

El Tribunal Penal Internacional: su justificación desde el análisis jurídico penal

LUIS MIGUEL BUENO PADILLA
Universidad de Córdoba

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. El Derecho Penal Internacional
 - A) La premisa: el individuo como sujeto internacional
 - B) Aportaciones sobre el concepto de Derecho Penal Internacional
 - C) Los precedentes jurisdiccionales
- III. El Tribunal Penal Internacional
 - El problema de la extraterritorialidad
 - La creación del TPI y su relación con la ONU
 - Comentario al Estatuto de Roma
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía básica utilizada

I. INTRODUCCIÓN

Los crímenes de los que tenemos noticia diariamente provocan en la mayoría de nosotros, meros espectadores de las calamidades que otros sufren, indignación e impotencia; baste mencionar, por su penosa celebridad, los conflictos que tuvieron lugar en la ex-Yugoslavia, en Ruanda, en Timor oriental, en Chechenia, o los desmanes recién descubiertos en América latina, todos ellos ejemplos de las continuas violaciones de los derechos humanos y liber-

tades fundamentales que se producen en todo el mundo, y cuya gravedad trasciende las fronteras de los Estados. Es indiscutible, por tanto, la necesidad de una protección *real* - pues las virtudes de la palabra no bastan para el desempeño de esta tarea - que no descuide el sistema de punición. No es necesario describir las atrocidades que tanto nos conmueven y encolerizan, calificadas en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como «actos de barbarie ultrajante para la conciencia de la humanidad». Todos coincidimos en que la Justicia Internacional debe amparar a los individuos y sus derechos sin ningún tipo de reservas. El art. 26 de la citada Declaración dispone que: «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

Postulamos, entonces, un orden internacional que asegure la eficacia de los derechos y facultades proclamados con hermosas palabras tanto en los textos internacionales como en los nacionales. Fruto de ese empeño ha sido la construcción, más allá de los Estados y sus limitaciones territoriales, de un entramado judicial que ha dado al mundo diversos órganos encargados de velar por el cumplimiento de ese propósito. La protección que ofrece uno de ellos,

la Corte Penal Internacional, es de carácter selectivo y obedece a los principios generales informadores del Derecho Penal, fragmentariedad e intervención mínima, castigando los hechos típicos de mayor gravedad. Ocupa, por tanto, el último reducto de esa jurisdicción en ciernes.

Con este esforzado -que no por ello valioso- estudio, hemos intentado revisar el significado de este órgano y del ordenamiento en que se ampara, descendiendo en particular a examinar el Estatuto que le sirve de base, siempre desde un punto de vista jurídico-penal internacional.

El riesgo de proceder a un análisis del Estatuto, por lo demás, era considerable. Primero, porque ya existen brillantes trabajos realizados por profesionales del derecho que han perseguido el mismo objetivo. Por eso no hemos querido detenernos demasiado ni en la lectura de tales estudios, para evitar los perjuicios derivados de la inevitable comparación, ni en los recelos que suscitaría tal empresa, por cuanto podría arruinar la reputación de la revista. Y segundo, existía también el riesgo de la dispersión. La materia es tan rica que un estudio aceptable de su entera complejidad desplazaría al resto de articulistas y arruinaría, igualmente, al editor, aunque lo más probable hubiese sido que tal desplazamiento se hubiese producido en sentido contrario.

En definitiva, el autor estará satisfecho, de cualquier forma, en la medida en que suscite en el lector la curiosidad, si no por el Derecho Penal Internacional y la Corte, por cualquier asunto que merezca agitación intelectual.

II. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A) La premisa: el individuo como sujeto internacional

En todo sistema jurídico el individuo es objeto, al menos, de una doble consideración: una, como sujeto que el De-

recho pretende proteger; otra, como sujeto merecedor de sanción jurídica - lo que se conoce como "capacidad de obrar pasiva". En cuanto a la primera, en el Derecho Internacional actual el individuo se encuentra *teórica y formalmente* acorazado, e incluso comienza a afirmarse un progresivo reconocimiento de la subjetividad del mismo (en algunos supuestos, está capacitado para reclamar internacionalmente contra un Estado. Es el caso, por ejemplo, del art. 25 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En cambio, en lo que se refiere a la responsabilidad internacional en que pudiera incurrir por sus actos, la "persona humana" ha gozado tradicionalmente de impunidad, debido a la ausencia de órganos e instrumentos habilitados para conocer de las violaciones de derechos que esos sujetos pudieran cometer. Esto quiere decir que "la responsabilidad del individuo se hace efectiva, en la práctica, a través de la acción de los Estados y sus tribunales", como afirma el profesor Carrillo Salcedo; existe una jurisdicción limitada, en materia delictual, al ámbito exclusivamente nacional de cada Estado. ¿Qué ocurre, pues, cuando una persona lleva a cabo crímenes de descomunal envergadura menoscabando bienes cuya salvaguarda se entiende universal?

Los representantes de los Estados, siendo culpables de vergonzosas atrocidades, han quedado tradicionalmente alejados de la acción represiva, preventiva y reinsertadora del derecho. Son los tribunales internos de cada Estado, y no un Tribunal Penal Internacional permanente, los que juzgan habitualmente comportamientos prohibidos por normas jurídicas internacionales. Y en todo caso, muchas veces es el Estado el «imputado», permaneciendo la persona en una posición de inmunidad de hecho, que resiste a la acción judicial, no por la inexistencia del sistema, sino por la precariedad del ordenamiento jurídico aplicable en relación con estos casos - individuales y personalizados - de considerable gravedad.

Según la profesora Amparo San José

Gil, si los individuos perjudicados son los lesionados por la violación de las normas del Derecho Internacional, sólo ellos pueden acudir a las instancias que existen en este ordenamiento, que actualmente, a su juicio, resultan "escasas e inefectivas". Por un lado, las víctimas de estas violaciones quedan desamparadas, sin posibilidad de exigir justicia, a pesar del grueso formado por Tratados y Convenciones, y de otro lado, los autores descansan plácidamente escudados en la flaccidez del sistema. Otra estudiosa del asunto, la profesora Ana Salado Osuna, admite en este sentido que, frente a la "inflación normativa" que existe en el derecho internacional representada por una ingente cantidad de Tratados, el número de ellos que adoptan mecanismos eficaces en su texto es reducido. Esto significa que el conjunto de derechos «universales» resulta ser para muchas personas una realidad meramente ideológica, etérea, al no plasmarse de una vez la materialización de la tutela mediante la acción de Tribunales u órganos que desempeñen tal función garantista, cuya legitimación primera reside en el reconocimiento del marco normativo penal correspondiente.

B) Aportaciones sobre el concepto de derecho Penal Internacional

Ocupémonos, entonces, de aproximarnos a la noción de Derecho Penal Internacional.

Cualquier aspirante a jurista conoce sobradamente la noción usual de Derecho Penal, concebido como un conjunto de normas jurídicas (estatales) que tienen como presupuesto al delito y como principal consecuencia jurídica a la pena y a la medida de seguridad. Constituyen estas normas un cuerpo diferenciado por virtud de su contenido y virtualidad jurídica, en la medida en que el ordenamiento penal reacciona conforme a unos principios específicos, sirviendo de instrumento último a la protección de los bienes jurídicos más importantes.

Según esto, podríamos describir "ex hipotesi" un ordenamiento penal internacional tan sólo ampliando el ámbito de aplicación de dichas normas jurídico-penales más allá de los Estados, reconociendo la jurisdicción ultraestatal del órgano jurisdiccional internacional que hubiera de aplicarlas. André Huet y René Koering Joulin dan, en este sentido, una definición así de sencilla: "le droit pénal international est la bronche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international" (el derecho penal internacional es la rama del derecho criminal que regula el conjunto de conflictos penales que se plantean en el plano internacional). Los llamados "problèmes pénaux" han de entrar en conflicto con las normas de convivencia *internationales*, y comprender la violación de bienes de esa misma naturaleza, es decir, que interesen a toda la comunidad internacional en su conjunto.

Desde que Bentham utilizara por primera vez la denominación de Derecho Penal Internacional, la controversia con respecto al concepto, y a la realidad que designa, ha sido intensa en la doctrina. En primer lugar, a la existencia misma del Derecho Penal Internacional como estructura normativo-jurídica se han opuesto juristas ilustres. Tal ha sido el caso de Von Listz, de Binding, o de Beling. Para ellos el contenido de este Derecho es estrictamente nacional o interno: se trata de establecer normas que cada Estado sanciona con el propósito de crear su propio ámbito espacial de derecho punitivo, negando la dimensión supraestatal.

Para Von Rohland, otro jurista destacado, se trata de un conjunto de principios del derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y bienes jurídicos. Como vemos, esta noción parece rechazar la posibilidad de normas penales de naturaleza internacional, limitando a una tímida prolongación de la territorialidad el compromiso del Estado con el supues-

to orden penal universal. Sobre esta cuestión, la de la extraterritorialidad, volveremos más tarde.

Donnedieu de Vabres, por su parte, defiende una concepción más descriptiva, pero no por ello generosa: este Derecho Penal Internacional podría identificarse como "la ciencia que determina la competencia de jurisdicciones penales del Estado frente a jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y personas que allí viven y la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras." Tampoco en este caso se pretende la construcción de un ordenamiento "independiente" de las jurisdicciones nacionales, sino tan sólo un conjunto de excepciones a la territorialidad, referentes a la competencia de los jueces, la aplicación y la autoridad de las leyes penales, en supuestos siempre esporádicos, evitando un compromiso necesariamente sólido (y es ésta, en síntesis, la fórmula que actualmente se ha adoptado en la resolución de ilícitos penales internacionales).

Nosotros coincidimos con Vierra en que "el objeto del Derecho Penal Internacional es encarar las acciones punibles (de los individuos) que poseen elementos supranacionales o extranjeros", siempre que esos elementos sean bienes jurídicos esenciales cuya protección interese a la comunidad internacional. La misma naturaleza del Derecho Penal obliga, como sabemos, a que esos bienes susceptibles de tutela sean los de mayor relevancia. No cabría plantear, por ejemplo, la articulación de los mecanismos del Tribunal Penal Internacional en el caso de un simple delito de estafa. De esta lógica previsión participa el Estatuto de Roma, por cuanto los delitos competencia de este Tribunal reducen aún más el estrecho elenco de infracciones, limitándolas a tres grandes figuras, las más graves y merecedoras de un formidable reproche penal (reducción que ha sido objeto de crítica por algún sector de la doctrina).

cepto, pueden encontrarse también teorías diversas. Dice Guillermo Fierro que "desde Binding la denominación de Derecho Internacional Penal es mala, desacertada, inapropiada e inexacta, por cuanto ni en su origen las normas son de derecho internacional, ni en su contenido establecen delitos o penas que afecten a la comunidad internacional de Estados." De ahí que insistamos en el carácter de "ultima ratio" que ha de preservar el Derecho Penal Internacional en sus normas.

La importancia de la construcción lingüística no es, en ningún modo, despreciable: la elección de uno u otro adjetivo concede primacía a la rama jurídica correspondiente, y como consecuencia de ello, a sus principios informadores. Así, al hablar de *Derecho Internacional Penal*, la preeminencia la ostenta el Derecho Internacional, de modo que, como observa Plawski, configuraríamos una especie de ordenamiento "dedicado exclusivamente a castigar a los Estados por la violación de las normas internacionales (derecho interestatal)", en este caso, de carácter penal. Si, por el contrario, anteponeamos el término "penal", en la expresión *Derecho Penal Internacional* se refuerza la vertiente propia de esta disciplina y entendemos que se concreta la naturaleza de las infracciones: los "delicta iuris gentium" serían presupuestos primordiales de este derecho, y los bienes supremos, como la paz, la cooperación entre los Estados, o la buena fe, referidos al ámbito penal, cederían el protagonismo a los realidades mucho más concretas. Al respecto, hemos creído oportuno recoger la tesis que mantienen los ya mencionados André Huet y Renée Koering Joulin. La inexactitud, según ellos, del contenido de la denominación "Derecho Internacional Penal", justifica su necesaria mutación en "Derecho Penal Internacional". Para algunos autores, el Derecho Internacional Penal engloba infracciones internacionales cometidas en el marco de las relaciones entre los Estados ("dans le cadre des rapports entre Etats"), siendo éstas muy reducidas: crímenes contra la paz; crí-

menes contra la humanidad y crímenes de guerra. Para otros autores, sin embargo, el Derecho Internacional Penal recoge infracciones definidas por las normas internacionales, pero en este caso, de una amplitud mucho mayor: tráfico de estupefacientes, ruptura de cables submarinos, trata de personas, discriminación racial... De ahí la preferencia por el Derecho Penal Internacional, que no se presta a equívocos, y que, entendemos, en virtud de su naturaleza original de "ius puniendi", limita su ámbito a determinadas figuras con la consiguiente seguridad jurídica. Esto debe entenderse sin perjuicio de que el contenido de la disciplina pueda enriquecerse en beneficio de la tutela de los derechos humanos.

La Corte Penal Internacional es, por tanto, dentro de la «fragmentariedad» característica del Derecho Penal, dentro del ordenamiento internacional de naturaleza penal, el último reducto del mismo, es decir, el órgano que aplica el Derecho más contundente.

C) Los precedentes jurisdiccionales

Especial referencia al Tribunal de Nüremberg: ¿ejemplo a seguir?

En el acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945 se adopta el Estatuto definitivo del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. La doctrina considera este proceso, de forma mayoritaria, como el precedente más relevante en lo que al Derecho Penal Internacional se refiere. Por primera vez - independientemente del fallido intento de crear un Tribunal semejante en el Tratado de Versalles (art. 228 y ss.) que finalmente fue sustituido por los "procesos de Leipzig" - se instituye un órgano de carácter internacional para conocer de los hechos punibles cometidos por individuos pertenecientes a varios Estados.

Insistimos en el vocablo *individuos*, pues fue ésta una de las innovaciones de Nüremberg: el problema de la *responsabilidad individual*. Los hacedores

de este tribunal se adelantaron a las exigencias que todavía hoy planteamos: como afirma Guillermo Fierro, ya "es hora de dejar de utilizar la remanida excusa de que los autores de las atrocidades fueron los alemanes, los nazis, los japoneses, los serbios, los croatas, los hutus, etc, abstracciones que rara vez tienen nombre y apellido". Aquí, la palabra "nazis" ha de entenderse como ideología política de la colectividad, es decir, "nazismo". Y «...el nazismo no ha matado a nadie. Son los nazis quienes han matado, masacrado, torturado y todo lo que ya sabemos. Los nazis, es decir, los hombres; hombres que no tenían ninguna deformación monstruosa, que se parecían a todos los que pueblan el planeta...»(Casamayor). La responsabilidad penal siempre deberá ser individual, independientemente de los deberes del Estado infractor en cuanto a reparación civil y otras sanciones pertinentes. Es el individuo y no la ideología, el que ha de ser destinatario de la norma sancionadora.

No obstante, los procesos de Nüremberg han sido objeto de multitud de críticas. Se insiste continuamente en que las penas sólo se aplicaron a los vencidos. El Tribunal de Nüremberg era órgano sometido a los dictámenes de las potencias aliadas, ajeno a la imparcialidad inherente a toda instancia judicial, debido a las circunstancias especiales de su gestación: la conformación de este tribunal como el de "los vencedores" explica el resto de irregularidades que tanto se han criticado. La principal es la violación del principio "*nullum crimen nulla poena sine lege*" formulado por Feuerbach en 1801, razón de ser del sistema de punición contemporáneo. A pesar de opiniones como las de Jiménez de Asúa - «algunos se han lanzado en un intento de evitar la impunidad de crímenes atroces, a demoler principios garantizadores de la libertad de los hombres» - nosotros nos inclinamos por «indultar» al tribunal de los aliados, pues creemos que determinadas situaciones exigen, por su gravedad excepcional, medidas igualmente excepcionales, y Nüremberg constituye sin duda uno de

estos raros ejemplos donde el fin justifica los medios.

El caso es que el principio de legalidad no se cumplió en Nüremberg, salvo en los crímenes de guerra, recogidos en abundantes tratados anteriores, como la Declaración de París sobre la guerra marítima de 1856, la Declaración de San Petesburgo de 1868, los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 sobre la guerra terrestre o el Protocolo de Ginebra de 1925.

El respeto al principio de legalidad, exigencia "sine qua non" para cualquier ordenamiento jurídico moderno, equivale en Derecho Penal a un escrupulosa configuración típica, tanto de los hechos delictivos como de las sanciones penales correspondientes. El problema en Nüremberg fue la tipificación, principalmente, de las penas, pues los delitos aparecían recogidos "grosso modo" en el catálogo delictual contenido en la Carta anexa del Tribunal Militar de Nüremberg, que diferenciaba tres supuestos en su artículo 6º:

- crímenes contra la paz: es decir, iniciar una guerra o acto de agresión violando los Tratados internacionales.
- crímenes de guerra: principalmente violaciones respecto del Derecho de la guerra, incluyendo los asesinatos y devastaciones de poblaciones civiles.
- crímenes contra la humanidad: asesinatos, exterminación, deportación, sometimiento a esclavitud y persecución por motivos políticos, religiosos o raciales.

Con respecto al enjuiciamiento de estos últimos el Tribunal se consideró incompetente, por su propia naturaleza militar, para conocer de esos casos, excluyendo por tanto hechos tanto o más dignos de reproche que los anteriores.

En la medida en que la tipificación de estos crímenes se realiza una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, es decir, tras la "comisión de los hechos",

se contradice la naturaleza lógica de toda ley: la regulación de hechos futuros. Esta crítica al carácter retroactivo de las normas aplicadas en los procesos de Nüremberg es otra de las comúnmente utilizadas, que se deriva, además, de la mencionada vulneración del principio de legalidad. Nosotros hemos buscado amparo, para fundar nuestra oposición al juicio antes expuesto de Jiménez de Asúa, en la autoridad de Binding, para quien sólo una concepción «rabiosamente positivista puede decir que la antijuricidad de una acción depende de su tipificación por el legislador».

Otro de los aspectos de la dogmática jurídico penal a destacar es la no admisión de la obediencia debida como causa de justificación. El cumplimiento de las órdenes ilícitas - en un amplio sentido del término - de un superior, no eximía de responsabilidad criminal en Nüremberg, sino que sólo se aplicaba como atenuante si las circunstancias así lo requerían y permitían. La no inclusión de esta tradicional eximente se entiende desde la teoría finalista del dominio del hecho: para jefes de máxima jerarquía, obviamente, se rechaza esta posibilidad, por su capacidad de decidir la suerte de los hechos cometidos; para el resto de subordinados, sería de uso la atenuación de la pena, siempre que se demostrara la especial relación de sujeción a las órdenes del superior jerárquico - se habla de coacción -, así como la imposibilidad de rehuir dichas órdenes sin sufrir castigo o reprimenda. Dadas las características de los hechos y las circunstancias en que los procesos de Nüremberg se celebraron - tras la tragedia de la guerra y el holocausto - nos parece justificable un mayor endurecimiento de las condiciones requeridas para la expresada atenuación por "obediencia debida".

Existen otros asuntos de interés, como el de la participación en los hechos delictivos. Imaginemos a Hitler como único autor de las masacres: "un autor y sesenta millones de cómplices", ironiza Jürgen Baumann. Obviamente esta conclusión es exagerada, pero re-

vela que en la apreciación de la responsabilidad por las atrocidades cometidas, en este caso, no es admisible una estricta valoración de la participación, sino la pluralidad de autores, o en todo caso, la homogeneidad en la responsabilidad para el autor y el partícipe.

Pero no abundaremos más en el análisis, que podrá resultar ya fatigoso para el lector. Concluamos este apartado insistiendo una vez más en la relevancia de este Tribunal, que a pesar de sus irregularidades, contribuyó en gran medida al refuerzo de la Justicia Internacional y a su materialización como realidad jurídica en las conciencias de los hombres.

El Tribunal de Tokio

Una proclama del comandante supremo de las fuerzas de ocupación del Japón (Douglas Mac Arthur, el 19 de Enero de 1946) creó el Tribunal de Tokio. Los procesos que allí tuvieron lugar han quedado tradicionalmente relegados a un segundo plano, eclipsados por los juicios de Nüremberg, sobre todo por la importancia de los sujetos imputados en uno y otro caso. También, advierte Fierro, por la "mayor calidad técnica del fiscal general Robert Jackson, comparada con su similar en Tokio, Joseph B. Keenan, que fue elegantemente reemplazado" a causa de su incompetencia. En Tokio, además, se dieron circunstancias distintas a las de Alemania: EEUU pactó con Japón la inmunidad del emperador Hiro hito, protección para un miembro de la cúpula estatal impensable en Nüremberg.

El caso de Hiro-hito no deja de ser interesante. Como monarca absoluto pretendió una política de expansión, en los primeros años de su mandato. Decidió el sorprendente ataque a la base estadounidense de Pearl Harbour -otro desastre rescatado para los cines recientemente-, pudiendo haber evitado la participación del Japón en la Segunda Guerra Mundial. Al finalizar ésta, con las ciudades de Hiroshima y Nagasaki reducidas a escombros por la salvaje bruta-

dad norteamericana, Hiro-hito colaboró con las tropas de la potencia vencedora para hacer del Japón un Estado democrático, renunciando públicamente al carácter divino de su potestad imperial. Su destreza lo salvó, quizás, de un juicio inminente. Pero, como era necesaria una cabeza de turco, los estadounidenses se cebaron en el general Tojo Hideki, primer ministro durante la guerra. Hiro-hito murió a causa de una enfermedad en 1989, a diferencia de otros líderes internacionales juzgados y sentenciados por los tribunales militares.

Afortunadamente existen opiniones encontradas en la doctrina que enriquecen considerablemente nuestro estudio. La prueba de ello viene a continuación: Juan José Díez Sánchez, en su libro "El Derecho Penal Internacional", denuncia el vacío existente en cuanto a un sistema internacional de protección y punición de carácter penal. No duda este autor en calificar de "infames" los precedentes de Nüremberg y Tokio, valoración fundada en la naturaleza misma de aquellos Tribunales: no se evitó "lo que nunca debe hacerse con el Derecho Penal, esto es, ponerlo a disposición de los poderosos, de los vencedores en este caso, sacrificando sin más cuantos axiomas sean precisos con tal de imponer la razón de la fuerza". Se adhiere, pues, Díez Sánchez a la tesis defendida por Jiménez de Asúa, pero nos parece innegable admitir, y así nos atreveremos a reconocerlo «ad nauseam», que con aquellos dos procesos se dio un gran paso en cuanto a la formación, o si se prefiere, a la ideación de un sistema penal internacional, un avance en todo caso de suerte que permite corregir errores y rescatar logros. Pero la discusión parece infructuosa. Abandonemos este método expositivo de opiniones ajenas que refuerzan o contradicen la propia, y centrémonos en la problemática actual.

El Tribunal para la antigua Yugoslavia

Creado por la Resolución 808 de 22 de Febrero de 1993, aprobada unánimemente en el Consejo de Naciones Uni-

das, se trata de un Tribunal "ad hoc" formado por once jueces con mandato de cuatro años, elegidos por la Asamblea General a propuesta del Consejo de Seguridad de la ONU, y que actualmente desempeña sus funciones en la Haya. A diferencia de Nüremberg y Tokio, este Tribunal no contempla la pena de muerte entre las posibles sanciones a aplicar, pero, puesto que su constitución data de 1993, incurre de nuevo en la aplicación retroactiva de normas con respecto a los hechos acaecidos desde 1991.

La actuación de este Tribunal, en la que pocos creían, está siendo firme y decidida. Aunque en un principio la labor se presumía ardua y dificultosa el Tribunal de la Haya está demostrando que su maquinaria realmente funciona: así ocurrió con la sentencia condenatoria a Erdemovic, oficial croata bosnio, consistente en diez años de privación de libertad por su participación en la "limpieza étnica" de Srebrenica, en Junio de 1995, y que Naciones Unidas consideró como "una de las matanzas más sanguinarias de la guerra de Bosnia". (En ella perecieron fusilados más de cinco mil musulmanes). Así mismo, el 14 de Julio de 1997, Dusan, *Dusko*, Tadic, que trabajó como guardián en los campos de concentración de Omarska, Trnopolje y Keraterm, fue condenado a la pena de veinte años de prisión por la participación en el asesinato de dos musulmanes y la tortura de ciudadanos bosnios. Posteriormente, el 15 de Diciembre de 1999, este Tribunal juzgó a Goran Jelusic, obrero agrícola, quien, según los jueces del Tribunal, "se jactaba de tener la costumbre de asesinar a 20 o 30 personas antes de desayunar". Este individuo fue condenado a la pena de cuarenta años de prisión, por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Pero la noticia más espectacular y ansiada ha sido, por fin, el procesamiento de Milosevic, producto de una dudosa operación en la que la efectividad de la jurisdicción del tribunal dependió, lamentablemente, de una contraprestación pactada consistente en sumas de dinero.

El Tribunal para Ruanda.

Creado por la Resolución 955 de 8 de Noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad, su finalidad es juzgar los crímenes y violaciones cometidos en Ruanda desde enero a diciembre de ese mismo año. Se trata, al igual que el Tribunal para Yugoslavia, de una instancia "ad hoc", es decir, no permanente.

Este Tribunal, cuya sede está en Arusha (Tanzania), prosigue su actuación y ya ha enjuiciado a muchos imputados: a Deogratias Bizimana, médico de la etnia "hutu", al civil Jean Paul Akayesu, a Clement Kayishema e Ignace Bagilishema, responsables de genocidio y crímenes contra la humanidad, o a Georges Anderson N. Rutaganda, un importante hombre de negocios y alto cargo de algunas firmas comerciales, condenado por la matanza de "tutsis" en 1994 a prisión perpetua. Estos son algunos ejemplos. No se admite aquí, al igual que en el caso del Tribunal para la ex -Yugoslavia, y a diferencia de Nuremberg y Tokio, la pena de muerte.

Aunque poseen primacía con respecto al resto de tribunales nacionales de los Estados miembros, y sus sentencias tienen efectos "erga omnes" con valor de cosa juzgada, la naturaleza temporal y subordinada a la ONU de estos tribunales -recordemos, creados por resolución del Consejo- implica dos obstáculos: de una parte, con respecto a los Estados miembros en particular, pues franquea los límites de la imparcialidad, y no respeta con escrúpulos el principio de legalidad; de otra, con respecto a la comunidad internacional en general, por su "volatilidad", su temporalidad, su carácter eminentemente instrumental, nunca comparable a la sólida actuación de un ente permanente, sujeto a todos los imperativos legales, que desempeñara sus funciones sin limitación espacial y temporal. ¿Es ese ente virtuoso la Corte Penal Internacional?

III. EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)

La voluntad y el empeño de crear una Corte Permanente que refuerce con vigor el sistema internacional de protección de derechos se han manifestado en diversas ocasiones y circunstancias. Así, por ejemplo, en el coloquio internacional sobre derechos humanos celebrado en la Universidad de la Laguna del 1 al 4 de Noviembre de 1992 - de donde procede la Declaración de la Laguna - se puso de manifiesto la preocupación por la constitución de la Corte. Del articulado de la Declaración destacamos el art. 29, que habla de la conveniencia de que las violaciones de los derechos humanos sean castigadas rápidamente con sanciones impuestas directamente a sus autores; de la aceptación del principio general de competencia universal para la persecución y castigo de estos criminales (siempre que no exista esa Corte Penal Internacional); y de la creación de un Tribunal Penal Internacional, anunciada ya en 1948, que podría ser competente como jurisdicción de apelación y en defecto de tribunal nacional, como instancia subsidiaria para el enjuiciamiento de crímenes contra los derechos humanos.

Por otro lado, el art. 5 de la Convención para la prevención del Genocidio también contiene un significativo enunciado: "los que cometan genocidio serán juzgados por un Tribunal competente del Estado... o ante una Corte Penal Internacional cuya jurisdicción haya sido reconocida por las partes". En el mismo sentido, la Asociación Internacional de Derecho Penal, en su reunión de Río de Janeiro, en la que se celebró el XV Congreso Internacional de Derecho Penal, del 4 al 10 de Septiembre de 1994 y a la que asistieron juristas representantes de 47 países, reiteró la exigencia de la creación de una Corte Permanente como cúpula de un sistema de derecho internacional criminal. Por último, el Congreso de los Diputados aprobó, el 24 de Octubre de 1995, una Resolución relativa a la ONU que, en la

parte de dedicada a los "retos" perseguidos por esta organización, se lee que "las Naciones Unidas deberían estudiar el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional (...) dotándole de recursos y medios para garantizar la eficacia de su tarea".

Se apreciaba cierta perseverancia en la comunidad internacional con respecto al prurito de instituir una Corte Penal permanente. No se ha tratado, por tanto, de una extravagancia ocasional, sino de la explícita demanda que realizan los Estados - si no todos, en su mayoría - del establecimiento de un Tribunal que resuelva los problemas de jurisdicción y enjuicie los hechos más graves que con tanta frecuencia eluden la esfera de actuación de los tribunales nacionales.

- El problema de la "extraterritorialidad"

La inexistencia durante muchos años de una jurisdicción internacional capaz de enjuiciar los hechos delictivos referentes a "bienes e intereses universales" ha requerido de los Estados la articulación de instrumentos que hagan posible, en alguna medida, esa jurisdicción. Hoy funciona un elaborado mecanismo: el reconocimiento de la extraterritorialidad de la actuación judicial, recogido en nuestra legislación por la LOPJ, en su artículo 23, apartados segundo, tercero y cuarto. En lo que nos interesa es este último, *el principio de justicia universal*, el artificio jurídico que solventa la incierta eficacia del Derecho Penal Internacional.

Según este principio es posible para un Estado enjuiciar hechos delictivos cometidos en cualquier lugar, siempre que existan unos requisitos concretos, tanto en el autor (no indultado, penado, absuelto o condenado por el mismo hecho anteriormente...) como en la misma infracción (delito con entidad suficiente, relativo a los intereses de la comunidad internacional, punible en ambos Estados...). Aun así, la aplicación del citado principio es fuente de controversias: su uso ha sido calificado de

"imperialismo jurisdiccional" (Miaja de la Muela), y últimamente se confunde con la "injerencia humanitaria", de no muy vetusto abolengo en el Derecho Internacional.

Al respecto, la OTAN, se ha planteado alguna vez, cuando las tensiones entre las potencias han disminuido, la protección de los derechos humanos mediante la "injerencia humanitaria". De modo que incluso la OTAN valora la existencia de los derechos humanos, y más aún, pretende protegerlos, ante lo que no podemos sino felicitarlos.

Pero generalmente, en lo referido a la protección internacional de los derechos y el castigo de las violaciones, existe rechazo frente al forzado invento de la extraterritorialidad, por su inestable funcionamiento e inestable legitimidad jurídica.

Una muestra de las dificultades de aplicación del citado instrumento: es conocida la acción emprendida por Izquierda Unida, la Unión Progresista de Fiscales y otras asociaciones interesadas en la defensa de los derechos humanos, contra militares argentinos exigiendo su responsabilidad por las actuaciones que precedieron al Golpe de Estado de 24 de Marzo de 1976. Dicha acción se ampara en el principio de justicia universal, pero se ha encontrado con serios obstáculos, quizá insuperables: las Leyes de Punto Final (1986) y Obediencia Debida (1987). Por eso, el riesgo de la existencia de un blindaje contra la persecución internacional de delitos que los propios Estados puedan fabricarse constituye otra sólida razón más para admitir una Corte Penal Internacional.

Las reticencias hacia la Corte derivan, naturalmente, del concepto clásico de soberanía. No podemos resistir la tentación de recoger algunas líneas doctrinales suscitadas por esta problemática: algunos argumentan que si bien es cierto que la aceptación de la jurisdicción de la Corte supone inevitablemente una cesión de soberanía por los Estados, tal

renuncia no merece la consideración de la creación de un Tribunal Penal Internacional, que más que un eficaz instrumento al servicio de la justicia, constituye un engendro monstruoso que subvierte los principios clásicos del Derecho Internacional, al obligar a los Estados a renunciar parcialmente a su soberanía.

El profesor Carrillo Salcedo ha insistido en la necesidad de superar la aritmética de la extraterritorialidad: "la inculpação y responsabilidad penal internacional de los individuos que cometan violaciones graves y masivas de derechos humanos fundamentales y principios del Derecho Internacional exige un orden penal internacional en el que se supere la clásica noción de soberanía territorial de los Estados..." Nos ha parecido también de interés la opinión de Prudencio García, ensayista y coronel del ejército español: "la defensa de los derechos humanos en cualquier país del mundo donde sean gravemente atropellados es un deber por encima de las fronteras y los regímenes".

No cabe duda de que, a pesar de sus buenas intenciones, este principio de extraterritorialidad no legitima al Estado reclamante para inmiscuirse en los asuntos internos e ignorar la legislación propia del Estado requerido. Así ocurrió en Argentina, donde además de las leyes citadas, el Ministerio de Asuntos Exteriores, ante la exigencia de cumplimiento de lo establecido en el Tratado de Extradición y Asistencia judicial, alegaba la validez de la jurisdicción interna, preferente por el lugar en que los hechos se habían producido (*forum delicti comissi*), quedando en evidencia la segura punición de los hechos y el castigo del autor.

En buena teoría, la entrada en vigor y puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional, suavizaría las inevitables tensiones que se originan entre los Estados a causa de los conflictos entre principios igualmente válidos. El correcto funcionamiento de este órgano desplazaría a un segundo plano el princi-

pio de justicia universal, que quedaría como solución subsidiaria. La presunta imparcialidad de este nuevo Tribunal sería, además, favorable al mantenimiento de las relaciones de cooperación y paz entre los miembros de la comunidad internacional. Pero el problema que inmediatamente se plantea al respecto es el de la aceptación o no por los Estados de la jurisdicción de la Corte. Y aquí es donde titubea el sistema.

- La creación del TPI y su relación con la ONU

En un principio, la Comisión de Derecho Internacional barajó diversas fórmulas para la constitución de la Corte Penal Internacional. Las posibilidades, en concreto, se reducían a cuatro: mediante resolución de la Asamblea General; de resolución del Consejo de Seguridad; de enmienda a la Carta de la ONU o bien, por medio de un Tratado internacional.

A pesar de que la Corte emergió como un producto puramente convencional, esto es, fruto del acuerdo de voluntades más típico el Derecho Internacional -el Tratado-, nos parece que, de entre ellas, la más conveniente hubiese sido la referida a la modificación de la Carta. Las dos primeras opciones no garantizaban la formación de un órgano eficiente e imparcial: la debilidad de un ente dependiente de la Asamblea, capacitado tan sólo para «recomendar» y la politización del que fuere creado por el Consejo desaconsejaban la adopción de estas soluciones. En cambio, las ventajas de un organismo autónomo nacido en el seno de las Naciones Unidas, como se infiere de la estructura de tal sistema, son patentees: no sólo eficacia «*ipso iure*» de sus decisiones y competencia jurisdiccional en todos los Estados miembros, sino autoridad internacional indiscutible «*ab initio*», una suerte de «*autoritas*» desde su generación pareja a la del resto de órganos principales. Lamentablemente, la alteración del contenido de la Carta exige, tras el voto favorable de los dos tercios de los Estados miembros de la Asamblea Ge-

neral, la consiguiente ratificación del mismo porcentaje de los Estados miembros de la Organización, incluyendo a los cinco permanentes del Consejo de Seguridad. Y las lamentaciones vienen fundadas precisamente en la condición «*sine qua non*» de ese requisito último, que limita considerablemente la desevolución funcional de las Naciones Unidas. Las consideraciones a este respecto merecen un estudio propio, ya que exceden los propósitos del presente.

Es buena la oportunidad para poner de manifiesto que el Consejo de Seguridad es titular de un poder quizá excesivo en el proceso de configuración del orden internacional. Recuértese que el Consejo tiene por misión el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que las decisiones que «no sean cuestiones de procedimiento» requieren para su aprobación el voto favorable de nueve miembros, entre ellos los cinco Estados permanentes: Estados Unidos, China, Francia, Rusia y el Reino Unido. La discrepancia de uno sólo puede colapsar iniciativas del Consejo en el desempeño de su función originaria y la Corte Penal Internacional no habría contado, como bien sabemos ahora, con la unanimidad precisa para su «pacífica» constitución. La oposición inicial de dos de esas potencias, EE.UU. y China, junto a otros cinco Estados (India, Filipinas, Israel, Sri Lanka y Turquía) representaba un obstáculo insuperable. La negativa del poderoso Estado norteamericano tiene su expresión más reconocida y admirable para los fines de justicia internacional en las declaraciones del senador ultraconservador Jesse Helms, que esgrime una decidida consigna: «debemos aniquilar a este monstruo» («*we must slay this monster*»), monstruo en extremo perjudicial para los intereses en política exterior de los Estados Unidos, pues priva al Estado de decidir privativamente sobre sus cuestiones de seguridad nacional, y además, por cuanto el Consejo de Seguridad no puede condicionar las resoluciones de la Corte, esta consagración de la independencia judicial internacional supone una «masiva disolución de la

autoridad del Consejo». Pero lo cierto es que, con independencia de tan ejemplares posturas, los Estados Unidos mantienen ocasionalmente una actitud poco firme en la dirección común que mantienen otros Estados en la comunidad internacional.

El estandarte de la democracia y de la defensa de los derechos humanos en el mundo occidental se ha negado a participar en los últimos años de algunas de las iniciativas internacionales que en este sentido se planteaban:

- La no ratificación del Tratado de Prohibición Completa de Pruebas Nucleares (tampoco Rusia, China e Israel) el 14 de Octubre de 1998, por considerar que impide el desarrollo de su arsenal nuclear.
- La no adhesión al Tratado de Otawa (tampoco Rusia y China) sobre la prohibición de las minas antipersonales, que entró en vigor el 1 de Marzo de 1998.
- La ley Helms-Burton, de 1996, que posibilita a las empresas norteamericanas demandar a las extranjeras que se beneficiaron del uso de propiedades expropiadas tras la revolución cubana de 1959.
- La ley Kennedy-D'Amato, de 1996, sancionando a empresas extranjeras que invirtieran en Irán y Libia. Recuérdese, como otra manifestación de su influencia, la contumaz negativa estadounidense a condonar la deuda de los países en vías de desarrollo.
- Aunque firmó el Protocolo de Kioto sobre reducción de gases de efecto invernadero en 1997, el vicepresidente Al Gore insistió en la no efectividad de ese acuerdo en su país.
- Finalmente, votó en contra de la formación de la Corte Internacional Penal.

Ahora bien, seamos justos: debe reconocerse el esfuerzo que ese Estado ha invertido para corregir medianamente, una vez más, sus extravagancias -generalmente producto de un arraigado patriotismo, que sin embargo no es óbice

para la colaboración de otros Estados henchidos de valores semejantes, como Francia-. En efecto, los Estados Unidos, bajo la administración Clinton, accedieron *in extremis* a la firma del Estatuto (30 de diciembre de 2000). Queda aún pendiente su ratificación, decisiva para la entrada en vigor del Tratado.

La creación de la Corte en virtud de un Tratado evitaba, en fin, el desdén de los miembros del Consejo opuestos a ella, al tiempo que respetaba escrupulosamente la soberanía de los Estados, pero, a cambio, se elegía un método enojoso por su lentitud y por la incertidumbre de la esperada eficacia universal del tribunal.

- **Comentarios al Estatuto de Roma: especial referencia a las penas**

Recordemos que del 15 al 17 de Julio de 1998, se reunieron en Roma, a instancias de la ONU, los plenipotenciarios de ciento sesenta Estados, junto con representantes de centenares de organizaciones internacionales y no gubernamentales, con el propósito de crear un Tribunal Penal Internacional permanente. De los Estados allí reunidos, ciento veinte votaron a favor del Estatuto; siete lo hicieron en contra (EE.UU., Filipinas, China, Sri Lanka, Turquía, Israel y la India) y veintuno se abstuvieron en la votación. Son de particular importancia, como ya se ha señalado anteriormente, las negativas de EE.UU., China o Israel, que no aceptaron determinados puntos del Estatuto, como las atribuciones del Fiscal o, en el caso de Israel, la tipificación de los supuestos de ataque a objetivos civiles.

Con anterioridad a esta conferencia diplomática, tuvieron lugar otros pasos previos, de los que destacamos dos: la Resolución AGNU 50/46 del 11 de Diciembre de 1995 que estableció un Comité Preparatorio sobre la creación de la Corte, y realizó su primer período de sesiones en Nueva York, entre el 25 de Marzo y el 12 de Abril de 1996; por otro lado, en la asamblea de expertos gubernamentales celebrada en Siracusa en

Julio de 1996, patrocinada por el Instituto Internacional de Ciencias Criminales, se discutió acerca del catálogo de delitos competencia de la Corte. La tipificación que se adoptó debe mucho a esta reunión.

El Estatuto de Roma se rinde ahora a nuestro análisis. Hemos escogido solamente algunas piezas de la maquinaria, decisivas o no, en su funcionamiento. A saber,

- El Estatuto perpetra una meticulosa tipificación de los hechos delictivos en los artículos 6, 7 y 8, que recogen el "genocidio", los "crímenes de lesa humanidad" y «los crímenes de guerra», respectivamente. Algunas definiciones han sido incorporadas directamente de Tratados, como en el caso del genocidio. La Corte tiene competencia - según el art. 5 - para juzgar todos los supuestos derivados de estas figuras principales, entre las que se incluye el "ataque generalizado o sistemático contra una población civil", en el que son subsumibles todos los casos que pueda dejar fuera la regulación del genocidio. Se adoptan además cláusulas abiertas, del tipo "otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional" (art. 7, h.), u "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos" (art. 7 k.).

La redacción de estos tres artículos abunda en la exhaustividad: además de las figuras esenciales -el *genocidio*, el *crimen de lesa humanidad*, y el *crimen de guerra*, de las que se ofrece la correspondiente definición- el Estatuto se caracteriza por la meticulosidad en la descripción típica. Así ocurre en los supuestos del art. 7, donde se encuentran recogidos los distintos tipos de crímenes de lesa humanidad, y en el art. 8, que incluye un extenso catálogo - hasta cincuenta supuestos, divididos en cuatro grandes grupos: violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949; otras

violaciones graves del "ius in bello" internacional; violaciones en caso de conflicto armado no internacional y otras transgresiones de las leyes aplicables a conflictos no internacionales-. Se acepta en el derecho Internacional que la punición de los crímenes contra la humanidad no necesita la conexión de éstos con un conflicto armado internacional (decisión de la Sala de Apelación del TPIY de 2 de octubre de 1995 en el caso Tadic).

No se han incluido, sin embargo, los actos de terrorismo y los delitos relativos al tráfico de drogas, cuya gravedad y frecuente comisión justifican su plena consideración. Mientras que algunos Estados pensaron que la persecución de éstos excedía los recursos de la Corte, otros defendían el propósito de que no escaparan a su jurisdicción, por lo que se ha propuesto su inclusión en la próxima Conferencia de Revisión del Estatuto, que se realizará siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, según indica el art. 123.1. del mismo. Y nosotros opinamos que en ese tiempo podrán cometerse un buen número de atrocidades inmunes a la persecución internacional por virtud de la irretroactividad penal.

- A diferencia de sus predecesores, la Corte se rige en su funcionamiento por los postulados de los art. 22 y 23, "nullum crimen" y "nulla poena sine lege", respectivamente, junto con la mencionada exigencia de irretroactividad "ratione personae" de las normas del art. 24. Las normas procedimentales, contenidas provisionalmente en el Proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba, deberán contemplar principios coherentes con estas previsiones.

- El Estatuto recoge en su articulado -concretamente en la Parte III, y especialmente en el art. 25- un sistema de incriminación que contempla lo siguiente: con respecto a la comisión del hecho, se tipifica la autoría propia, y con ella, la

mediata ("cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro", dice el art. 25.a), así como las figuras del cómplice, del encubridor, y del colaborador (art. 25.c), que aparecen diferenciadas, al menos teóricamente, del caso en el que se "ordene, proponga o induzca". No es fácil apreciar aquí con exactitud la distinción que nuestro Código Penal realiza entre "inductor", "cooperador necesario" y "cómplice", pues aunque sí es visible la dicotomía entre autoría propia e impropia, se han agrupado conceptos que en el Derecho Penal español se estructuran de forma independiente, como es el caso de la "proposición", perteneciente a la fase de los actos preparatorios del "iter criminis", frente a la "inducción", que se concibe como autoría impropia, siendo punible la primera en determinados supuestos y la segunda de modo general. Se ha optado aquí, sin embargo, por un sistema de punición amplio, que abarca la fase de los actos preparatorios ("intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume"), y la de ejecución (tentativa) para todos los hechos típicos.

- La obediencia debida puede eximir de responsabilidad penal si el autor estaba obligado por ley a cumplir las órdenes del superior, si desnocoe la ilicitud de la orden o si ésta no fuera "manifiestamente ilícita". Es de suponer, a pesar de lo dicho, que la utilización de este tipo de eximente se limitará a casos en los que la evidencia probatoria no deje lugar a dudas.

En el otro extremo, la jurisprudencia internacional ha acuñado el concepto de la responsabilidad de mando: relación de superior-subordinado, conocimiento actual del hecho por el superior y fracaso en su evitación o prevención de su comisión, salvo que su control sobre los subordinados sea «ausen-

te o remoto». (Prosecutor v. Delalic et al. Judgement. ICTR). Su aplicación permite procesar a los cerebros de las operaciones, a los autores mediatos, figuras generalmente inaccesibles generalmente para la justicia internacional. El Estatuto ha recogido en su artículo 28 esta doctrina.

El Tribunal para la ex- Yugoslavia, en la primera condena de un órgano de este tipo tras Nüremberg y Tokio, impuesta al soldado bosnio Drazen Erdemovic en 1996, rechazó la alegación de la obediencia debida por no considerarla lo suficientemente probada. La pena, como ya vimos, fue de diez años de privación de libertad por su participación en la matanza perpetrada en Srebrenica en 1995.

Quizá una de las carencias que presenta este tribunal -y así lo expresan los autores- es su limitación competencial. No posee, en principio, "universalidad total", y sólo puede ejercer sus funciones cuando su jurisdicción es aceptada: el art. 12 advierte que " el Estado que pase a ser parte del presente Estatuto acepta la competencia de la Corte...". En otro caso, sólo existe la opción de un acuerdo especial entre el Estado y la Corte. Aquí reside la principal debilidad del tribunal, y habrá que estar a lo que determine la jurisprudencia internacional para flexibilizar estos mecanismos de actuación. En cualquier caso, el art. 86 establece la "obligación general de cooperar" para los Estados parte en relación a las cuestiones de investigación y enjuiciamiento. También existieron recelos en cuanto que la jurisdicción de los Estados parte podría ser infringida por la actuación del Tribunal. Este punto se soluciona con la adopción del principio de complementariedad: la Corte desempeñará sus funciones cuando los Estados parte sean incompetentes para ejercer su propia jurisdicción nacional. La Sala de Cuestiones Preliminares puede, no obstante, en virtud del art. 57.d., autorizar al Fiscal para que adopte determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado parte sin haber obtenido cooperación de

éste cuando se demuestre que dicho Estado no se encuentra en condiciones de cumplir sus responsabilidades debido a carencias institucionales o de gobierno.

- El Estatuto acepta el papel del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales al incluirlo en el art. 13, referente al ejercicio de la competencia de la Corte, pudiendo remitir información al Fiscal para que éste inicie la investigación. Ahora bien, no creemos que la Corte pueda actuar siempre que el Consejo de Seguridad remita una situación susceptible de ser típica conforme al catálogo de crímenes, pues persisten, como decíamos, las dudas sobre el alcance de la deseable jurisdicción universal de la Corte respecto de los Estados que no ratificaron el Estatuto. Lo que sí parece admitirse es cierta vía preferencial el Consejo de Seguridad en el tratamiento de situaciones que conculquen la paz internacional. Téngase en cuenta que la línea divisoria entre las competencias del Consejo - muy amplias- y las de la Corte tolera, para bien o para mal, vaguedades jurídicas. El art. 16 afirma la capacidad del Consejo para solicitar la suspensión temporal de una causa a la Corte cuando exista una previa resolución amparada en el Capítulo VII de la Carta. De nuevo se cierne la sombra del derecho de veto sobre el funcionamiento del tribunal.

- La figura del Fiscal adquiere particular relevancia, por la amplitud de sus atribuciones. Cuando el artículo 13 establece las vías para ejercer la competencia, concreta: es al Fiscal al que se informa, por un Estado parte, de la situación que se pretende denunciar; igualmente es al Fiscal a quien se comunica la violación, cuando es el Consejo de Seguridad de la ONU el denunciante; y finalmente puede, el Fiscal, iniciar de oficio una investigación en el territorio de un Estado (dice

también el art. 54) respecto a cualquiera de los crímenes tipificados en el Estatuto, mediante un meticoloso y prudente procedimiento recogido en el art. 15, que exige la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal, sin que dicha resolución tenga validez incontestable -"cosa juzgada"-, pudiendo el Fiscal insistir de nuevo en la investigación de los mismos hechos con posterioridad. En el proceso de indagación se garantiza la confidencialidad (art. 54. f).

- Se optó por un sistema mixto de financiación que, en realidad, impide que la independencia de la Corte sea absoluta. Se prevén tres tipos de aportaciones: las cuotas de cada Estado (ajustadas según los criterios de la ONU, que suponemos estarán referidos a la aportación proporcional por cada Estado); los fondos procedentes de la ONU, sujetos a aprobación de la Asamblea General (ambos en el art. 115), y la posibilidad de recibir contribuciones voluntarias recogida en el art. 116. La segunda de ellas introduce de forma inevitable cierta dependencia respecto de la ONU, pues la aportación se halla supeditada a la decisión de la Asamblea General. No obstante, el hecho de que sea ésta, y no el Consejo de Seguridad, la que controle esos fondos, evita en gran medida las posibles desavenencias políticas y los conflictos suscitados a causa del derecho de veto.

- En fin, hay que advertir que las objeciones de los Estados no tienen cabida en el caso de la Corte: el art. 120 excluye la posibilidad de presentar reservas al Estatuto, a diferencia de lo que ocurre generalmente en los acuerdos internacionales.

Las penas

El Estatuto dedica su Parte VII a las penas, donde se esboza en breves pin-

celadas un sistema que reposa en las afecciones de dos artículos fundamentales: el 77 y el 78. Éste último se ocupa de la imposición de la pena, mientras que el primero establece, partiendo del principio de culpabilidad del autor del hecho típico y antijurídico, dos tipos de pena privativa de libertad: la reclusión con el límite máximo de los 30 años y la cadena perpetua, si la "gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" lo aconsejan. Estos dos criterios, el uno objetivo y el otro subjetivo, como criterios para la determinación judicial individual de la pena, son desarrollados con más o menos fortuna en la Regla 145 del Proyecto de Procedimiento y Prueba, que transcribimos parcialmente aquí para su inmediato comentario:

1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78:
 - a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que exigen de responsabilidad penal;
 - b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen;
 - c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado.

El apartado a) se refiere a las diversas circunstancias que pueden extraerse de los arts. 31, 32 y 33 del Estatuto, teniendo en cuenta que el art. 21 hace posible la importación de otras causas,

como derecho supletorio, de los ordenamientos internos de los Estados, cuando éstos no sean incompatibles con el derecho aplicado por la Corte. La discrecionalidad del Juez internacional es amplia, como puede deducirse de tales previsiones.

En efecto, la labor de determinación judicial de la pena a imponer por el Juez implica conceder a éste unos márgenes de libertad en la interpretación y aplicación de la norma en lógica coherencia con el principio de libre valoración de la prueba y otros presupuestos procesales, comunes a los Estados sociales y democráticos de Derecho. Esos ordenamientos contemplan, como aditamento necesario para el justo desempeño de ese arbitrio, la necesidad de fundamentar la resolución especificando el razonamiento seguido. Pero, al igual que en los ordenamientos nacionales, la determinación de la pena debe estar modalizada por el principio de proporcionalidad. La extensión de la pena tendrá que ajustarse a la gravedad de la infracción y a las circunstancias personales del reo, como hemos visto ya, pero además la proporcionalidad implica idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (autor culpable y gravedad de pena proporcional al hecho), matizaciones que componen el concepto de proporcionalidad en sentido amplio (doctrina alemana).

La Regla mencionada contiene, además, el mandato al juzgador de incorporar a su actividad jurisdiccional las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, tanto las atenuantes como las agravantes. Un primer examen del punto 2 de esta Regla basta para comprobar que el catálogo adolece, en nuestra humilde opinión, de precisión y de rigor dogmático: así, los supuestos de atenuantes a considerar se delimita mediante un ejemplo: "Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción" (la cursiva es añadida). Parece más acertada la configuración de las agravantes,

donde, después de exponer certeramente las que debe aplicar el juez, se impone una cláusula abierta: "otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas". Aun así, cualquiera puede notar que no se contemplan expresamente - como sí hace nuestro Código Penal - ni la alevosía ni el actuar mediante precio, recompensa o promesa, que presumiblemente vendrían en aplicación por el cauce descrito. No obstante, que la redacción no deba destacar por su virtuosismo jurídico no resta relevancia al deseable acierto de su dicción. En este sentido, nos parece impropio el adverbio escogido en el apartado iii) del cuerpo de agravantes: "que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba *especialmente* indefensa". Partiendo de que es posible considerar la existencia de un hecho típico aun cuando la víctima no esté totalmente indefensa, admitir la agravante sólo en el caso de que la indefensión sea "especial", además de fomentar la inseguridad jurídica, perjudica a las víctimas que están "indefensas a secas", en tanto que el reproche penal para el autor es mayor en el primer caso. Quizá el fundamento de la distinción sirva de base para legitimar sin problemas la imposición de la cadena perpetua por el tribunal, conforme al binomio "a mayor desvalor de resultado corresponde mayor pena".

La concurrencia de una o más agravantes permite al juez castigar con la reclusión "ad perpetuam". Hemos creído apreciar en la tipificación de esta pena una solución de consenso entre los Estados partidarios de la pena de muerte y el resto - la mayoría - que han desterrado tal manifestación de la retribución punitiva estatal más salvaje. La condena a cadena perpetua, también prevista en los tribunales "ad hoc", no es, sin embargo, inamovible. El Estatuto admite, en su art. 110, la revisión de la pena, según los criterios que suministra tanto el propio Estatuto como el Proyecto de Procedimiento y Prueba, en su Regla 223. Examinemos algunos aspectos de interés:

- En primer lugar, el procedimiento para la revisión que acoge la Regla 224 admite con elogiada benevolencia la participación de las víctimas o sus representantes legales en el trámite de audiencia ante la Sala de Apelaciones, siempre *en la medida de lo posible*. Tras admitir sin ambages la participación del condenado, del Fiscal y del Estado de ejecución de la pena, el mismo precepto vuelve a demostrar la buena disposición del tribunal al invitar a "que formulen observaciones escritas... (aquí se incluyen las otras partes)...y, *en la medida de lo posible*, las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones." La interpretación más seria de esta previsión, obviamente, lleva a la conclusión de que la participación de las víctimas será posible siempre que "aún sigan con vida". Pero, en cualquier caso, parece innecesaria, a nuestro modesto parecer, la inclusión de esa locución. La redacción, insistimos, debería abundar en la claridad procurando siempre que no flaqueen las garantías procesales para las víctimas. Una sólida afirmación convendría más que inútiles especificaciones de esta índole.

- En segundo lugar, la pena es revisada cuando se cumplen dos tercios de la misma o 25 años de prisión en el caso de cadena perpetua. Hay que señalar además que, conforme a lo expresado en el art.110,5, el plazo de revisión de la pena se ha fijado en tres años, con la posibilidad de que los magistrados adopten un intervalo más breve todavía, bien de oficio, bien a instancias del condenado cuando se produzca "un cambio significativo en las circunstancias". Para reducir la pena deben considerarse los elementos recogidos tanto en el Estatuto como en el Proyecto, concebidos como criterios específicos relacionados básicamente con la conducta del reo "ex post facto". Es de destacar, al respecto, la última de las recoge-

das en el Proyecto, a saber:

"cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas...".

Es difícil pensar en una medida que sea distinta del dinero. Los poderosos líderes internacionales más protervos y desalmados suelen disponer de un patrimonio sustancioso. La reducción del tiempo de condena a cambio de un porcentaje del total que benefició en algo a las víctimas es una medida adecuada siempre que no acabe convertida en artimaña para comprar una libertad anticipada. No creo, en todo caso, que a los miles de hombres, mujeres y niños masacrados en diferentes partes del mundo les sea de provecho el vil metal. Sólo a los supervivientes de las atrocidades cometidas podría serles útil ese dinero; lo que no podemos determinar es si estarían dispuestos a consentir que su verdugo campe libremente de nuevo. Por ello, el mismo precepto añade otro criterio igualmente sustancial:

...así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias"

- En tercer lugar, ya que la pena de reclusión a perpetuidad no se caracteriza por su inflexibilidad, y que se instaura un sistema represivo donde la pena máxima es de 30 años - 25 como mínimo para los condenados a perpetua -, es posible entender que la admisión de la privación de libertad perpetua obedezca más a un afán intimidatorio acorde con los postulados de la prevención general positiva, en la línea de "asegurar la fuerza estabilizadora", como ha descrito algún autor, del derecho penal internacional, que a propósitos retributivos conectados a una filosofía absoluta que conciba la expiación como la reacción justa del poder frente al delincuente. La opinión expues-

ta viene aderezada por la reconciliación del sistema penal de la Corte con las teorías resocializadoras del fin de la pena, al incluirse entre los criterios mencionados la necesidad de examinar las "posibilidades de reinserir en la sociedad y reinsertar exitosamente al condenado". En fin, los diferentes Estados firmantes del tratado pueden aplicar las penas impuestas por la Corte sin perjuicio de sus propias normas penales internas. En el caso de España, nuestro Gobierno ha declarado su voluntad de aceptar a condenados por la Corte "siempre que la duración de la sentencia no exceda del máximo estipulado para cualquier crimen en el ordenamiento jurídico español".

El sistema de días-multa y las medidas de decomiso, complementos de la pena, son acreedores, por su importancia material para las víctimas o sus familiares, de un ulterior análisis del que no podemos ocuparnos. Baste decir que el Fondo Fiduciario, previsto en el art. 79, nos parece todo un acierto, siempre que goce de una eficiente administración. La constitución de este Fondo significa institucionalizar la reparación a las víctimas, cuya extensión y contenido lo determinará la misma Corte, y que consistirá mayormente en una compensación monetaria. La procedencia de los recursos financieros la establece principalmente el art. 115, que se refiere, como ya vimos, a las cuotas de los Estados partes y al fondo que provee las Naciones Unidas.

IV. CONCLUSIÓN

No elaboraremos aquí ninguna teoría acerca de la maldad humana, conceptualmente considerada, pero lo cierto es que sobre ella, sobre esta manifestación de la desconocida e inquietante naturaleza del ser, descansan todas las elucubraciones jurídicas vertidas, los caudalosos ríos de tinta que fluyen en torno al delito, a los crímenes y las penas como castigo de conductas abominables y repulsivas. La "maldad humana", o cual-

quier otra denominación que se le aproxime, es el elemento abstracto que utilizamos para fundar, de algún modo, la presencia en el mundo de sujetos que actúan despreciando al resto de congéneres afanados en la destrucción de la convivencia, es decir, ignorando y menoscabando las normas que los hombres se han dado a sí mismos para que la vida pacífica sea posible. Como a esto se le suele llamar Derecho, diremos que esos sujetos vencidos por una desbordante inclinación al mal se dirigen *contra el Derecho*, en su más vasta acepción. Pero la maldad humana no ha de servirnos de criterio objetivo para justificar ningún comportamiento. Tan sólo es una generalización acaso osada que asigna a determinados individuos un atributo cuyo origen último desconocemos (y que la Criminología intenta desentrañar). ¿Por qué muchos se conceden la facultad de arrebatar la vida a otros?, ¿por qué los que sucumben al hechizo del poder se creen en posesión indiscutible de la potestad suprema de manejar y moldear los destinos ajenos?, ¿por qué asesinar a personas que ningún daño han provocado, pero que, debido al color de su piel, o a su atuendo, disgustan e hieren la sensibilidad de alguno de estos depravados?, ¿por qué violar a las esposas de los hombres pertenecientes a un pueblo distinto, declarado enemigo de forma oficial por algún líder convencido de la utilidad de su empresa y la nobleza de su causa?. En definitiva: ¿por qué los hombres actúan así?. Nosotros sólo podemos limitarnos a castigar esas tropelías con empeño y contundencia, esperando que de ese modo la norma, el principio, el Derecho en fin, se infrinja lo menos posible en un futuro. No nos queda más remedio que confiar en el carácter contrafáctico del Derecho Penal (en el sentido de que la violación de sus preceptos contribuye a la legitimación de los mismos), y en la eficacia intimidatoria de la punición, en la prevención general, sin descuidar la especial. La debida ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y por tanto, su inmediata puesta en funcionamiento, supondría la creación de un orden internacional penal que se ex-

tendería, amenazante, sobre las cabezas de los criminales. Dondequiera que estuviesen.

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA UTILIZADA.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. , *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, 2ª Edición. Madrid 1987.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, 4ª Edición. Madrid 1998.

DIEZ DE VELASCO, M. , *Las Organizaciones Internacionales*. Editorial Tecnos, 10ª Edición. Madrid 1997.

SALADO OSUNA, A. , *Textos básicos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos: estudio preliminar*. Editorial Tecnos, 1ª Edición. Madrid 1997.

SAN JOSÉ GIL, A. (Coord.), *La desprotección de los derechos humanos*. Universidad de Huelva, 1998.

CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (Coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Ediciones del Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000.

DECLARACIÓN DE LA LAGUNA, extraída del Primer Coloquio Internacional de La Laguna sobre los Derechos del Hombre celebrada en La Laguna (Tenerife), Universidad de La Laguna, 1 al 4 de Noviembre de 1992.

FIERRO, G., *La ley Penal y el Derecho Internacional*, Editorial TEA (Tipográfica Editora Argentina), 2ª Edición. Buenos Aires, 1997.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. , *El Derecho Penal Internacional (ámbito espacial de la ley penal)*. Editorial Colex. Madrid 1990.

- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch Editores, 3ª Edición. Valencia 1998.
- HUET, A. y KOERING-JOULIN, R., *Droit Penal International*, Editorial Thémis, 1993.
- LE PROCÈS DE NÜREMBERG. CONSEQUENCES ET ACTUALISATION. Editions Brylant. Université de Bruxelles, 1988.
- PUBLICACIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: Resolución aprobada por el Congreso de los Diputados el 24 de Octubre de 1995.
- REVISTA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, ejemplar de Mayo de 1997.
- REVISTA DE DERECHO PENAL, ejemplar de Enero de 2000.
- ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI, nº 303, 17 de Julio de 1997.
- ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, aprobado en Roma el 17 de Julio de 1998. Servicio de Información Pública de las Naciones Unidas.