estados Unidos con el silencio ante las mismas de Yugoslavia.

Pueden consultarse todas las Órdenes citadas en *International Legal Materials*, XXXVIII (1999), núm. 4, junio, pp. 950-1203.

³² MAISON, R., «Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal International pour le Rwanda», *Révue Générale de Droit International Public*, 1999, núm. 1, pp. 129-146.

mático 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 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el «asunto Tadic»³³. La definición de crimen contra la humanidad que ofrece el Estatuto de Roma (art. 7) es considerablemente más amplia que la incluida en los Estatutos del TPIY (art. 5) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) (art. 3)³⁴, destacando el cuidado por definir y aclarar, en el párrafo 2 del artículo 7, las conductas incriminadas³⁵; dos precisiones deseo hacer en este orden de cosas:

– 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 cuantos textos internacionales participan³⁶ ha

³³ TPIY, IT-94-1-T (jurisdicción), caso de Dusko Tadic, 10 de agosto de 1995, p. 30 (vid. *supra* nota 22).

³⁴ Respectivamente, resoluciones del Consejo de Seguridad 827, de 25 de mayo de 1993 (BOE de 24 de noviembre) y res. 955 de 8 de noviembre de 1994 (BOE 24 de mayo de 1995).

³⁵ Hasta once conductas detalla. «Estas definiciones en sí mismas constituyen una considerable contribución al Derecho internacional» (Th. MERON, «Crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court», *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 17-55, en p. 50).

³⁶ Vid. *ad ex*. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Universidad de Granada, Granada, 1998, pp. 90 y ss.

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).

10. En conjunto³⁷, 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: 1.º) Por una parte, la incardinación del Estatuto en la innegable tendencia actual a disociar esta figura de la de un conflicto armado *in actu*³⁸, 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 no es *conditio sine qua non*, lo que parece confirmarse cuando en el artículo 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 movimiento separatista, esto es, la existencia de situaciones de violencia, sí, pero que no pueden jurídicamente calificarse de conflicto armado internacional ni interno. 2.º) 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); en el caso de estas últimas, recuérdese que sólo en 1992 comienza la penetración en el mundo del Derecho internacional con la adopción de una Declaración sobre el tema por la Asamblea General, recogién dose, sí, más tarde, en el Proyecto definitivo de Código sobre crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de 1996³⁹.

³⁷ Vid. ad ex. ROBINSON, D., «Defining "crimes against Humanity"», *American Journal of International Law*, 93 (1999), núm. 1, pp. 43-57; MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., «El concepto de crímenes de lesa humanidad», *Actualidad Penal*, núm. 41, semana del 8 al 14 de noviembre de 1999, pp. 773-780.

³⁸ DINSTEIN, Y., «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, pp. 890-908, en pp. 896 y ss.

³⁹ Res. 47/133 de 18 de diciembre de 1992; y art. 18.e del Proyecto (Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, *Asamblea General. Documentos oficiales. Quincuena-*

C) *Crímenes de guerra*

11. 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 *strictu 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). Como en el supuesto anterior de los crímenes de lesa humanidad, también en relación con el crimen de guerra el Estatuto de Roma amplía notablemente los supuestos previstos en los Estatutos del TPIY (art. 3) y TPIR (art. 4).

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» ésta no se excluye tampoco en el supuesto de crímenes singulares (que resulten, debe suponerse, especialmente repugnantes). La regulación del crimen de guerra que

géximo primer período de sesiones. Suplemento núm. 10 (doc.: A/51/10), Naciones Unidas, Nueva York, 1996.

Vid. Respectivamente, HINOJO ROJAS, M., «Al hilo de la Declaración de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas», *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), XII (1996), pp. 491-522.; LIROLA DELGADO, I., «La competencia material de la Corte Penal Internacional: La relación con el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 15-62 (sobre todo 56 y ss).

realiza el Estatuto de Roma tiene luces y sombras que merecen un tratamiento en párrafos separados.

12. El artículo 8 del Estatuto supone un desarrollo del Derecho internacional de los conflictos armados existente; yo mencionaré los tres aspectos que siguen:

– 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. 8.2.c-d y e-f); no es esta, sin duda, la tesis tradicional⁴⁰, pero ya el TPIY argumentó, de un modo razonablemente convincente, que «las leyes y costumbres de la guerra» en el sentido del artículo 3 de su Estatuto (1993) se refiere 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)⁴¹.

– 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 artículo 19 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de la CDI de 1996⁴² 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)⁴³, 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 suficiente⁴⁴; ahora bien, habida cuenta

⁴⁰ Vid. *ad ex*. SIMMA, B., «International human rights law and general international law: A comparative analysis», *Collected courses of the Academy of European Law*, IV (1995), libro 2, pp. 153-236, en pp. 216 y ss.; CONDORELLI, L., «La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, núm. 1, pp. 7-22, en pp. 12-13.

⁴¹ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El Derecho internacional humanitario...», cit. (nota 22), pp. 22 y ss.

⁴² *Supra* nota 39.

⁴³ BOE 25 de mayo de 1999.

⁴⁴ Doc.: A/CN.4/L.52, pp. 104 y ss.

de que las fuerzas de Naciones Unidas realiza 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 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. En este último supuesto, las reglas aplicables a estas fuerzas de Naciones Unidas serían las que se refieren a fuerzas enemigas, con todos los derechos, sí, que estas tienen en cuanto a la utilización contra ellas de medios y métodos de guerra, el trato que debe dispensarse a sus heridos, enfermos o naufragos, así como si son hechas prisioneras. Y aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, añadiré que las fuerzas de Naciones Unidas que eventualmente utilizaran la fuerza armada en el desempeño de su misión, también estarían obligadas a respetar el Derecho internacional humanitario: precisamente los principios y reglas fundamentales de éste aplicables a los soldados de Naciones Unidas en operaciones bajo la dirección y control de la misma han sido promulgados el 6 de agosto de 1999, entrando en vigor el 12, por su Secretario General ⁴⁵.

⁴⁵ Su texto articulado («Respeto del Derecho internacional humanitario por las fuerzas de Naciones Unidas. Circular del Secretario General», doc.: ST/SGB/1999/13, 6 agosto 1999), puede consultarse en *Révue Internationale de la Croix Rouge/International Review of the Red Cross*, 81 (1999), diciembre, núm. 836, pp. 806-811 (francés) y pp. 812-17 (el texto en inglés).

Y para un comentario doctrinal de la Circular, RYNIKER, A., «Respect du Droit international humanitaire par les forces des Nations Unies. Quelques considérations à propos de la Circulaire du Secrétaire Général des Nations Unies du 6 août 1999», *Révue Internationale de la Croix Rouge/IRRC*, 81 (1999), diciembre, núm. 836, pp. 795-805; CONDORELLI, L., «Le azioni dell'ONU e l'applicazione del Diritto internazionale umanitario: Il "bollettino" del Segretario Generale del 6 agosto 1999», *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII (1999), núm. 4, pp. 1049-1053. Más en general véase también SWINARSKI, CH., «On the applicability on international humanitarian law to the United Nations peace-keeping forces», *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y Derecho internacional*, Bruylant, Bruselas, 1997, vol. 2, pp. 1519-1532; SHRAGA, D., «United Nations

– La ampliación del Derecho existente en la protección de mujeres y niños debe reseñarse también.

13. Por lo que a sus aspectos negativos se refiere, dos críticas podrían, en esta fase de mi exposición, 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 biológicas⁴⁶, pero algunas delegaciones se negaban a que las llamadas «armas nucleares de los pobres»⁴⁷ 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.xx⁴⁸, 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

peacekeeping operations: Applicability of international humanitarian law and responsibility for operations-related damage», *American Journal of International Law*, 94 (2000), núm. 2, pp. 406-412.

⁴⁶ Doc.: A/Conf.183/C.1/L.59.

⁴⁷ KIRSCH, Ph. y HOLMES, J. T., *Op. cit.* (nota 10), en p. 7.

⁴⁸ Sobre la ortodoxia jurídica de esta disposición, ARSANJANI, M. H., «The Rome Statute of the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, 93 (1999), núm. 1, pp. 22-43, en pp. 33-35.

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 tipo, lo sabemos ya, sólo pueden llevarse a cabo siete años después de la entrada en vigor del mismo⁴⁹. Resulta evidente, en mi opinión al menos, en cuanto a las armas nucleares la influencia de la ambigua respuesta que el TIJ dio en 1996 a propósito de la legalidad o ilegalidad de su uso en determinadas circunstancias, en la medida en que aunque el Tribunal consideró que el uso de las armas nucleares violaría «en general» el Derecho internacional humanitario, se declaró incapaz de pronunciarse sobre la legalidad de su utilización «en una situación extremada de legítima defensa en que peligraba la supervivencia misma del Estado»⁵⁰.

14. Podría añadirse, como un dato más que demuestra la aportación del Estatuto de Roma a la consolidación y desarrollo del Derecho internacional humanitario, que éste se convertirá, si es que no lo ha hecho ya, en un texto de referencia que podría contribuir, por lo que a los crímenes internacionales más graves se refiere, a la homogeneización *ratione materiae* de los respectivos Derechos internos.

2. Y lo hace por una doble vía: el estatuto y los elementos del crimen

15. 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 (arts. 6-8); la mayoría de los Estados se oponían a dicha pretensión, o, por lo menos, expresaban sus reticencias por miedo a ver en dicha iniciativa un intento de restringir, por una vía indirecta y discreta, la jurisdicción de la Corte.

Finalmente, el artículo 9 del Estatuto acepta los «elementos del crimen, y que estos ayuden al Tribunal a interpretar los artículos 6-8»; asimis-

⁴⁹ Condiciones que hará muy difícil su inclusión. En este sentido, A. CASSESE, «The Statute of the International Criminal Court: Some preliminary reflections», *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), pp. 144-171, en p. 152.

⁵⁰ CIJ *Recueil* 1996, p. 226, párrafo 105-E.

Sobre esta concreta cuestión *vid.* CERVELL HORTAL, M.^a J., *El Derecho internacional ante las armas nucleares*, Diego Marín Editor, Murcia, 1999, pp. 131 y ss.; GARCÍA RICO, Elena del Mar: *El uso de las armas nucleares y el Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 171 y ss.

mo, al enunciar el Derecho aplicable por la Corte, el Estatuto deja muy clara la importancia de estos «Elementos»: «La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de procedimiento y prueba» (art. 21.1). 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 de 2000⁵¹.

A finales de 1998, la Asamblea General pide al Secretario General la convocatoria de la Comisión Preparatoria creada por la Conferencia de Roma⁵², y en febrero (16 a 26 de febrero de 1999) celebra su primer período de sesiones. La Comisión fue encargada por la Conferencia de elaborar una larga lista de instrumentos a fin de permitir a la Corte desarrollar plenamente sus competencias⁵³, siendo desde luego los más importantes los Elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Cuatro sesiones ha celebrado hasta el momento el Comité, estando notablemente avanzados los trabajos sobre ambos importantísimos textos, a los que me referiré más adelante⁵⁴. En conjunto los augurios sobre el éxito de su labor, tanto en cuanto a los plazos como respecto a su misión de procurar el funcionamiento efectivo de la Corte en un futuro, parecen razonablemente buenos⁵⁵.

16. En su cuarto período de sesiones (13-31 de marzo de 2000), la Comisión Preparatoria creada por la Conferencia de Roma ha examinado y adoptado provisionalmente los Elementos de los crímenes de genocidio y

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

⁵² Res. 53/105 de 8 diciembre 1998.

⁵³ Lista en res. F del Acta Final (doc.: A/Conf. 183/10).

⁵⁴ Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su cuarto período de sesiones (13 a 31 de marzo de 2000), doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev. 1, de 3 abril 2000, 45 pp. Una valoración de sus trabajos en ese período de sesiones por J. SCHENSE, asesora jurídica del Secretariado internacional de la Coalición de ONG's para el TPI, en «Preparatory Commission Report» (<http://www.igc.org/icc/html/cicc200003.html>), mayo 2000.

⁵⁵ De «impresión favorable», por la atmósfera y actitud de las delegaciones desde el comienzo, habla M. POLITI, «Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: Le point de vue d'un négociateur», *Révue Générale de Droit International Public*, 103 (1999), núm. 4, pp. 817-850, en p. 844. (Vid. también nota 61 *infra*).

de guerra, habiendo dejado para el quinto (12-30 de junio de 2000) la revisión del documento de debate presentado por el coordinador sobre los crímenes de lesa humanidad ⁵⁶.

Este «instrumento» nacido del y que servirá para interpretar el Estatuto mismo puede constituir, estimo, una importante fuente de aclaración y concreción de los crímenes respecto de los cuales la Corte tiene competencia y, por ende, un factor propicio para la consolidación y desarrollo del Derecho de los conflictos armados. Recuérdense los artículos 9 y 21 del Estatuto (*supra* parágrafo anterior).

17. Tomemos tres ejemplos, uno por cada crimen, para demostrar cómo «funcionan» estos Elementos respecto del tenor concreto del texto del Estatuto:

(i) Así, según el Estatuto, se entenderá por genocidio, el «traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo» (art. 6.e). Los Elementos de los crímenes concretan el artículo 6.e con los siguientes datos más relevantes al objetivo que pretendo demostrar ⁵⁷: el traslado «de una o más personas», «menores de dieciocho años» o que, en fin, la expresión por la fuerza (traslado por la fuerza) «no está limitada a la fuerza física, sino que puede referirse a la amenaza de fuerza o la coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra un tercero o aprovechando un entorno coercitivo.

(ii) Y si el artículo 7.1.c del Estatuto se limita a decir que se entiende como un crimen de lesa humanidad la comisión de un acto de «esclavitud», los Elementos del crimen precisan, en el documento de debates preparado por el coordinador (que, como se indicó será objeto de discusión por el Comité Preparatorio en su quinto período de sesiones), la necesidad de que «el acusado haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todas ellas, o les haya impuesto una privación semejante de libertad», añadiendo la apostilla de que «se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condi-

⁵⁶ «Elementos de los crímenes (Anexo III)», doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.2, de 7 de abril de 2000, 48 pp.

⁵⁷ Hay otros, son siete en total: «Elementos de los crímenes...», doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.2 cit. (nota 56), p. 8, art. 6.e y nota 4 al elemento núm. 1.

ción servil. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye la trata de personas, en particular de mujeres y niños»⁵⁸.

(iii) O, en fin, en relación con el crimen de guerra de «cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes» (art. 8.2.b.xxi), los Elementos del crimen precisa que estas personas pueden ser «personas fallecidas» y que «se entiende que la víctima no tiene por qué ser consciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a la que pertenece la víctima»⁵⁹.

18. Repárese que todos y cada uno de los actos que tan detalladamente se enumeran en los artículos 6-8, todos, cuentan con un Elemento del crimen. Y recuérdese que estos «ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto (art. 9), formando parte, junto con el Estatuto mismo y el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Derecho aplicable («en primer lugar») por la Corte (art. 21.1).

Repárese también, lo que no es precisamente menos importante, la protección que de los derechos de víctimas y aun de los acusados supone esta tipificación tan minuciosa. ¿No es esto también una manera de contribuir a la consolidación y desarrollo del Derecho sustantivo de los conflictos armados? Sustantivo, digo, porque en este tema estoy, pero resulta evidente ya el anuncio que dicha detallada tipificación nos está haciendo en cuanto a la aportación del Estatuto también a un mejor control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario. Lo veremos.

19. Naturalmente, los Elementos de los crímenes pueden también tener su lado oscuro, porque por su intermedio podrían rebajarse, sutil y solapadamente, las competencias de la Corte; de ahí que no debamos, mientras su proceso de elaboración se completa, bajar la guardia. De momento, los trabajos en curso en el seno de la Comisión Preparatoria que he citado sobre los Elementos del crimen, me parecen en conjunto respetuosos con el Estatuto⁶⁰, y sólo críticas menores se han formulado sobre el texto por el momento adoptado⁶¹.

⁵⁸ «Elementos...» doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.2 cit. (nota 56), p. 10, art. 7.1.c, elemento núm. 3 y nota 11 al mismo.

⁵⁹ «Elementos...» doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.2 cit. (nota 56), p. 32, art. 8.2.b.xxi, elemento núm. 1 y nota 56.

⁶⁰ En el mismo sentido M. POLITI, *Op. cit.* (nota 55), p. 846.

⁶¹ Por ejemplo, la Coalición para una Corte Penal Internacional sólo pide algunos ajustes respecto de ciertos elementos (esclavitud sexual, desaparición forzada, persecución, el elemento de cono-

III. LA CONTRIBUCIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA AL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

20. El Estatuto de Roma contribuye igualmente a mejorar el control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario. De una parte, porque la Corte Penal Internacional que en él se crea constituye una instancia más, adicional a las jurisdicciones nacionales, para enjuiciar y castigar a individuos culpables de la comisión de crímenes de genocidio, guerra o de lesa humanidad, con lo que la posibilidad de que dichos crímenes contra el derecho de los conflictos armados queden impunes se reduce.

De otra, este dato que acabo de apuntar se aprecia en todo su valor cuando comprobamos que la Corte de Roma, contrariamente a lo que algunos querían o temían, es un tribunal tribunal, un genuino órgano judicial de carácter penal.

21. Y, en fin, del Estatuto mismo brotan otros *instrumentos* que, junto a alguna *reflexión* que cabe hacer derivada de la existencia misma de la Corte, coadyugarán a la mejora del control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario.

1. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria

22. 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 en caso de concurrencia de jurisdicciones (la del TPI y la nacional), estas últimas se imponen; en este

cimiento en los crímenes de guerra): *Vid.* el pronunciamiento conjunto al 12 de junio de 2000 («las ONG's llaman a todos los Estados a preservar la integridad del Estatuto de Roma»), en <http://www.igc.org/icc/html/jointspanisch20000606/html>, pp. 1-4, en p. 2.

Comentarios posteriores más detallados, tanto sobre los Elementos de los Crímenes como sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba pueden consultarse en: Human Rights Watch, «Commentary to the Preparatory Commission on th ICC (5 th. Meeting, june 2000)», en <http://www.igc.org/icc/html/hrw200006.html>; y Women's Caucus For Gender Justice, «Recommendations and commentary for the Elements of crimes and Rules of procedure and evidence submitted to the Preparatory Commission for the ICC (june 12-30, 2000)», en <http://www.igc.org/icc/html/wcgj200006.html>.

punto, el Estatuto de Roma se aparta de los que crearon el TPIY (art. 9) y el TPIR (art. 8) ⁶².

23. En el caso de la Corte de Roma, el principio de complementariedad-subordinación se manifiesta con claridad en varios aspectos del Estatuto, de los que mencionaré solamente uno ⁶³: según 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).

La prioridad, pues, de las jurisdicciones penales nacionales sobre la del TPI es evidente.

24. El principio de complementariedad ⁶⁴ plantea desde luego problemas que no serán, al menos siempre, fáciles de resolver dado que para garantizar su aplicación el Estatuto elabora un modelo, no sencillo precisamente, de declaración e impugnación de la competencia de la Corte y de admisibilidad por ella de los asuntos ⁶⁵, pero los Estados no han querido renunciar a su jurisdicción penal respecto de los crímenes más graves, y sí compartirla meramente (en el entendido de sus derechos de preferencia) con la Corte Penal Internacional de Roma. Con todo, no debería exagerarse la crítica hasta el punto de considerar que a un Estado le bastaría con iniciar previamente un proceso penal, quizás simulado, para evitar que uno de sus nacionales caiga bajo la competencia del Tribunal Penal Internacional; pen-

⁶² Vid. QUEL LÓPEZ, «Reflexiones sobre la contribución del TPIY...», cit. (nota 22), pp. 493; LATTANZI, F., «La primazia del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia sulle giurisdizioni interne», *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXIX (1996), núm. 3, pp. 597-619.

⁶³ Para los otros véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ ESPADA, «Luces...», cit. (nota 10), pp. 100 y ss.

⁶⁴ Sobre su génesis y valoración de conjunto, por ejemplo, TALLGREN, I., «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), núm. 2, pp. 107-137, en pp. 119 y ss.; DAVID, E., «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, pp. 631-650, en pp. 633 y ss.

⁶⁵ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, «Luces...», cit. (nota 10), p. 102; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional», *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, M. García Arán y D. López Garrido (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 225-269 (pp. 257-63).

sar 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 ésta, 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)⁶⁶.

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 éste 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 elaborarlo antes del 30 de junio de 2000) se precisaran más nítidamente los criterios concretos que el TPI debe utilizar para proceder a comprobar la

⁶⁶ «Se está, pues, bien lejos de la concepción del Tribunal como un simple “notario” de la existencia de un procedimiento nacional que, en el seno de la Conferencia de Roma, fue apoyada por los más acérrimos partidarios de la “primacía” de las jurisdicciones internas» (POLITI: *Op. cit.* en nota 55, pp. 842-43).

sinceridad o la idoneidad de los sistemas judiciales internos; y aunque alguno se ha introducido ya, debería completarse con otros⁶⁷.

El riesgo de conflictos entre la Corte y los Estados interesados acerca de la admisibilidad o no de un caso podría reducirse, como acabo de sugerir, precisando el tema en las Reglas de Procedimiento y Prueba; también es cierto que se hubiera evitado de establecer, como en el Estatuto del TPIY (1993), la primacía de la jurisdicción internacional sobre las nacionales⁶⁸.

25. 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 aquéllas forman parte de «*las funciones judiciales de la Corte*» esta misma sería la encargada de darles solución (art. 119.1); podría ser importante.

26. Por todo ello veamos lo positivo: una instancia más para que nadie pueda escapar. El Estatuto permite, de no ser factible o idóneo la intervención nacional para enjuiciar estos crímenes atroces, ahí estaría la Corte, una jurisdicción penal internacional seria, independiente, rigurosa.

2. La Corte Penal Internacional es, sin embargo, según el Estatuto, un verdadero tribunal

27. El Tribunal de Roma 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.

28. El TPI es serio, esto es, un órgano independiente e imparcial, razonablemente estructurado para funcionar y que podrá actuar con un rigor jurídico muy aceptable en todas las fases claves de su tarea.

⁶⁷ Regla 2.7: «la Corte al examinar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 17 y en el contexto de las circunstancias de la causa, podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 17 ponga en su conocimiento e indique que sus tribunales reúnen los criterios internacionales para enjuiciar en forma independiente e imparcial una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que se está investigando o sustanciando la causa» (Reglas de Procedimiento y Prueba, *loc. cit. infra* nota 75, p. 15).

⁶⁸ Sobre la conveniencia de haberlo hecho así, apoyándose en que la Corte tiene sólo una competencia *ratione materiae* reducida, se ha pronunciado A. BOS: «The role of an International Criminal Court in the light of the principle of complementarity», *Reflections on International law from the Low Countries. In honour of Paul de Waart*, M. Nijhoff, La Haya, 1998, edit. por E. Denters y N. Schriver, pp. 248-259, en p. 259.

(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). 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, concedores de la teoría y la práctica (fundamentalmente 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 sólo 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 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).

(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 éstas 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 por, según lo que disponga el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, 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 éstos (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). Éste, que los Estados parte 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 (artículos 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 éstas se habían 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).

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) ⁶⁹.

⁶⁹ Para una detallada defensa del derecho de iniciativa del Fiscal en un tribunal penal internacional, DAVID, *op. cit.* (nota 64), pp. 637 y ss.

Asimismo, una equilibrada valoración de la figura del Fiscal, alejada de los extremos y de la que emana una calificación sobria pero positiva, es la efectuada por A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales»,

Aun con controles ⁷⁰, el Fiscal cumple una importantísima labor en el Estatuto. Por sistematizarlo de algún modo, son cuatro 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 otras 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 ésta confirme o no los cargos (Estatuto art. 61).

(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 misma ⁷¹.

29. 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» ⁷²; «nada es verdad ni mentira (...)» ciertamente, pues como más tarde apunto, algún penalista se queja precisamente de lo

Creación de una jurisdicción penal internacional, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 167-190, en pp. 177 y ss; más detalladamente en Salvatore ZAPPALÀ, «Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: Luci e ombre», *Rivista di Diritto Internazionale*, XXXXII (1999), núm. 1, pp. 39-85.

⁷⁰ Si el Fiscal actúa de oficio (arts. 13.c y 15), antes de iniciar una investigación debe obtener la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 15.4); control adicional al de la Sala de Cuestiones Preliminares sufre el Fiscal al ordenársele, si actúa de oficio (arts. 13.c y 15) o por remisión por un Estado parte de una situación (arts. 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).

⁷¹ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, «Luces...», cit. (nota 10), pp. 125-126.

⁷² WECKEL, PH., «La Cour Penale Internationale», *Révue Générale de Droit International Public*, 102 (1998), núm. 4, pp. 983-993, en p. 991.

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.

30. 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»⁷³, 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 incluyen, recuérdese, los «principios generales del derecho penal»), las funciones del Fiscal como defensor objetivo del Derecho y de la Justicia y no sólo 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 (...); significativo en este sentido por definición son las normas relativas a la apelación y revisión de los fallos condenatorios (arts. 81-86).

El Estatuto atiende también al problema de la indemnización económica de las víctimas:

– Su artículo 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

⁷³ CUERDA RIEZU, A. y RUIZ COLOMÉ, M.^a A., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *La Ley*, núm. 4724, lunes 1 febrero 1999, pp. 1-5, en p. 4.

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 ⁷⁴.

3. Según el Estatuto, sí, pero de conformidad también con otros «instrumentos» y «reflexiones»

31. La Conferencia de Roma cuando creó un Comité Preparatorio le encargó, *inter alia*, la elaboración para el 30 de junio de 2000 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, «instrumento» éste, que, con el de los Elementos del Crimen al que ya me he referido, será tenido en cuenta por la Corte en primer lugar (y junto con el Estatuto se entiende) como Derecho aplicable (art. 21).

Las Reglas de Procedimiento y Prueba se encuentran en fase avanzada de elaboración por el Comité, contando a fecha de hoy con un texto de trabajo debatido ya en cuanto a sus partes I y II ⁷⁵.

El Reglamento, como se habrá supuesto, precisa al detalle todos los aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de la Corte que el Estatuto crea. Y en él, junto con las disposiciones de éste, hay que fijarse cuando nos referimos a la mejora que el Estatuto de Roma supone para el control del cumplimiento del Derecho internacional humanitario. Baste recordar que en «instrumentos» de este tipo se contienen adiciones concretas a las normas fundamentales o básicas que respecto de los aspectos organizativos y procesales se contiene en el Estatuto. Esos detalles sirven tam-

⁷⁴ En general sobre la atención que a las víctimas de los crímenes de los que es competente la Corte dedica el Estatuto de Roma, véase VAN BOVEN, TH., «The position of the victims in the Statute of the International Criminal Court», *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, edit. Por H. A. M. von Hebel, J. G. Lammers y J. Schukking, R. M. C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 77-89.

⁷⁵ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, cuarto período de sesiones (Nueva York, 13-31 de marzo de 2000): Anexo II. Reglas de Procedimiento y Prueba. Doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.1, 10 abril 2000, 103 pp. Véanse también *supra* notas 55 y 61.

bién al propósito de asegurar y profundizar derechos de acusados y víctimas, de perfeccionar los mecanismos de base establecidos, o de enfatizar el rigor del control jurisdiccional tanto desde el punto de las competencias *ratione materiae* como *ratione personae*. Deben tenerse en cuenta.

Baste un solo ejemplo, de las decenas que serían posibles, que iluminen lo que quiero expresar:

– Así, en el artículo 42.7 del Estatuto se permite la recusación del Fiscal y los Fiscales adjuntos, entre otras razones, «si hubieran intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de que la Corte estuviese conociendo o en una causa penal conexa sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con las personas objeto de investigación o enjuiciamiento».

– Las Reglas de Procedimiento y Prueba citadas concretan esa disposición muy, muy extensamente: Así, la regla 4.1.6 (*recusación de un magistrado, el fiscal o un fiscal adjunto*) estipula:

«1. Además de los enunciados (...) en el párrafo 7 del artículo 42 del Estatuto serán causales de recusación, entre otras, las siguientes:

a) Tener un interés personal en el caso, entendiéndose por tal una relación conyugal, parental o de otro parentesco cercano, personal o profesional, o una relación de subordinación con cualquiera de las partes;

b) (...)

c) (...)

d) Haber expresado opiniones, por conducto de los medios de comunicación, por escrito o en actos públicos que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida.»

En una nota a pie de página, las Reglas apuntan además, «en general quedó entendido que, en ciertas circunstancias, la nacionalidad podía tomarse en consideración como motivo para dudar razonablemente de la imparcialidad del titular del cargo»⁷⁶.

32. De otra parte, la existencia misma de un tribunal como la Corte que el Estatuto crea, puede contribuir a la consolidación y desarrollo del Derecho internacional humanitario «de otras formas». Por ejemplo: la existencia del TPIY ha permitido, con motivo de la «guerra de Kosovo», en la que diez Estados miembros de la OTAN bombardearon durante más de dos meses territorio de Yugoslavia, que un Comité establecido en el seno del

⁷⁶ Reglas..., doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.1, pp. 22-23.

TPIY haya elaborado un extenso y minucioso informe (de 13 de junio de 2000) dirigido al Fiscal en el que analiza caso por caso los diversos supuestos en los que *prima facie* la OTAN pudo haber violado el Derecho internacional de los conflictos armados. En ese informe, se contienen precisiones e interpretaciones muy interesantes acerca de la aplicación de artículos concretos de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977⁷⁷.

Acaso un día un Comité establecido en su seno pueda informar al Fiscal de la Corte Penal Internacional en supuestos análogos al que me ha inspirado esta idea, precisando y clarificando en su aplicación práctica las normas del Derecho internacional de los conflictos armados incluyendo sus disposiciones estrictamente humanitarias.

IV. HAY, SÍ, LAGUNAS, PERO EN CONJUNTO EL ESTATUTO DE ROMA CONTRIBUYE, COMO HEMOS VISTO, A LA CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. ¿Lagunas?: sí, sin duda

A) *El artículo 124 del Estatuto*

33. 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*: Estados Unidos de América. 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

⁷⁷ «Final report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia», 21 pp. (en <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>).

El Comité recomienda al Fiscal del TPIY, pero este es otro problema, no llevar a cabo investigación alguna, *vid.* párrafos 25, 26, 27, 62, 70, 79, 85, 89 y 90-91.



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. 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. No pudo conseguirse, sin embargo.

Con todo, tampoco puede ignorarse que lo que sería después el texto del artículo 124 surge a iniciativa concreta de la delegación francesa, que, por lo demás, anunció su intención de acogerse, en su momento, a lo que en él se dispone.

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, en el sentido de eliminar del Estatuto dicha disposición.

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 éste 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»⁷⁸, lo cual resulta manifiestamente

⁷⁸ ROBERGE, M.-C., «El nuevo Tribunal Penal Internacional. Evaluación preliminar», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 148, diciembre 1998, pp. 723-737, en p. 727.

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* parágrafo 34), pero la lógica derivada de la presencia misma del artículo 124 se pronunciaría por la negativa. El Estatuto calla.

B) *Una jurisdicción condicionada*

34. El Estatuto finalmente adoptado condiciona, para que su jurisdicción sea posible (y con excepción de los asuntos remitidos por el Consejo de Seguridad, art. 12.2 a contrario), 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).

35. Claro que 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). En particular para los crímenes de guerra y contra la humanidad, su delegación proponía 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; sólo de este modo, pensaba esa delegación, se evitaría una jurisdicción penal internacional exorbitante. Los temores estadounidenses son comprensibles sólo 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 éstas 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 Éste; 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!

Los Estados Unidos, por lo demás, hicieron todo lo posible por alterar el texto de lo que luego sería el artículo 12 o suspender sus consecuencias: por una parte, presionando políticamente al dejar caer la amenaza de que, de adoptarse éste, 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 artículo 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 competencias⁷⁹; y, en fin, proponiendo modificar lo que sería el artículo 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 declara se habían cometido en el cumplimiento de funciones oficiales⁸⁰, 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.

36. Estados Unidos no vio satisfechas sus exigencias en temas de jurisdicción, que quedó, como antes he expuesto, de conformidad con el artículo 12 del Estatuto. Debo reseñar, internacionalista soy, que el artículo 12 del Estatuto (que no es perfecto, sí, como enseguida veremos), supone sin embargo un avance muy considerable en cuanto a la expansión de la jurisdicción internacional: su texto permite que nacionales de un Estado, que no es parte en el Estatuto ni consiente la jurisdicción de la Corte, puede

⁷⁹ Doc.: A/Conf. 183/C.1/L.70, 1998.

⁸⁰ Doc.: A/Conf. 183/C.1/L. 90, 1998.

ser juzgado por ésta (siempre y cuando el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen sí lo sea).

Y aun así no puede dejar de mencionarse que, tal y como está, éste permite la impunidad de los autores de crímenes en ciertos supuestos⁸¹: 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 desee y pueda llevar al sospechoso a juicio ante los tribunales nacionales, y esto, claro, sólo 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 los Gobiernos. 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 (...)»⁸². Sólo una amplísima ratificación del Estatuto permitiría soslayar estos peligros.

C) *La agresión pospuesta*

37. 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

⁸¹ ROBERGE, *op. cit.* (nota 78), p. 728.

⁸² CONDORELLI, «La Cour...», *cit.* (nota 40), p. 16.

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 Secretaria 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 disposición (...) 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 éste. Ni aun así Estados Unidos y otros miembros permanentes del CdS pudieron aceptar la fórmula de compromiso.

38. La Comisión Preparatoria creada por la Conferencia de Roma encargó en agosto de 1999 a un comité la redacción de propuestas relativas al crimen de agresión. Éstas fueron recogidas en un documento de síntesis y versan básicamente sobre dos cuestiones: la definición del crimen a efectos de su tipificación y las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte, sin que en el cuarto período de sesiones la Comisión lo haya debatido o modificado, limitándose a añadir una «Lista preliminar de posibles cuestiones relacionadas con el crimen de agresión»⁸³.

Los trabajos realizados parecen apuntar las siguientes tendencias:

– En cuanto a la definición del crimen, y entre las variantes u opciones establecidas, parece abrirse camino la conveniencia de elegir una fórmula general acompañada de un texto con una lista restringida de actos de agresión que no se limiten sólo a los de ataque armados para ocupar o anexionarse territorio de otros Estados.

⁸³ «Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su cuarto período de sesiones (13 a 31 de marzo 2000)», anexo IV, pp. 38-45 (doc.: PCNICC/2000/L.1/rev.1/ de 3 abril 2000, 45 pp.).

– Y, por lo que a las condiciones de ejercicio por el Tribunal de su competencia, parece considerarse inevitable que la jurisdicción de la Corte sobre una persona dependerá de la previa determinación por el Consejo de Seguridad de que se ha cometido una agresión, aunque se considera razonable establecer un plazo, no mayor de 12 meses, pasado el cual sin que el Consejo se haya pronunciado, la Corte se considerará habilitada para proceder⁸⁴.

D) *El control político del Consejo de Seguridad*

39. El TPI aparece condicionado políticamente por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. ¿Cómo? : el condicionamiento que el TPI sufre por obra del CdS tiene doble naturaleza, una más suave, la más ruda la otra; y en ésta únicamente me detendré⁸⁵.

El TPI aparece «suavemente» condicionado por el Consejo en la medida en que éste tiene un derecho de iniciativa que le permite 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)⁸⁶.

40. El condicionamiento político del TPI aparece, sin embargo, 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 la Carta de las Naciones Unidas» así lo demande.

El Estatuto de Roma ha previsto, desde luego, cataplasmas y paños calientes para la herida causada, pero a ellos me referiré en el párrafo

⁸⁴ Vid. MERON, *op. cit.* (nota 35), pp. 47-48; POLITI, *op. cit.* (nota 55), pp. 828-830; QUEL LÓPEZ, «La competencia material...», *cit.* (nota 28), pp. 102-104.

⁸⁵ El que fuera jefe de la delegación británica en la Conferencia de Roma ha utilizado una metáfora distinguiendo, en la relación que en el Estatuto establece entre el Consejo de Seguridad y la Corte, tres «pilares».

- Un «pilar positivo», el que permite al Consejo remitir asuntos a la Corte (art. 13.b).
- Otro «negativo», que se manifiesta en el poder de suspensión del Consejo (art. 16).
- Y un «pilar oculto» («pospuesto» o «latente» lo llamaría yo) que atañe a la regulación del crimen de agresión (Sir Franklin BERMAN, «The relationship between the International Criminal Court and the Security Council», *Reflections on the International Criminal Court, Essays in honour of Adriaan Bos*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 1999, pp. 173-180, en pp. 174, 176 y 178).

⁸⁶ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Luces...», *cit.* (nota 10), pp. 94-96.

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 los presuntos crímenes.

De otro lado, la petición de suspensión puede plantearse en cualquier fase del procedimiento en curso y no sólo 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 sólo sea porque, como he apuntado ya, la petición puede efectuarse en el marco de un juicio *in actu* (...).

41. No es fácil asimilar este 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): éste excluía 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»⁸⁷ o que éste «fuese tratado por el Consejo de Seguridad como una amenaza o ruptura de la paz»⁸⁸ para dejar fuera del caso al Tribunal.

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

⁸⁷ QUEL LÓPEZ, F. J., «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 Casavevante y F. J. Quel (coordinación), Ariel, Barcelona, 1997, pp. 152-170, en p. 169.

⁸⁸ ARANGIO-RUIZ, G., «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 di Diritto Internazionale*, LXXXI (1998), núm. 1, pp. 110-129, pp. 124 y ss.; MORI, P., «Prime riflessioni sui rapporti tra Corte Penale Internazionale e Organizzazione delle Nazioni Unite», *La Comunità Internazionale*, LIV (1999), núm. 1, pp. 29-55, en p. 45.

– Según éste, y recogiendo parcialmente una propuesta de Canadá que España apoyó públicamente incluso antes del inicio de la Conferencia de Roma⁸⁹, la suspensión de la investigación o enjuiciamiento iniciado por la petición del Consejo «no podrá exceder de doce meses», aunque (y aquí el por qué 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, por lo que éste podría, parece, renovar sucesivamente su petición; hubiera sido preferible, desde luego, acoger el tenor de una propuesta de la delegación española⁹⁰.

– 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)⁹¹, 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 conveniente, por tanto, desde un punto de vista político se entiende, para la paz y seguridad internacionales, no encontrarla 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 éste que no se adoptase en el marco de, precisamente, el mencionado Capítu-

⁸⁹ En este sentido, declaraciones a *ABC*, miércoles 10 de junio de 1999, de don Juan Antonio YÁÑEZ BARNUEVO, Presidente de la delegación española en Roma.

⁹⁰ «Finanche indefinidamente», precisa GARGIULO, P., «Il controverso rapporto tra Corte Penal Internazionale e Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di Diritto internazionale», *La Comunità Internazionale*, LIV (1999), núm. 3, pp. 428-473, en p. 457.

La delegación española propuso el texto de un art. 10 en el que se preveía *una sola renovación* de la solicitud de suspensión por parte del Consejo de Seguridad (doc.: A/Conf.183/C.1/L.20, 25 junio 1998).

⁹¹ El texto del artículo 13.b, en el que se contempla, como hemos visto, el derecho de iniciativa del Consejo, no es idéntico al del artículo 16: allí se exige al Consejo de Seguridad que tome su decisión «actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII»; aquí se estipula «de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII». No parece haber nada detrás de estas diferencias de lenguaje. *Vid.* sobre este punto OOSTHUIZEN, G. H., «Some preliminary remarks on the relationship between the envisaged International Court Criminal and the United Nations Security Council», *Netherlands International Law Review*, XLVI (1999), pp. 313-342, en p. 333.

lo VII. Puede ser oportuno recordar que durante los trabajos preparatorios, se formuló la propuesta de aplicar, en estos supuestos de interrelación Consejo-Corte, también el Capítulo VI de la Carta⁹²; la propuesta no prosperó, claro, habida cuenta de que en el Capítulo VI se aborda el tema del arreglo de controversias entre Estados, cuestión que no encaja en el ámbito material de competencias de la Corte.

42. Siendo el que escribe iusinternacionalpublicista puede comprender lo conveniente de esta intervención⁹³, 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, ese órgano político. Y aun así, como jurista, al menos tres poderosos argumentos militan contra esa posibilidad que el Estatuto ha previsto:

– 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 políticas⁹⁴; *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 aquél 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,

⁹² *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. II (Compilation of proposals)*, doc.: A/51/22 (1996), p. 76.

⁹³ De «punto de equilibrio razonable» la ha calificado ZAPPALÀ cit. (nota 69), p. 85.

⁹⁴ 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*, pp. 21-22; en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta, Nicaragua c. Estados Unidos, *CIJ Recueil 1986*, pp. 434-35; o en el asunto sobre la aplicación de la Convención sobre el genocidio, entre Bosnia y Yugoslavia, *CIJ Recueil 1993*, p. 19.

máxime cuando, como aquí ocurre, estamos hablando de la violación de normas jurídicas de la máxima importancia para la comunidad internacional en su conjunto⁹⁵.

43. En todo caso, habría al menos que sostener una interpretación restrictiva de esta disposición, dado que en la misma se otorga a un órgano político poderes atípicos; esta 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 sólo en los casos en los que la continuación de la investigación o el 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.

44. En todo caso, lamento no compartir en sus estrictos términos la afirmación de que, dados los requisitos exigidos y otros elementos propios del funcionamiento del Consejo ex Capítulo VII, será «sumamente difícil» que éste pueda recurrir a la potestad que le otorga el artículo 16 del Estatuto⁹⁶; concedo de buen grado, sí, que «no será fácil».

2. Pero en conjunto un paso adelante para el derecho internacional humanitario

45. 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

⁹⁵ El profesor Mohammed BEDJAOUÍ, 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, sobre todo pp. 75-90.

⁹⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, «La progresiva institucionalización...», cit. (nota 65), p. 266.

sentido yo citarí, sin duda, y a lo expuesto en los apartados correspondientes me remito.

Sólo 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 consideraron 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.

46. 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, así como la de órganos y funcionarios internacionales importantes, como el Comité Internacional de la Cruz Roja o el Secretario General de la ONU; personalmente, también lo creo así⁹⁷.

3. El Estatuto es positivo (...) así como está, claro, sin cambios (sobre la propuesta de Estados Unidos de junio de 2000 y acerca de su naturaleza destructiva)

47. Un, sin duda, competente jurista en temas como este, el profesor Teodoro Meron, que fue, por cierto, miembro de la delegación de Estados Unidos en la Conferencia de Roma, advertía, allá por octubre de 1998⁹⁸, la posibilidad de que ese país pasara, en relación con el Estatuto, de la desilusión a una (al desenfreno pensaba yo escribir) «hostilidad activa». Crónica sin duda de una advertencia anunciada, el Gobierno de los Estados Unidos así lo ha hecho.

En marzo de 2000, a comienzos del cuarto período de sesiones del Comité Preparatorio, presentó informalmente propuestas claramente orien-

⁹⁷ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, «Lucas...», cit. (nota 10), pp. 134 y ss.

⁹⁸ *The Washington Post* de 13 de octubre de 1998.

tadas a rebajar, en lo que sería una «reconsideración» del Estatuto, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, según las tesis que su delegación defendió, y perdió, en la Conferencia de Roma.

En la tercera semana del mes de junio, en el quinto período de sesiones del Comité, Estados Unidos ha presentado formalmente ya una propuesta en dos textos distintos pero íntimamente unidos:

– Por una parte, propone un «Documento complementario» del Tratado de Roma, del Estatuto. En él en definitiva, se dispone que la Corte y la Organización de Naciones Unidas⁹⁹ acuerdan que el Tribunal sólo puede demandar la entrega o aceptar la custodia de una persona, que ha cometido actos bajo la plena dirección de un Estado miembro de Naciones Unidas, que así lo haya reconocido, y del que es nacional, cuando el Estado que ejerce el control es un Estado Parte en el Estatuto o si esas medidas han sido autorizadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de conformidad con la determinación del Consejo de Seguridad.

– Por otra, Estados Unidos propone añadir una nueva disposición a las que ya figuran en el artículo 98 del Estatuto, según la cual la Corte sólo puede proceder respecto de una *solicitud de entrega* o de la *aceptación de una persona bajo su custodia* de conformidad con sus obligaciones según el acuerdo internacional relevante¹⁰⁰.

⁹⁹ El Estatuto finalmente adoptado ha previsto un engarce entre la Corte Penal Internacional y la ONU: «La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta» (art. 2).

Durante los trabajos preparatorios, fueron varias las opciones barajadas para la relación Tribunal-ONU (hacer de él uno de los órganos de la misma incluso era una de ellas...). Prevalció la que respeta la independencia y autonomía de la Corte, pero en todo caso resultaba inevitable crear un vínculo entre Corte y Carta. El que fuera Relator en la CDI del Código sobre los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, D. THIAM, lo explicó con toda claridad: «Es difícil, en efecto, imaginar cómo podría el Tribunal funcionar ignorando a la Organización. El Tribunal necesitará el apoyo logístico de la ONU en lo que atañe a las cuestiones administrativas, por ejemplo, la elección de los jueces, y a cuestiones financieras. Pero independientemente de estas cuestiones de orden material, el hecho es que el Tribunal será competente respecto de materias que interesan directamente a la Organización, por ejemplo, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. ¿Cómo podría decidir sobre estas materias sin tener en cuenta la Carta de Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad?» (*Anuario CDI*, 1993, vol. I, p. 25).

Vid. MORI, *op. cit.* (nota 88), pp. 29-55; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 31-44.

¹⁰⁰ El texto de ambas en <http://www.igc.org/icc/html/us2000.html>. En relación con el artículo 98 del Estatuto, debe observarse que las Reglas de Procedimiento y Prueba adoptadas provisionalmente en el cuarto período de sesiones de la Comisión (marzo 2000) incluían respecto del citado artículo del Estatuto la Regla 9.19, en la que en una nota a pie de página se advertía que «es posible

La íntima imbricación entre ambas propuestas es evidente: la propuesta de adición al artículo 98 aporta la base indispensable¹⁰¹ para la plena efectividad del «Documento complementario». Repárese en que ese «acuerdo internacional relevante» al que se refiere el texto estadounidense sobre el artículo 98 es el «Documento complementario».

48. Las propuestas de Estados Unidos, de ser aceptadas, destruirían el delicado equilibrio que se consiguió, previo rechazamiento de propuestas estadounidenses esencialmente idénticas, en la Conferencia de Roma.

El juego conjunto de ambas propuestas implicaría, en definitiva, que el Estado de nacionalidad de un individuo acusado de cometer genocidio, un crimen de guerra o contra la humanidad tendría en su mano la jurisdicción de la Corte, «reventando» así lo alcanzado con el artículo 12 del Estatuto (que, recuérdese, tampoco es precisamente el ideal de lo perfecto) (*supra* párrafos 34-36); por otra parte, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (¿no lo es por ventura Estados Unidos de América del Norte?) pueden ejercer su derecho de veto en este sentido, con lo que se dinamitaría el compromiso alcanzado en los artículos 13 y 16 del Estatuto que permite pero limita la intervención en asuntos tales del Consejo de Seguridad (*supra* párrafos 39-44).

Es decir, con sus propuestas en el 2000, Estados Unidos pretende que se le entregue «la llave de la competencia»¹⁰² del Tribunal que, en 1998, la Conferencia de Roma no le entregó. No parece razonable.

49. A tenor de la rápida reacción de muchos interesados, no parece que la pretensión de Estados Unidos lo tenga fácil. Las ONG's han alertado públicamente del peligro tanto en relación con las propuestas informales de

que una delegación proponga una adición a la regla relativa al artículo 98» (PCNICC/2000/L. 1/Rev. 1, 10 de abril de 2000, p. 93); el texto definitivo del Proyecto de Reglas adoptado en su quinto período de sesiones, en efecto, muestra que «una delegación» ha propuesto y conseguido se incluya como párrafo 2 de la Regla 195 (relativa al art. 98 del Estatuto) el siguiente: «La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que suponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envía antes de entregar a la Corte a una persona que se encuentre en él» (PCNICC/2000/INF.3/Add.2 cit. *supra* [nota 75], p. 91).

¹⁰¹ De «plataforma necesaria» la califica la Coalición para una Corte Penal Internacional creada en 1995 e integrada por más de mil ONG y expertos en Derecho internacional («A short analysis of the proposed texts for art. 98 and the "Supplemental Document"», en <http://www.igc.org/licc/html/CICC200005a.html>, p. 1).

¹⁰² Uso la terminología del profesor RODRÍGUEZ CARRIÓN, *op. cit.* (nota 69), p. 177 («Lo realmente importante en el Estatuto finalmente adoptado es que la llave de la competencia no radique en el Consejo de Seguridad...»).

marzo como, ahora en junio, una vez formalmente planteadas¹⁰³. Y noticias de agencia, de las que se han hecho eco los medios nacionales de comunicación escritos, daban asimismo cuenta de que la iniciativa estadounidense para recortar sustancialmente los poderes del futuro Tribunal Penal Internacional, se había llevada a cabo «a pesar de los críticas entre sus más próximos aliados»¹⁰⁴. ¿No sería pertinente recordar, por ejemplo, que otros Estados con importantes contingentes militares que participan en el exterior (operaciones de mantenimiento o consolidación de la paz...), como Francia y Gran Bretaña (o, ¿por qué no decirlo?, España) apoyan el Estatuto y han iniciado ya los trámites para su ratificación?

V. SI EL ESTATUTO FRACASA, SU DERROTA «CONTAMINARÍA» AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

50. ¿Puede fracasar el Estatuto? Sí, lamentablemente puede ocurrir. Todo dependerá, claro, de la voluntad política de los únicos que pueden hacer que suceda o no suceda, los Estados.

A 7 de julio de 2000, con la de Canadá, catorce ratificaciones tenemos ya¹⁰⁵. Con todo mi respeto para todos, pero comienzan a aparecer ratificaciones de peso: Bélgica, Italia o Francia, por ejemplo. Además otros Estados ya han iniciado los trámites para su ratificación: España es uno pero hay más¹⁰⁶. En nuestro país, el Consejo de Ministros decidió (de mayo

Las propuestas de junio de los Estados Unidos han sido rechazadas de plano también por Women's Caucus for Gender Justice, «La propuesta sacrifica la independencia del tribunal y es contraria al Estatuto de Roma» («Recommendations and commentary...», cit. *supra* en nota 61).

¹⁰³ Por ejemplo, la Coalición para una Corte Penal Internacional: «Les Etats-Unis cherchent l'immunité face à la Cour Pénale Internationale» (Nueva York, 12 de abril de 2000, en <http://www.igc.org/html/pressreleasefrench20000412.html>, pp. 1-4; o «Las ONG's llaman públicamente a todos los Estados a preservar la integridad del Estatuto de Roma», pronunciamiento conjunto de 12 de junio de 2000 suscrito por numerosas ONG's ds, en <http://www.igc.org/icc/html/jointspanish20000606.html>, pp. 1-4; o «A short analysis of the proposes texts...» cit. (nota 101), pp. 1-3; también por la Women's Caucus for Gender Justice: «Recommendations...» cit. (*supra* notas 61 y 102).

¹⁰⁴ Por ejemplo, diario ABC del jueves 15 de junio de 2000, p. 34 («Washington insiste en descafeinar el TPI»).

¹⁰⁵ Bélgica, Belice, Canadá, Fiji, Francia, Ghana, Islandia, Italia, Noruega, San Marino, Senegal, Tayikistán, Trinidad-Tobago y Venezuela («Ratification status as of 12 June 2000», en <http://www.un.org/law/icc/statute/status.htm>, pp. 1-4; y al 7 de julio de 2000 en <http://www.icg.org/icc/romel/html/ratify.html>).

¹⁰⁶ Vid. «Country-by-country ratification status report (compiled by the Secretariat of the Coalition for an International Criminal Court as of 15 June 2000)», en <http://www.igc.org/html/country.html>.

de 2000) remitir a las Cortes el proyecto de ley orgánica por el que se solicita de las Cortes la preceptiva autorización previa para la ratificación del Estatuto, habiéndolo, hasta el momento, aprobado por unanimidad la Comisión de Exteriores del Congreso de los Diputados (miércoles 21 de junio de 2000).

Como el Estatuto exige el depósito de sesenta instrumentos de prestación del consentimiento para entrar en vigor (art. 126.1), ésta puede aún retrasarse.

51. El proceso de prestación del consentimiento, por lo demás, puede verse entorpecido con base en tres reflexiones:

(i) No serán, posiblemente, ni uno ni dos los Estados obligados a modificar su Constitución antes de la prestación de su consentimiento al Estatuto. No hace mucho que en Francia el Consejo Constitucional encontraba, en su decisión de 22 de enero de 1999, tres motivos de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, por lo que resultaba preceptiva, para poder ratificarlo, la previa revisión constitucional¹⁰⁷. Ésta se ha efectuado, pudiendo el país vecino depositar el instrumento de ratificación el 9 de junio de 2000¹⁰⁸.

En el caso del Derecho español, los artículos 56.3 y 71 y 102 de la Constitución, en los que se determina que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad, y, de otro, que el enjuiciamiento de personas aforadas corresponde al Tribunal Supremo, han propiciado interpretaciones según las cuales la Constitución española podría ser incompatible con el Estatuto de Roma. De ser así, como ya ocurriera con la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992), sería preceptivo la previa reforma constitucional (art. 95 de la misma). Ya antes de la disolución de las Cortes Generales (diciembre 1999), el entonces Presidente del Congreso, Sr. Trillo, se reunió con representantes de todos los grupos políticos para sondear su opinión al respecto, opinión que, según parece, resultó negativa en cuanto a la necesidad de la reforma constitucional. Hoy sabemos que el Gobierno ha remitido a las Cortes, el viernes 19 de marzo de 2000, el proyecto de ley orgánica que solicita la autorización parlamentaria preceptiva para la ratificación del Estatuto. Fuentes gubernamentales consultadas sostienen que no es preciso reformar la Norma Fundamental: en relación con el artícu-

¹⁰⁷ Vid. DOBELLE, J.-F., «La Convention de Rome portant statut de la Cour Pénale Internationale», *Annuaire Français de Droit International*, XLIV (1998), pp. 356-369 (en pp. 365-66).

¹⁰⁸ *Supra* nota 105.

lo 56.3, porque el Rey no tiene atribuidos funciones ejecutivas y sus actos son siempre refrendados por exigencia constitucional ¹⁰⁹; y respecto del fuero de determinadas personas, se ha considerado que éste se refiere a cuestiones internas, no resultando incompatible respecto de normas y órganos penales de naturaleza internacional.

(ii) 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 ¹¹⁰, y, de otro, porque si bien las reservas tienen su «luz» proyectan también sobre la seguridad jurídica ominosas «sombras» ¹¹¹, 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. En todo caso, una matización, bien es verdad que «de transición» (o eso se pretende), a la prohibición de formular reservas se encuentra admitida por el artículo 124 del Estatuto al que ya me he referido (*supra* parágrafo 33).

(iii) El mayor peligro, empero, sigue radicando en lo que el profesor Meron calificó, y ahora se comprende que se trataba de un edulcorado eufemismo, de «hostilidad activa» del Gobierno de los Estados Unidos (*supra* parágrafo 47). Va a ser muy difícil, en efecto, que ese país cambie su posición, con lo que tendremos que pensar, seguramente, en un Estatuto sin Estados Unidos. Bueno, no es que sea lo mejor, pero ¿detendrá acaso el

¹⁰⁹ Artículo 64.1 de la misma.

Es la tesis que ha defendido, entre otros, el magistrado del Tribunal Constitucional Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, «Se han escrito muchas páginas acerca del refrendo de los actos regios. Pero la conclusión a la que se llega es siempre la misma: Si el Rey no decide, la formalización del refrendo hace recaer sobre el que propone libremente, o transmite el acuerdo de una institución, la responsabilidad en que pudiera incurrirse». Según el magistrado, «una reforma de la Constitución española, suprimiendo la exención de la responsabilidad del Rey, atentaría contra uno de los postulados esenciales de la Monarquía parlamentaria».

Y añade: «No parece incorrecta la redacción del artículo 27 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional: "El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno..."». Lo impropio es no distinguir, dentro de la categoría de Jefes de Estado, a los Presidentes de República y a los Reyes, y entre los Reyes diferenciar a los que, como el español, reinan pero no gobiernan (...)» («El Rey reina, pero no gobierna», *ABC*, miércoles 24 de mayo de 2000, p. 3).

¹¹⁰ Un elogio de la prohibición de formular reservas en tanto en cuanto evita una selección a la carta de los crímenes internacionales más graves en ESCOBAR HERNÁNDEZ, «La progresiva institucionalización...», cit. (nota 65), pp. 238-239.

¹¹¹ *Vid ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 330 y ss.

planeta su órbita alrededor del sol por esa causa? Difícil, decía, que cambie de posición; sí, y me baso para pensar así, por ejemplo, en datos como éste: el celeberrimo senador Jesse Helms, Presidente, como es sabido, de la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado, ha exigido a la Administración estadounidense que deje todo, en este tema, «atado y bien atado», pidiéndole garantías de que:

- Estados Unidos nunca votará en el Consejo de Seguridad la decisión de enviar un caso ante la Corte Penal Internacional.
- Nunca colaborará, de ninguna forma posible (financiación, cooperación jurídica...) con el Tribunal Penal Internacional.
- Estados Unidos incluirá en todo tratado internacional de extradición la prohibición de extraditar nacionales de Estados Unidos ante la Corte.
- Que haga lo mismo en todo tratado internacional pertinente respecto de militares estadounidenses, en relación con fuerzas estadounidenses en el exterior o en el marco de operaciones de paz llevadas a cabo por la OTAN o la ONU.
- Que Estados Unidos no estacione u opere fuerzas armadas de ningún tipo en el territorio de Estados que no hayan aceptado esa prohibición ¹¹².

52. Debemos aprovechar la oportunidad presente ¹¹³. 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 Derecho penal y en Derecho internacional público, pues habiendo llevado a cabo en esta materia «una función motriz» ¹¹⁴ no podemos en esta hora decisiva abandonar el convoy.

53. Porque aún es posible, este trabajo, como tantos otros «que hacen fuerza» para que el Estatuto entre en vigor, está justificado. Pero lo estaría igualmente o más aún si, por magia no explicada, supiéramos de su

¹¹² En la sección de opinión («personal view») del *Financial Times* de 30 de julio de 1998 (J. HELMS, «Slay this Monster», p. 12).

¹¹³ 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» («Réflexions sur la création d'une Cour Criminelle Internationale», *Theory of International Law at the threshold of the 21 st. Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, edit. Por J. Macarczyk, Kluwer, La Haya, 1996, pp. 859-890, en p. 890).

¹¹⁴ PIGRAU SOLÉ, A., «Elementos de Derecho internacional penal», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1997*, Edic. de la Universidad del País Vasco-Tecnos, Madrid, 1999, pp. 130-176, en p. 176.

fracaso. Al advertir de la bondad de lo que se ha perdido, sembraríamos la semilla de lo que puede venir (...) de nuevo. ¿Un Estatuto sin Estados Unidos, repito?: ¡Desde luego que sí! La Corte, aun en el peor de los casos, esto es, una Corte sin ese país y aun inactiva algún tiempo u ocupada sólo de casos menores respecto de una terrible realidad, es un símbolo, y personalmente comparto la opinión de Lori Fisler Damrosch de que «es preferible contar con un símbolo en marcha que no tener ninguno»¹¹⁵.

De los símbolos, la historia de la humanidad lo demuestra, se puede esperar mucho, casi todo; basta con pertrecharse de la paciencia necesaria. Un Tribunal como el que crea el Estatuto de Roma es, sí, una decisión de los Gobiernos, pero encuentra sus vigorosas raíces mucho más allá, de la presión a lo largo de varios años de ONG's, de fundaciones, organizaciones religiosas, víctimas del terrorismo, de movimientos pro-derechos humanos (...). Es decir, la Corte nace de un movimiento que viene desde abajo y no al revés, y esto es una razón para la esperanza.

Lo importante es no rendirse nunca, y seguir buscando al soldado Ryan. Porque «el que resiste gana».



¹¹⁵ DAMROSCH, *op. cit.* (nota 13), p. 241.