
**ENSAYOS SOBRE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

COLECCIÓN INTERNACIONAL N° 9

I.S.B.N obra: 978-958-683-044-7

I.S.B.N: 978-958-731-017-7

© Héctor Olásolo Alonso 2009

© Pontificia Universidad Javeriana 2009

© Biblioteca Jurídica Dík 2009

Biblioteca Jurídica Dík

Medellín - Colombia,

Calle 34 B N° 65 D 58

Telefax: P.B.X. 351 61 61

www.bibliotecajuridicadike.com.

e-mail: dike@une.net.co

Bogotá D.C. Librería. Colegio Mayor de
Nuestra Señora del Rosario

Carrera 6ª N° 13-11;

Teléfonos 336 55 37 y 286 03 42

COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

DECANO ACADÉMICO

PABLO JOSÉ QUINTERO DELGADO

DECANO DEL MEDIO UNIVERSITARIO

HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO

DIRECTOR DE CARRERA

CARLOS ÁLVAREZ PEREIRA

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

HERNANDO YEPES ARCILA

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

ROBERTO VIDAL LÓPEZ

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA E HISTORIA

DEL DERECHO

HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGÍA Y

POLÍTICA JURÍDICA

COORDINADOR EDITORIAL

JAVIER CELIS GÓMEZ

Olásolo Alonso, Héctor

Ensayos sobre la Corte Penal Internacional / Héctor Olásolo Alonso. — Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas ; Medellín : Biblioteca Jurídica Dík, 2009. — (Colección internacional ; no. 9). — (Biblioteca Jurídica Dík).

567 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN : 978-958-731-017-7

1. CORTE PENA INTERNACIONAL. 2. DELITOS INTERNACIONALES. 3. COOPERACIÓN JUDICIAL. 4. JUSTICIA TRANSICIONAL. 5. TERRORISMO. 6. CRÍMENES DE GUERRA. I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

CDD 341.49 ed. 15

Catalogación en la publicación - Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S.J.

ech.

Mayo 08 / 2009

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO*

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL DE
LA UNIVERSIDAD DE UTRECHT
LETRADO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL 2004-2009
ASESOR JURÍDICO DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
PARA LA EX YUGOSLAVIA 2002-2004
ASESOR JURÍDICO DE LA DELEGACIÓN ESPAÑOLA EN
LA COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL 1999-2002

ENSAYOS SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL



COLECCIÓN INTERNACIONAL N° 9

*. Las opiniones expresadas en este libro son aquellas personales del autor y no corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

Biblioteca Jurídica Díké
dirigida por
Eduardo Quiceno Álvarez



COLECCIÓN INTERNACIONAL

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en un todo de acuerdo con su inequívoco propósito de estimular y divulgar aún más la investigación, al mismo tiempo que de contribuir a su conocimiento e internacionalización, estimó pertinente reanudar su COLECCIÓN INTERNACIONAL, con el fin de vincular, fundamentalmente, a profesores e investigadores extranjeros de reconocida prestancia, en asocio con reputadas instituciones de carácter científico, al igual que de divulgar en Colombia y en América Latina obras de caracterizada relevancia, en pro de la ciencia jurídica nacional y de sus países hermanos.

En tal virtud, complacida, continúa esta Colección Internacional, con su noveno número, titulado “**Ensayos sobre la Corte Penal Internacional**” del Profesor Héctor Olásolo Alonso y que para esta ocasión hemos tenido el placer de coeditar este número con la prestigiosa Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de esta nuestra querida Universidad Javeriana.

En su orden, los primeros números de la colección llevan por título: «*Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro*» (*Mecanismos de solución alternativa de conflictos... en el Derecho Comparado*) de Carlos Ignacio Jaramillo J., y «*El Reaseguro*», Tomos I y II, de la Profesora española Blanca Romero Matute, publicados en 1998 y 2001, respectivamente.

Los números siguientes impresos en los últimos meses son: “*El Derecho Global: Génesis y Evolución*” (Prof. Rafael Domingo), «*Los Corredores de Seguros*» (Prof. José María Muñoz Paredes), «*El Contrato en una Economía de Mercado*» (Profesores Carlos Soto Coaguila, y Jorge Mosset Iturraspe), Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el código civil chileno-colombiano” (Prof. Alejandro Guzmán Brito), «*La Democracia: Instituciones, conceptos y contexto*», (Prof. Dieter Nohlen).

Próximamente se espera culminar la edición de otras obras de especial interés académico, tales como: “*Los Daños Colectivos –Prospectiva General-*” (Prof. Lidia María Rosa Garrido-Cordero), “*Elementos de la Responsabilidad Civil –Examen Contemporáneo*” (Prof. Marcelo López Mesa), “*Encrucijadas del Derecho penal internacional y de derecho internacional de los derechos humanos*” (Prof. Daniel Pastor), “*La ejecución de la pena privativa de libertad: una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*” (Prof. José Daniel Cesano), “*Entre el derecho y la moral*” (Prof. Robert P. George), “*El fraude y su incidencia en el contrato de seguro. Estudio comparado de la leyes mexicana y colombiana*” (Prof. Arturo Díaz Bravo), “*Estudios de Derecho Industrial y de Derecho de Autor (Análisis de jurisprudencia comparada)*, (Prof. Ricardo Antequera Parilli), “*Teoría del Derecho ambiental*” (Prof. Ricardo L. Lorenzetti), “*El contrato de transporte marítimo de mercancías*” (Prof. Fernando Sánchez Calero), “*Derecho Administrativo*” tomos 1 y 2” (Prof. Juan Carlos Cassagne), “*Protección constitucional de los Derechos Humanos en Latinoamérica –Un estudio comparado de los procesos de amparo-*” (Prof. Allan Brewer-Carias), “*Derecho de seguros*” (Prof. Rubén Stiglitz), “*Cultura y delito. Aplicaciones de una doctrina cultural del injusto en la teoría del delito*” (Prof. José Luis Guzmán Dalbora), sólo para mencionar a los que han sido incluidos en la programación editorial de la Facultad, sin perjuicio de la publicación ulterior de otros trabajos de autoría de los profesores, Carlos María Romeo Casabona, Luis-Díez Picazo y Raúl Aníbal Etcheverry.

EL AUTOR

HÉCTOR OLÁSULO ALONSO, nació en Madrid en 1972, y realizó sus estudios de educación primaria y secundaria en Logroño (La Rioja). En 1990 se trasladó a la Universidad de Salamanca, donde en 1996 completó sus estudios de licenciatura. Entre 1997 y 2002 realizó estancias de investigación en las Universidades de Harvard (EEUU), Columbia (EEUU) y Bolonia (Italia), y participó como asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional que se reunió en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre enero de 1999 y junio de 2002. En 2002 concluyó su maestría en la Universidad de Columbia, donde fue nombrado Kent Scholar e impartió clases como *Teaching Fellow* en la práctica jurídica del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia. En febrero de 2003 obtuvo el grado de doctor por la Universidad de Salamanca, obteniendo el premio extraordinario de doctorado por dicha universidad.

A partir de julio de 2002, Héctor Olásulo trabajó en la asesoría jurídica y en la sección de apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hasta su nombramiento como letrado de Sala de la Corte Penal Internacional en agosto de 2004, puesto que a partir de septiembre de 2005 combinó con su posición como *Senior Lecturer* y Profesor Asociado en la Universidad de Utrecht (Holanda). El 1 de febrero de 2009 es nombrado Catedrático de Derecho penal y procesal penal internacional en el Instituto Willem Pompe de la Universidad de Utrecht, puesto en el que se desempeña en la actualidad.

Héctor Olásulo ha publicado varias monografías en inglés y español, destacando las tituladas “Corte Penal Internacional: ¿Dónde In-

investigar?” (Tirant lo Blanch, 2003), “*The Triggering Procedure of the International Criminal Court*” (Martinus Nijhoff/Brill Publishers, 2005), “Ataques contra Personas y Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados” (Tirant lo Blanch, 2007), “Terrorismo Internacional y Conflicto Armado” (con Prof. Pérez Cepeda, Tirant lo Blanch 2008), “*Unlawful Attacks in Combat Operations*” (Martinus Nijhoff/Brill Publishers, 2008) y “*The Criminal Liability of Political and Military Leaders as Principals of International Crimes*” (Hart Publishers, 2009). Asimismo, ha publicado varias decenas de artículos en lengua inglesa y española en revistas jurídicas de reconocido prestigio, incluyendo *The American Journal of International Law*, *The Journal of International Criminal Justice*, *Criminal Law Forum*, *International Criminal Law Review*, *Leiden Journal of International Law*, *IUSCrim* (Brasil), *Casación Penal* (Argentina), *Poder Judicial* (España), *La Ley* (España), *Revista de Derecho Publico* (Colombia), *Legis* (Colombia), *Iter Criminis* (Mexico) y *Revista de la Universidad Central de Caracas* (Venezuela).

CONTENIDO

Índice	11
Tabla de abreviaturas más usadas	13
Prólogo por Sylvia Steiner, Magistrada de la Corte Penal Internacional	17
Prefacio por Augusto Ramírez Ocampo, Director del Instituto de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana.....	23
I. Jurisdicción y Admisibilidad.....	29
I.1. El Alcance de la Potestad Jurisdiccional de la Corte Penal Internacional a la luz del Marco Procesal del Estatuto de Roma.....	31
I.2. Admisibilidad de Situaciones y Casos Objeto de Procesos de Justicia de Transición ante la Corte Penal Internacional	71
II. Cooperación y Auxilio Judicial	129
II.1. Apuntes Prácticos sobre el Sistema de Cooperación Previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	131
II.2. Reflexiones sobre la Necesidad de Ajustar las Legislaciones Nacionales de Cooperación con la Corte al Marco Procesal del Estatuto de Roma	163
II.3. Legislación Española de Cooperación con la Corte Penal Internacional	219

III. Crímenes de Guerra	281
III.1. El Impacto de la Primera Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional	283
III.2. Apuntes Prácticos sobre el Tratamiento de los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	347
III.3. Aspectos Prácticos relativos al Análisis de Proporcionalidad en las Operaciones de Combate	415
III.4. Análisis del Caso Couso a la luz del Estatuto de Roma	471
IV. Epílogo: Ámbito de Actuación del Derecho Penal como Instrumento de Respuesta al Fenómeno del Terrorismo Internacional y Papel de la Corte Penal Internacional y de las Jurisdicciones Nacionales en su Persecución	521

TABLA DE ABREVIATURAS MÁS USADAS

AECI:

Agencia Española de Cooperación y Desarrollo

APIC:

Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional

CE:

Constitución Española

CECP:

Centro de Estudios Constitucionales y Políticos

CPI:

Corte Penal Internacional

CPP:

Comité para la Protección de los Periodistas

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN EN EL CASO TADIC:

Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY Case No. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1995

EC:

Elementos de los Crímenes

ECIJ:

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

ETPIY:

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

ER:

Estatuto de Roma

FNI:

Front National Intégrationniste

FPLC:

Forces Patriotiques Pour la Libération du Congo

IMT:

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

IMTFE:

Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokyo

LECr:

Ley de Enjuiciamiento Criminal Española

LEP:

Ley de Extradición Pasiva Española de 1985

LOCCPI:

Ley Orgánica Española 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, de 10 de diciembre de 2003.

LOPJ:

Ley Orgánica Española 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial

PIDCP:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RegC:

Reglamento de la Corte

RDC:

República Democrática del Congo

RPP:
Reglas de Procedimiento y Prueba

RTS:
Radio Televisión Serbia

CECP:
Centro de Estudios Constitucionales y Políticos

SCP:
Sala de Cuestiones Preliminares

SPI:
Sala de Primera Instancia

STS:
Sentencia del Tribunal Supremo Español

TPIR:
Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY:
Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

UPC/RP:
l'Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix

UPDF:
Ugandan People Defence Forces

PRÓLOGO

Me llena de profunda satisfacción, y no cierta nostalgia, tener la oportunidad de escribir el prólogo a este libro recopilatorio de una selección de los numerosos ensayos que Héctor Olásolo ha escrito sobre la Corte Penal Internacional en los últimos diez años.

Mirando hacia atrás, recuerdo como si fuera hoy la primera vez que conocí a Héctor. Fue precisamente hace 10 años en el marco de la Comisión Preparatoria sobre la Corte Penal Internacional que, a partir de enero de 1999, se reunió periódicamente en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York. En cuanto que magistrada de la Corte de Apelaciones de Sao Paulo, participé como representante de Brasil en los grupos de trabajo sobre Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba. En estos mismos grupos de trabajo se encontraba Héctor - entonces un joven doctorando en derecho penal internacional que realizaba su investigación en la Universidad de Columbia - quien formaba parte de la delegación española encabezada por el Embajador Yañez-Barnuevo.

Desde un primer momento fue claro que el trabajo de la Comisión Preparatoria no sería un trabajo fácil, en particular en relación con las Reglas de Procedimiento y Prueba, puesto que no era posible combinar las reglas procesales de los principales sistemas jurídicos allí representados, sino que era necesario desarrollar un sistema procesal propio con coherencia interna que se ajustara a las circunstancias particulares en las

que la Corte Penal Internacional tendría que operar. Fue precisamente en este aspecto en el que la experiencia de las delegaciones ibero-americanas constituyó un factor particularmente relevante, dado que varios países de la región habían sufrido recientemente reformas procesales caracterizadas por la expansión de las competencias de la Fiscalía en materia de instrucción penal.

En este contexto, el conocimiento de Héctor sobre los distintos sistemas de derecho penal y procesal penal de tradición romano-germánica y anglosajona, fruto de sus estancias de investigación en las universidades de Harvard, Columbia y Bolonia, resultó de gran utilidad. Por aquel entonces, quienes compartimos con Héctor largas horas de trabajo en Nueva York no podíamos sino presagiar una carrera prometedor. Si bien, he de reconocer que, a comienzos de 1999, nunca hubiera pensado que me encontraría ahora, diez años después, escribiendo este prólogo después de haber tenido la oportunidad de trabajar con Héctor de nuevo durante los primeros cinco años de funcionamiento de la Corte.

Tras la última sesión de la Comisión Preparatoria en junio de 2002, continué ejerciendo como magistrada de la Corte de Apelaciones de Sao Paulo, hasta que a comienzos del 2004 me trasladé a la Haya para desempeñar de manera permanente mis nuevas funciones como magistrada de la Corte Penal Internacional. Fue entonces cuando volví a encontrarme con Héctor, que durante los dos últimos años había hecho parte de la asesoría jurídica y de la sección de apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Es en julio de 2004 cuando Héctor se incorpora a la Corte en calidad de letrado para trabajar conmigo en las primeras situaciones y casos ante la misma. Desde entonces, y dado que durante los primeros años de funcionamiento de la Corte, las Salas se dividían en equipos compuestos por un magistra-

do y un único letrado, Héctor ha trabajado a mi lado para poner en marcha los procedimientos de apertura y desarrollo de una investigación, de apertura de un caso mediante la emisión de una orden de arresto o comparecencia, y de preparación y desarrollo de la audiencia de confirmación de cargos.

Como magistrada ponente de la primera situación ante la Corte, aquella relativa a la República Democrática del Congo, y de los primeros casos derivados de la misma, aquellos contra Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, he tenido que enfrentar junto con Héctor los numerosos problemas prácticos y de interpretación que presentaban aquellos Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba que habíamos contribuido a redactar años antes en Nueva York. Entre ellos, por poner sólo algunos ejemplos cabe citar, el delicado equilibrio entre las funciones de la Fiscalía y de la Sala de Cuestiones Preliminares durante la fase de investigación, los problemas presentados por la naturaleza confidencial de numerosos documentos entregados a la Fiscalía por entidades como la Organización de las Naciones Unidas, la combinación de un sistema de revelación de prueba entre Fiscalía y Defensa con una efectiva participación de las víctimas en las actuaciones, o la distinción entre autoría y participación sobre la base de la teoría del dominio del hecho.

Las dimensiones de la tarea encomendada y la limitación del tiempo disponible para desarrollarlas, pues entendíamos que las actuaciones preliminares tendentes a preparar la audiencia de confirmación de cargos debían desarrollarse en un plazo relativamente corto desde la entrega o comparecencia voluntaria del imputado ante la Corte, supusieron, sin duda, un incentivo adicional para dedicarle incontables horas de trabajo. A pesar de no compartir siempre sus planteamientos, la amplia formación de Héctor en derecho penal y procesal penal comparado e internacional, así como en derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, junto con su absoluta dedicación en estos últimos

cinco años, han sido imprescindibles para que hoy en día se pueda afirmar que el procedimiento previo al inicio del juicio oral ante la Corte, además de ser efectivo, preservar el derecho al debido proceso y tener la naturaleza mixta prevista en el Estatuto de Roma, ofrece a la Fiscalía, a la Defensa y a las víctimas la necesaria seguridad jurídica.

Quizá lo más sorprendente de Héctor es que, al mismo tiempo que desarrollaba sus funciones en la Corte, continuaba con su otra pasión, la de la actividad académica. Fruto de la misma son los seis libros que ha publicado hasta el momento en español e inglés, en los que se han abordado temas de tanta actualidad como los criterios para la apertura de investigaciones ante la Corte Penal Internacional, la legalidad de las operaciones militares en situación de combate, la relación entre los fenómenos del terrorismo internacional y del conflicto armado, y la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y militares como autores de delitos internacionales. Héctor ha publicado también casi medio centenar de artículos para revistas jurídicas y obras colectivas, de los que el presente volumen recoge una cuidada selección. Y todo ello al tiempo que desarrollaba sus labores docentes en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht, así como en numerosos programas de doctorado y de especialización en universidades y academias militares de Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Italia, México, Nicaragua, Perú o Suiza, por dar sólo algunos ejemplos.

Resultado de esta actividad, ha sido su reciente nombramiento como catedrático de derecho penal internacional en la Universidad de Utrecht. De manera que, en el marco de los diez años que viene a conmemorar la presente obra, aquel joven doctorando de poco más de veinticinco años que conocí en el seno de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional a principios de 1999 en Nueva York, se ha convertido a día de hoy en un prometedor catedrático de una de las universidades más reconocidas de Europa, al tiempo que ha brindado una asistencia única para el desarrollo efectivo

de las actuaciones durante los primeros cinco años de vida de la Corte Penal Internacional.

Por esta razón, no tengo sino que felicitar a la Pontificia Universidad Javeriana por haber tenido la magnífica idea de publicar en una fecha tan simbólica, como la del año 2009, este volumen recopilatorio de los ensayos de Héctor, quien sin duda, a día de hoy, constituye un auténtico especialista del derecho penal internacional con una dilatada, pese a su juventud, experiencia práctica en los tribunales internacionales.

La Haya, 7 enero 2009
Sylvia Steiner
Magistrada
Corte Penal Internacional

PREFACIO

El Catedrático y experto en Derecho Penal Internacional, Don Héctor Olásolo Alonso, ha recogido en este texto su extraordinaria experiencia tanto en el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia como en la Corte Penal Internacional a cuya creación e implementación contribuyó como Asesor Jurídico de la Delegación Española en la Comisión Preparatoria y en la actualidad como Letrado de la misma.

El Jurista Olásolo es ampliamente conocido en la Academia Colombiana donde ha presentado ya dos de sus obras y ha dictado conferencias en diversas universidades colombianas sobre los primeros años de funcionamiento de la CPI.

La Pontificia Universidad Javeriana y en particular sus facultades de Derecho y de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales se honran en presentar estos ensayos producto de 10 años de trabajo del Autor. Ensayos que junto con su prolífica obra llenan el enorme vacío de que adolece la literatura jurídica en lengua española sobre el derecho penal internacional.

La creación de la CPI se ha constituido en un hito dentro de los acelerados procesos de globalización a los que ha estado sometido el mundo a partir de las dos grandes guerras y de las revoluciones de la comunicación y de la informática. Podemos afirmar que la CPI le ha puesto dientes al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos. Basta sólo recordar que la sanción de las

infracciones graves del derecho internacional humanitario, hasta antes de la CPI, quedaban en manos de las jurisdicciones internas.

Aun con la creación de la Corte Internacional de Justicia de La Haya y, a nivel regional, con los notables avances institucionales generados dentro de la Unión Europea o en el hemisferio americano con la creación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la órbita de la Organización de Estados Americanos, no se había logrado la consolidación de un tribunal penal de carácter universal debidamente reglamentado.

Las atrocidades de las dos guerras mundiales y luego las cometidas en Ruanda y en la Antigua Yugoslavia, llevaron a que la humanidad, en la búsqueda de la justicia, se acostumbrase a que se infringieran deliberadamente principios universales del derecho penal, enseñados en todas las escuelas de derecho, conforme a los cuales las conductas punibles y sus sanciones debían ser previamente decretados y definidos por la ley, por tanto no podían aplicarse penas que no hubieran sido previstas y tasadas en normas de obligatorio cumplimiento. Principios que se condensaban en la expresión romana *Nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*. Tampoco puede olvidarse que también se pasaba por encima de la exigencia de contar con tribunales preexistentes.

Es así como desde los Tribunales de Núremberg y Tokio, en adelante y ante los horrores descubiertos con estupor por el género humano, se crearon, a contentamiento de la opinión generalizada y con su aplauso, Tribunales *ad hoc* integrados por los vencedores quienes designaron los jueces a su arbitrio y crearon sobre la marcha los procedimientos, en violación flagrante del debido proceso.

La seguridad jurídica es un derecho humano protegido y practicado por las sociedades civilizadas, obligadas a respe-

tar los procedimientos judiciales, garantía del derecho a la defensa con lo cual la alteración de éstas se constituyen en una grave ofensa a las normas de comportamiento de la justicia universal. Más tarde, algunos osados jueces iluminados resolvieron por sí y ante sí erigirse en catones universales aplicando sus propias normas y estableciendo arbitrariamente las reglas cuya seriedad, expedición y solemnidades son atributo de estados de derecho democráticos.

Estas conductas, con la creación de la CPI, deberán desaparecer al igual que los tribunales especiales como los surgidos para el caso de Yugoslavia TPIY y para el caso de Ruanda TPIR. El funcionamiento de la CPI y la amplia gama de potestades jurisdiccionales de que ha sido dotada por la Comunidad Internacional destierran, ojalá para siempre, la reincidencia de regresar a la tentación de una justicia hecha individualmente sobre medidas *ex post facto* que vulneran las grandes conquistas de la humanidad, a las cuales se ha llegado después por un proceso sedimentario que hunde sus raíces en los códigos más antiguos de ésta.

Aun con las largas negociaciones a que fue sometido, con razón, el Estatuto de Roma y su minuciosa reglamentación, la CPI ha empezado a marchar como lo demuestran los casos de Uganda, República Democrática del Congo y la República Centro Africana y la decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que ha usado por primera vez el procedimiento señalado en el Artículo 13 (v) al remitir la situación de crisis desencadenada en el territorio de Darfur, o la declaración de Costa de Marfil, Estado no parte del Estatuto de Roma, que ha extendido la jurisdicción de la Corte a los delitos cometidos en su territorio a partir del 19 de septiembre del 2002, tal como lo señala con acierto el Dr. Olásulo en sus estudios.

Colombia participó activamente en la discusión del Estatuto de Roma, tanto con una representación oficial debidamen-

te acreditada, como con la presencia activa de organizaciones de la sociedad civil. Una vez aprobado el Estatuto, Colombia dio comienzo a los trámites reglamentarios para llevar a cabo la ratificación correspondiente.

Conforme a lo aprobado en la Constitución colombiana de 1991, la Corte Constitucional, a la cual se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución determinó en el numeral 10 del Artículo 241, que ese altísimo tribunal debe “*decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin el Gobierno los remitirá a la Corte.... Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados*”. Los Constituyentes colombianos determinamos por esta norma el llamado control previo constitucional de los tratados públicos para impedir, según ocurrió en algunas ocasiones, que pudieran intentarse acciones de los ciudadanos colombianos alegando inconstitucionalidades preexistentes o sobrevivientes, dado el hecho de que estos instrumentos internacionales sólo pueden deshacerse como se hacen; es decir con aplicación del mutuo acuerdo entre las partes según el principio *pacta sunt servanda*.

Presentado el proyecto de ley para ratificación en el Congreso de la República surgió el debate sobre dos puntos sustanciales del Estatuto de Roma, o sea, el que establece la pena de la cadena perpetua y la imprescriptibilidad de algunos delitos. En efecto, según la Constitución Colombiana (Art. 34) se prohíbe las penas de destierro, *prisión perpetua y confiscación*”. Asimismo no habrá ni obligaciones ni delitos imprescriptibles. Después de largos debates y dado el interés de los parlamentarios y del Gobierno nacional que había suscrito el Estatuto de Roma se llegó a la conclusión de que era necesario reformar la Constitución dado que el Estatuto contiene normas contrarias a la Carta y que él mismo no contempla la posibilidad de reservas.

Luego de los debates de rigor se incluyó en la Constitución un nuevo párrafo al Art. 93 que reza:

“El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

“La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Con base en este acto legislativo, Colombia pudo ratificar el Estatuto de Roma y de común acuerdo entre los presidentes saliente, Andrés Pastrana y entrante Álvaro Uribe, se hizo uso de la cláusula de salvaguarda establecida en el artículo 124 del Estatuto, excluyendo por siete años de la jurisdicción de la CPI los crímenes de guerra, a fin de preservar las posibilidades de llegar a una paz negociada con los grupos alzados en armas en Colombia.

De ahí la importancia de la presente obra, a través de la cual el Jurista Don Héctor Olásolo realiza un aporte substancial para una adecuada comprensión y aplicación del Tratado de Roma y de su impacto en la actual realidad colombiana.

Augusto Ramírez Ocampo

Pontificia Universidad Javeriana

Director del Instituto de Derechos Humanos
y Relaciones Internacionales

Ex Ministro de Asuntos Exteriores de
la República de Colombia

PARTE I

JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

I.1. El Alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional a la luz del marco procesal del Estatuto de Roma¹

I.1.1 Introducción

Desde la aprobación del Estatuto de Roma (en adelante “ER”) se ha venido afirmando que las limitaciones jurisdiccionales de la Corte Penal Internacional (en adelante “Corte”) impedirían a esta última conocer sobre los delitos cometidos por los futuros Husseins, Pol Pots, Karad•iæes, Kambandas o Pinochets de turno². Sin embargo, después de siete años desde la aprobación del ER y tras casi tres años desde su entrada en vigor son ya cuatro las situaciones de crisis³ que han sido

-
1. Publicado en la revista Poder Judicial, Madrid, 2005, Num. 78, pp, 61-87.
 2. WILLIAMS, S.A, Article 12. Preconditions to the Exercise of Jurisdiction. En: *Triffterer, O.* (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos (1999); p. 329-342, p. 341.
 3. Con respecto a la expresión “situaciones de crisis”, OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch (2003), pp. 111-112, ha señalado: “Hemos elegido el adjetivo “crisis” para definir el término “situaciones” al que se refieren los arts. 13 (a) y (b), 15.5 y 6, 18.1 y 19.3 ER, porque dicho adjetivo es sinónimo de “mutación considerable” o de “momento decisivo”, y, por tanto, opuesto al concepto de situación estructural. Entendemos, así, que el ER se configura como un instrumento de *ultima ratio* al servicio de la

remitidas a la Corte por un Estado Parte⁴ o por el Consejo de Seguridad⁵, lo que ha dado lugar a las actuales investigaciones de las situaciones en la República Democrática del Congo⁶ y en el norte de Uganda⁷ y al examen preliminar de las situaciones en la República Centro-Africana⁸ y en Darfur⁹.

protección de los valores superiores de la Comunidad Internacional frente a aquellas conductas que por su excepcional gravedad pueden afectarlos seriamente, y no frente a aquellas otras prácticas generales que, a pesar de no ser compartidas por las distintas culturas que integran la Comunidad Internacional, están enraizadas en la cultura de algunos de sus Pueblos. En este sentido, no podemos olvidar que el ER se construye sobre el reconocimiento a las diversas culturas de los Pueblos que constituyen el patrimonio común de la Comunidad Internacional, y que, por tanto, sería contrario a los fines y objeto del propio ER la activación de la jurisdicción de la CPI con respecto a una cierta situación estructural para efectos de perseguir ciertas prácticas culturales históricamente arraigadas que, como la discriminación de ciertos colectivos (mujeres, homosexuales y lesbianas...) o incluso la ablación de clítoris, pudieran ser consideradas como un crimen contra la humanidad de persecución por razones de sexo u orientación sexual o como un crimen contra la humanidad de violencia sexual. En este sentido, creemos que deberían ser utilizados otros medios más acordes con la naturaleza estructural de las situaciones en que se producen estas prácticas generales de discriminación para, en su caso, promover su progresiva desaparición”.

4. Ver http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=16&l=en.html, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=19.htm, y http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=87.html.
5. *Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Resolución 1593, UN Doc S/RES/1593, de 31 de marzo de 2005, por la cual el Consejo de Seguridad remite a la Fiscalía de conformidad con el art. 13(b) ER la situación de crisis existente en el territorio de Darfur desde el 1 de julio de 2002. Ver , <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/98.html>.
6. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=26&l=en.html.
7. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=33&l=en.html.
8. Ver, <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/98.html>.
9. Ver, <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/87.html>.

Además varias situaciones adicionales son actualmente objeto de examen preliminar por la Fiscalía como resultado de los cientos de denuncias recibidas¹⁰.

Surge por tanto la pregunta de si las limitaciones jurisdiccionales de la Corte pueden tener en realidad un impacto tan negativo sobre su eficacia como el arriba descrito o si, por el contrario, no pasan de ser un problema de menor grado en su proceso de consolidación. La respuesta a esta pregunta exige un análisis en los ámbitos material, personal, temporal y territorial de la potestad jurisdiccional de la Corte no de manera aislada, sino a la luz del resto del ER, de las reglas de procedimiento y prueba (en adelante “RPP”) y del reglamento de la Corte (en adelante “RegC”), y en particular, a la luz del marco procesal contenido en dichos instrumentos legislativos. Por esta razón, antes de acometer el análisis del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte, hemos considerado necesario describir con cierto detalle las etapas más importantes de las actuaciones procesales ante la Corte, subrayando la distinción entre situaciones y casos como objeto de las mismas.

1.1.2 El marco procesal del Estatuto de Roma

La potestad jurisdiccional de la Corte incluye un número importante de elementos. En primer lugar, el ER atribuye a la Corte el poder para activar su jurisdicción abstracta o latente con respecto a una determinada situación de crisis cuando concurren los presupuestos previstos en los arts. 15(3) y (4), 16 y 53(1) ER y en la regla 48 RPP. Este poder constituye la

10. Ver, http://www.icc-cpi.int/library/asp/060904_Moreno_Ocampo_third_ASP_English.pdf.

denominada dimensión de activación de la potestad jurisdiccional de la Corte¹¹.

En este sentido, es importante subrayar que los Estados Partes han atribuido a la Corte el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del ER - que conforma la llamada dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte¹² - en un estado latente (en adelante nos referiremos a este fenómeno con la expresión “jurisdicción abstracta de la Corte”)¹³. Al mismo tiempo, los Estados Partes han establecido los siguientes presupuestos para la activación de esta dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis¹⁴:

- a) La inclusión de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de que se trate, dentro del ámbito personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte;
- b) La existencia de un fundamento razonable para creer que en la situación de que se trate, se han cometido delitos previstos en el ER;
- c) La inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate (admisibilidad de la situación);

11. OLÁSULO, *H.* The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Martinus Nijhoff Publishers (forthcoming Summer 2005), sección I.2.3.

12. *Idem.*

13. OLÁSULO, *H.* The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor, en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, p. 121 y 123.

14. OLÁSULO, *H.*, N. 3, p. 105.

- d) La ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad conforme al art. 16 ER para que la jurisdicción abstracta de la Corte no sea activada con respecto a la situación de que se trate;
- e) La suficiente gravedad de los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate; y
- f) La inexistencia de motivos substanciales para creer que, a pesar de la gravedad de los delitos y de los intereses de las víctimas, la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte sobre la situación de que se trate no redundaría en interés de la justicia.

Sólo una vez que la jurisdicción abstracta de la Corte haya sido activada con respecto a una determinada situación mediante la decisión de iniciar¹⁵, o de autorizar¹⁶, su investigación, la Corte podrá ejercitar su poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual que, conforme al ER, haya surgido dentro de los parámetros personales, territoriales y temporales que definan dicha situación.

La dimensión de activación de la potestad jurisdiccional de la Corte, que no tiene equivalente en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda (en adelante “TPIY” y “TPIR”), es el resultado de la combinación de tres factores: (i) el carácter permanente de la Corte; (ii) la extensión de la potestad jurisdiccional de la Corte más allá de una situación puntual como por ejemplo la ocurrida en la antigua Yugoslavia desde 1991¹⁷ o en Rwanda desde 1994¹⁸; y (iii) el miedo de los negociadores del ER a que la Fiscalía abusara del

15. Art. 53(1) ER.

16. Arts. 15(4) y 18(2) ER.

17. Art. 1 del Estatuto del TPIY.

18. Si bien el art. 1 del Estatuto del TPIR extiende también su jurisdicción a los crímenes cometidos en 1994 por nacionales ruandeses en el territorio de los Estados fronterizos con Ruanda.

principio de oportunidad no reglada para iniciar investigaciones políticamente motivadas¹⁹.

La dimensión de activación de la potestad jurisdiccional de la Corte puede ejercitarse a instancia de un Estado Parte²⁰ o del Consejo de Seguridad²¹ como consecuencia de la remisión de una situación, o a solicitud de la Fiscalía²² tras la recepción por esta última de una denuncia²³. Además, los arts. 15, 18 y 53 ER establecen un conjunto ordenado de actuaciones a través de las cuales la Corte ejercita su poder para declarar la concurrencia o no de los presupuestos de activación y, en su caso, activar su jurisdicción abstracta sobre la situación de que se trate²⁴.

Tras dicha activación, la Fiscalía, bajo la supervisión de la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante “SCP”) ²⁵, lleva a cabo la investigación de los delitos previstos en el ER que se

19. FERNÁNDEZ DE GUMERDI, S.A. The Role of the International Prosecutor. En: *Lee, R.S. (ed.), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues-Negotiations-Results*, Kluwer Law International, (1999); pp. 175-188, 181. Ver también *Olásolo, H., The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-Judicial or a Political Body?*, en *International Criminal Law Review*, Vol. 3, pp. 87-150, pp. 98-106.

20. Arts. 13(a) y 14 ER.

21. Art. 13(b) ER.

22. Art. 13(c) y 15(3) ER.

23. Art. 15(1) y (2) ER.

24. *OLÁSOLO, H., Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 82, pp. 47-76, pp. 50-52;

25. Ver al respecto, *FOURMY, O., Powers of the Pre Trial Chambers*, en: *Cassese, A/Gaeta, P./Jones, R.W.D., (eds.), The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, 2001, pp. 1207-1230, p. 1229.

hayan podido cometer en la situación de que se trate²⁶. Durante esta fase de investigación de una situación que sigue al proceso de activación y precede al proceso penal propiamente dicho, la Fiscalía es el órgano principalmente responsable de la práctica de aquellas diligencias de investigación que sean necesarias para el descubrimiento de los delitos y la identificación de los presuntos responsables²⁷. Así desde la perspectiva del proceso penal ante la Corte, se puede afirmar que la fase de investigación de una situación tiene una naturaleza preprocesal. Por ello, esta fase puede de alguna manera ser asimilada a las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía en el procedimiento abreviado conforme al art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente cuando, como en los primeros tiempos de aplicación de esta disposición, la solicitud de adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales no implicaba la incoación automática de diligencias previas por el juez de instrucción competente.

Durante la fase de investigación de una situación, la SCP se constituye en órgano supervisor²⁸ con relación a la protección de las víctimas y los potenciales testigos²⁹, la preservación de los elementos de prueba³⁰ y la protección de información que pudiera afectar a la seguridad nacional de los Estados afectados³¹. Además la SCP se constituye en

26. Arts. 54 y ss ER. Ver también, Decision to Hold Consultation under Rule 114, Pre Trial Chamber I, ICC-01/04, public redacted version, de 21 de abril de 2005, disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_01-04_19_e.pdf

27. Art. 54 ER.

28. Norma 46.2 RegC.

29. Art. 57.3(c) ER.

30. Arts. 56 y 57.3 (c) y (d) ER.

31. Art. 57.3(c) ER.

garante último de la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la investigación³². En consecuencia, se puede afirmar que las funciones de la SCP durante la investigación de una situación exceden aquellas de las de un juez de libertades al estilo norteamericano, alemán o italiano, al tiempo que son sustancialmente más reducidas de las atribuidas a los jueces de instrucción en Francia o en España en el proceso ordinario por delitos. En este sentido, se puede afirmar que el ER ha adoptado un sistema híbrido, que no tiene tampoco equivalente en los estatutos de los TPIY y TPIR donde en principio no existe intervención judicial con anterioridad a la presentación por la Fiscalía de su escrito de acusación.

La Fiscalía, una vez que encuentra indicios razonables de criminalidad contra los responsables últimos³³ de los delitos cometidos en los incidentes más graves³⁴ que tuvieron lugar en la situación objeto de la investigación, solicita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia³⁵. Dicha solicitud es precedida del análisis de la concurrencia de los siguientes presupuestos previstos en los arts. 15, 53(2) y 58(1) y (7) ER:

32. Art. 57.3(a) ER.

33. Al respecto la Fiscalía de la Corte ha señalado que el carácter global de la Corte, sus disposiciones legislativas y sus limitaciones materiales apoyan la recomendación inicial de que, como regla general, la Fiscalía debería concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de aquellas personas que tienen una mayor responsabilidad, como los líderes de los Estados y organizaciones presuntamente responsables por los delitos previstos en el ER (ver, *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*, Septiembre 2003, p. 7).

34. Art. 17.1(d) ER.

35. Art. 58(1) y (7) ER.

- a) La inclusión de los incidentes y sospechosos de que se trate dentro de los parámetros personal, temporal y territorial que definen:
 - i) La situación objeto de la investigación; y
 - ii) El alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte.
- b) La existencia de motivos razonables para creer que:
 - i) Uno o varios de los delitos previstos en el ER se han cometido en los incidentes de que se trate; y
 - ii) Los sospechosos de que se trate son penalmente responsables por tales delitos.
- c) La inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar la presunta responsabilidad penal de los sospechosos por los delitos presuntamente cometidos en los incidentes de que se trate (admisibilidad del caso);
- d) La ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad conforme al art. 16 ER para que la Corte no ejercite su potestad jurisdiccional sobre el caso de que se trate;
- e) La suficiente gravedad del caso de que se trate; y
- f) El hecho de que el ejercicio por la Corte de su potestad jurisdiccional sobre el caso de que se trate no sería contrario a los intereses de la justicia a la luz de todas las circunstancias, incluyendo la gravedad de los delitos, los intereses de las víctimas, la edad o estado de salud de los sospechosos, y su presunta participación en la comisión de los delitos.

La emisión de una orden de arresto o de comparecencia marca formalmente el inicio del proceso penal ante la Corte. El objeto del mismo está formado por casos, en lugar de situaciones, que están compuestas por incidentes específicos en los que uno o varios delitos previstos en el ER han sido presuntamente cometidos por la persona

o personas imputadas³⁶. En el proceso penal ante la Corte se pueden distinguir hasta cinco fases procesales: la fase de investigación de los incidentes relativos al caso que se extiende hasta la presentación por la Fiscalía del escrito de acusación treinta días antes del inicio de la audiencia de confirmación de cargos³⁷, la fase intermedia o de confirmación de cargos³⁸,

36. Sobre la distinción entre los conceptos de situación y caso ver entre otros: *BASSIOUNI, M.C.*, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, 2003, pp. 518-519; *SCHABAS, W.A.*, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2004, pp. 125-126; *HALL, C.K.*, Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case, en: *Triffterer, O.* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos (1999), n. 2, pp. 405-418, p. 407; *EL ZEIDY, M.M.*, The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC, en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, pp. 83-120, p.110; y *OLÁSULO, H.*, n. 13, pp. 123-130.

La Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional, de 10 de diciembre de 2003 (en adelante "LOCCPI") no tiene en consideración la distinción entre situaciones y casos en cuanto objeto de las distintas actuaciones ante la Corte. Así, según se recoge en su preámbulo, el art. 8 de la LOCCPI impone al Gobierno la obligación de mantener la primacía formal de la jurisdicción de los tribunales españoles mediante la utilización del art. 18.2 ER. Sin embargo, el propio preámbulo clarifica que el Gobierno español no estará obligado a mantener con posterioridad la primacía formal de los tribunales españoles mediante el recurso al art. 19.2 ER, puesto que antes de llegar a la etapa procesal en la que esta última disposición es aplicable, la Corte habrá tenido que adoptar una decisión de admisibilidad. Esta última presunción se apoya en la premisa de que el objeto del análisis de admisibilidad conforme a los arts. 18.2 y 19.2 ER es el mismo. Sin embargo, esta premisa no es correcta porque mientras el art. 18.2 ER se refiere al análisis de la admisibilidad de situaciones para efectos de decidir si se puede ir adelante o no con una investigación, el art. 19.2 ER tiene como objeto la admisibilidad de los casos surgidos a raíz de la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. Lógicamente, siendo los objetos de los respectivos análisis de admisibilidad distintos, las decisiones adoptadas conforme al art. 18.2 ER no producen efecto alguno en los posteriores análisis de admisibilidad de casos practicados conforme al art. 19.2 ER.

37 Regla 121(3) RPP.

38 Art. 61 ER y reglas 121 y 122 RPP.

el juicio oral³⁹, la apelación⁴⁰ y la fase de ejecución de sentencia⁴¹.

A diferencia de los TPIY y TPIR, la potestad jurisdiccional de la Corte no se limita a la investigación, enjuiciamiento, declaración y realización de la responsabilidad penal individual surgida conforme al ER. Por el contrario, el ER atribuye también a la Corte el poder para declarar y realizar la responsabilidad civil derivada de: (a) la comisión de los delitos que constituyen el fundamento de una sentencia condenatoria; (b) un arresto o detención ilegal; y (c) un error en la administración de justicia⁴². Este poder constituye la denominada dimensión civil de la potestad jurisdiccional de la Corte⁴³. En consecuencia, la regla 99 RPP permite a la SCP adoptar medidas cautelares de carácter real desde la emisión de una orden de arresto o comparecencia⁴⁴. Además, los arts. 75 y 76(3) ER prevén que las actuaciones civiles de reparación se tramiten bien paralelamente al juicio oral, bien a su término.

39. Arts. 62 a 74 y 76 ER y reglas 131 a 148 RPP.

40. Arts. 81 y 83 ER y reglas 150 y ss RPP.

41. Arts. 103 a 111 y reglas 198 y ss RPP.

42. Arts. 75 y 85 ER. Ver al respecto, *DONAT-CATTIN, D.*, Article 75. Reparations to Victims, en: *Triffterer, O.* (ed.), n. 2, pp. 965-978, pp. 966-968; *STAKER, C.* Compensation to an Arrested or Convicted Person, en: *Triffterer, O.* (ed.), n. 2, p. 1041-1045, p.1042; *JORDA, C./DE HEMPTINNE, J.*, The Status and Role of the Victim, en: *Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D.* (eds.), n. 25, pp. 1387-1420, p. 1399; *ZAPPALA, S.*, Compensation to an Arrested or Convicted Person, en: *Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D.* (eds.), n. 25, pp. 1577-1588, p. 1577; *Friman, H./Lewis, P.*, Reparations to Victims, en: *Lee, R.S.* (ed.), *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 474-492, pp. 474-476; y *BITTI, G.*, Compensation to the Arrested or Convicted Person, en: *Lee, R.S.*, n. 43, pp. 623-636, pp. 623-625.

43. OLÁSULO, H., n. 11, sección I.2.3.

44. FRIMAN, H./LEWIS, P., n. 43, pp. 489-490.

El ER, las RPP y el RegC regulan la posición procesal de las víctimas en los procesos de activación penal y de reparación.⁴⁵ Se trata ésta de una auténtica novedad en el marco de un derecho procesal penal internacional que hasta ahora únicamente atribuía a las víctimas la condición de testigos. Así, mientras el art.15(3) ER y las reglas 50, 92(3), 93, 107 y 109 RPP regulan la condición procesal de las víctimas en el proceso de activación, la reglas 92(2), 93, 107 y 109 RPP prevén su intervención durante la investigación de una situación⁴⁶. Igualmente, mientras el art. 68(3) ER y las reglas 91 a 93 RPP regulan la posición procesal de las víctimas en el proceso penal ante la Corte⁴⁷, el art. 75(3) ER, las reglas 94 a 99 RPP y la norma 88 RegC otorgan a las víctimas la posición procesal de parte en el proceso de reparación⁴⁸. Además, las reglas 86, 89 y 90 RPP y la norma 86 RegC abordan una serie de problemas comunes a la intervención de las víctimas en los proce-

45. Arts. 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) ER, reglas 50, 59, 89 a 93, 94 a 99, 103, 107 y 109 RPP y normas 86 y 88 RegC. Ver también, *Bitti, G./Friman, H.*, *Participation of Victims in the Proceedings*, en: *Lee, R.S.* (ed.), n. 43, pp. 456-474, p. 456.

46. Por ejemplo, la regla 92(2) RPP prevé que, para efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones de la manera prevista en la regla 89 RPP, las decisiones de la Fiscalía, conforme al art. 53(2) ER, de cerrar la investigación de una situación sin proceder a ningún enjuiciamiento deberán ser notificadas a las víctimas, o a sus representantes legales, que hayan participado en las actuaciones o, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación de que se trate. Ver al respecto, *Bitti, G./Friman, H.*, n. 46, p. 470. Más controvertida, sin embargo, resulta la aplicación del art. 68(3) RPP en la fase de investigación de una situación. Así, algunos autores han optado por afirmar la no aplicación de dicha disposición en esta fase de las actuaciones. Ver entre otros *Donat-Cattin, D.*, *Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings*, en: *Triffterer, O.* (ed), n.2, pp. 869-888, p. 873.

47. BITTI, G./FRIMAN, H., n. 46, p. 457. Ver también *Donat-Cattin, D.*, n. 47, pp. 880-882.

48. LEWIS, P. FRIMAN, H., n. 43, p. 474.

sos de activación, penal y de reparación, entre los que destaca el régimen de acceso a la Corte y el sistema de representación legal⁴⁹.

Al respecto, es importante subrayar que la distinción entre situaciones y casos es particularmente relevante a la hora de determinar quién puede asumir la posición procesal atribuida a las víctimas en las distintas actuaciones ante la Corte. Así, en el proceso de activación y en la fase de investigación de una situación se encontrarían legitimadas para asumir dicha posición procesal todas aquellas personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño a que se refiere la regla 85 RPP dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis de que se trate. Por su parte, en los procesos penal y de reparación, podrían únicamente asumir dicha posición procesal las personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño a que se refiere la regla 85 RPP en los incidentes específicos que constituyen los fundamentos de hecho de una orden de arresto o comparecencia - y, posteriormente, de una decisión de confirmación de los cargos.

En la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones ante la Corte se encuentra también la justificación de que los Estados afectados se encuentren legitimados para primero oponerse a la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte sobre la situación de que se trate⁵⁰ y para, posteriormente, impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la causa en relación con los casos específicos surgidos a resultas de la investigación de dicha situación⁵¹.

49. BITTI, G./FRIMAN, H. n. 46, p. 460.

50. Art. 18.2 ER.

51. Art. 19(2)(b) y (c) ER.

En este sentido hay que recordar que mientras los TPIY y TPIR gozan de primacía con respecto a las jurisdicciones nacionales, la relación de la Corte con aquéllas se rige por el principio de complementariedad. De acuerdo con el art. 10 del estatuto del TPIY y con el art. 9 del estatuto del TPIR, la primacía de los tribunales *ad hoc* se concreta en los siguientes elementos⁵²: (i) la concurrencia entre la jurisdicción de los tribunales *ad hoc* y las jurisdicciones nacionales⁵³; (ii) la prohibición de que las jurisdicciones nacionales realicen investigaciones o enjuiciamientos si los tribunales *ad hoc* ejercitan su jurisdicción⁵⁴; (iii) la legitimación de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar si los tribunales *ad hoc* no ejercitan su jurisdicción⁵⁵; (iv) la legitimación de los tribunales *ad hoc* para requerir a las jurisdicciones nacionales que se inhiban en favor de aquéllos antes de que el órgano nacional competente dicte sentencia firme en el caso de que se trate⁵⁶; y (v) la facultad de los tribunales *ad hoc* para ejercitar su jurisdicción incluso después de la emisión de sentencia firme por el órgano nacional competente si los delitos han sido calificados como ordinarios o las actuaciones nacionales no fueron independientes o imparciales, estuvieron dirigidas a pro-

52. La exposición del contenido del principio de primacía del TPIR sobre las jurisdicciones nacionales y de las razones que lo justifican se puede encontrar en: *Decision (Trial Chamber) on the Defense Motion on Jurisdiction, The Prosecutor vs. Kanyabashi*, Case Num. ICTR-96-15-1, de 18 de junio de 1997, párrafo 32.

53. *Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, U.N. Doc S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafo. 16.

54. MORRIS, V. / SCHARF, M.P. *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, 1998. pp. 314-315.

55. MORRIS, V. / SCHARF, M.P. *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, Transnational Publishers, 1995, p. 126.

56. *Idem*.

teger al imputado frente a la responsabilidad penal internacional en la que había incurrido o la causa no fue tramitada con la debida diligencia⁵⁷.

La primacía de los TPIY y TPIR es resultado de su creación mediante resolución del Consejo de Seguridad actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Ambos fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos de *ultima ratio* para el restablecimiento de la paz y seguridad internacional en situaciones de crisis determinadas⁵⁸ y su primacía sobre las jurisdicciones nacionales ha jugado un papel tan importante para garantizar su eficacia que ya en 1995 la Sala de Apelaciones enfatizaba la necesidad de otorgar primacía a los tribunales internacionales sobre las jurisdicciones nacionales⁵⁹.

A diferencia de los tribunales *ad hoc*, la Corte es una institución permanente que tiene como fin acabar con la impunidad de los autores de los delitos que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la co-

57. Sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* por el TPIY, ver *Decision (Trial Chamber) on non bis in idem, The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case Num. IT-94-1-T, de 14 de noviembre de 1995. Sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* in the ICTR, ver *Decision (Trial Chamber) on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, The Prosecutor v. Bagasora*, Case Num ICTR-96-7-D, de 17 de mayo de 1997, párrafo 33; y *Decision (Trial Chamber) on the Formal Request for Deferral presented by the Prosecutor, The Prosecutor v. Alfred Musema*, Case Num. ICTR-95-5-D, de 12 de marzo 1996, párrafo 12.

58. Consejo de Seguridad, Resolución 827, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), de 25 de mayo de 1993; y Consejo de Seguridad, Resolución 955, U.N. Doc. S/RES/855 (1994), de 8 de noviembre de 1994.

59. *Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic*, ICTY Case No. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1995 (en adelante “Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic”) párrafos 55-60.

munidad internacional⁶⁰. A los efectos de garantizar mejor su carácter permanente e independencia frente a otras entidades políticas como los Estados o los órganos de las Naciones Unidas, la Corte ha sido creada por un tratado internacional en lugar de una resolución del Consejo de Seguridad⁶¹. El distinto origen de la Corte y de los tribunales *ad hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes. Así, la relación entre la Corte y los Estados se rige por el llamado principio de complementariedad, previsto en los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER⁶², cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes⁶³. Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que sólo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales⁶⁴.

60. Párrafos 4 y 5 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5 ER.

61. Desde el inicio del proceso de negociación se aceptó la idea de que la creación de la Corte a través de una resolución del Consejo de Seguridad habría convertido a aquélla en un órgano subsidiario del Consejo, que podría haber sido disuelto en cualquier momento mediante resolución del Consejo y cuya jurisdicción estaría limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

62. HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en: Lee, R.S. n. 19, pp. 41-78, p. 73.

63. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional*, en: García Arán, M./López Garrido, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 257.

64. *Idem*, p. 258. See also, WILLIAMS, S.A, Article 17. Issues of Admissibility, en: Triffterer, O. (ed.), n. 2. pp. 383-394, p. 384.

La cuestión que inmediatamente se plantea es aquella de en qué medida el principio de complementariedad ofrece garantías suficientes frente al peligro perenne contra el que la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* alertaba en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic⁶⁵. La respuesta a esta pregunta la encontramos en el segundo elemento del principio de complementariedad, que consiste en el poder de la Corte para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional. Ello conlleva el poder de la Corte para decidir sobre la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, o lo que es lo mismo, su primacía material sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada a través del ER⁶⁶.

La Corte ejercita su primacía material sobre las jurisdicciones nacionales en las distintas actuaciones procesales previstas en el ER. Este poder es ejercido por primera vez en el marco del proceso de activación previsto en los arts. 15, 18 y 53(1)(3) y (4) ER- o, siguiendo la terminología utilizada en el ER, en las actuaciones preliminares dirigidas a decidir sobre si procede o no la apertura de la investigación⁶⁷. Conforme a los arts. 15(3) y (4), 17, 53(1) ER y la regla 48 RPP, uno de los presupuestos para la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte con respecto a una determinada situación es la admisibilidad de esta última como consecuencia de la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de los Estados afectados. Además, cuando el art. 18 ER resulta aplicable, la decisión inicial de activación o de inicio de la investigación, puede someterse, a instancia de los Estados afectados, a un

65. Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, n. 60, párrafo 58.

66. OLÁSULO, H., n.3, p. 228-230

67. OLÁSULO, H., n. 11, pp. 121-146, pp. 123-124.

control adicional por la SCP⁶⁸ y por la Sala de Apelaciones (en adelante “SA”)⁶⁹ desde la perspectiva de la admisibilidad de la situación.

Durante la fase de investigación de una situación que sigue al proceso de activación y antecede el comienzo del proceso penal propiamente dicho, la Fiscalía, bajo la supervisión de la SCP, es el órgano principalmente responsable del desarrollo de las diligencias de investigación necesarias para el descubrimiento de los delitos y la identificación de los presuntos responsables⁷⁰. El art. 19.11 ER atribuye a la Fiscalía, en cuanto órgano principalmente encargado de la investigación, el poder para suspender dicha investigación si la situación objeto de la misma se convierte en inadmisibles a raíz de las actuaciones desarrolladas por los Estados afectados⁷¹. Esta disposición atribuye también a la Fiscalía el poder para levantar en cualquier momento dicha suspensión si el Estado afectado interrumpe sus actuaciones o muestra su falta de disposición o incapacidad para seguir adelante con las mismas⁷². A estos efectos, la Fiscalía puede “pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones”⁷³. Además, el art. 53(2)(b) ER otorga a la Fiscalía el poder para cerrar la investigación de una situación si no existe “fundamento suficiente para el enjuiciamiento” como resultado de la inadmisibilidad sobrevenida de dicha situación⁷⁴. Finalmen-

68. Art. 18.2 ER.

69. Art. 18.4 ER.

70. Art. 54 ER.

71. *Hall, C.K.*, n.37, p. 418.

72. *Idem.*

73. Art. 19.11 ER.

74. El art. 53(2)(b) ER constituye otro ejemplo del empleo incorrecto de los términos “causa” y “caso” en el ER. Como la decisión adoptada conforme al art. 53(2)

te, el art. 53(4) ER otorga también a la Fiscalía el poder para reabrir de oficio en cualquier momento la investigación de tal situación “sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”⁷⁵.

El ER no atribuye expresamente a la SCP el poder para revisar la decisión de la Fiscalía de suspender la investigación de una situación o de levantar dicha suspensión, ni tampoco le otorga el poder para revisar de oficio la admisibilidad de la situación investigada a los efectos de suspender la investigación o de levantar dicha suspensión. En este sentido, el art. 19(1) ER, que impone a la SCP el deber de cerciorarse de que tiene jurisdicción en todas las causas que le sean sometidas y le atribuye la facultad para analizar de oficio “la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”, parece ser solamente aplicable en el contexto de un proceso penal o caso ante la Corte. Por lo tanto, a no ser que se recurra a la doctrina de los poderes inherentes de la SCP en cuanto órgano jurisdiccional encargado de velar en última instancia por el adecuado devenir de la investigación⁷⁶, el ER no ofrece ningún

ER tiene por objeto la investigación de una situación, el análisis de admisibilidad previsto en el art. 53(2)(b) ER tendrá como objeto situaciones y no casos o causas.

75. El ER no establece criterio alguno para determinar cuando la Fiscalía debería suspender una investigación conforme al art. 19 (11) ER y cuando debería cerrar la misma de conformidad con el art. 53(2)(b) ER. Cabe señalar, sin embargo, que esta última opción debería ser reservada para cuando las actuaciones nacionales relativas a la situación de que se trate hayan alcanzado la fase de ejecución de sentencia. Sólo en este momento las jurisdicciones nacionales, conforme a la configuración dinámica del principio de complementariedad, asumirán jurisdicción exclusiva sobre los delitos cometidos en dicha situación.
76. La doctrina de los poderes inherentes de la Sala, aplicable en su caso también a la SCP, es reconocida expresamente en las normas 28(3) y 29(3) RegC. Ver sobre esta doctrina, *Gaeta, P., Inherent Powers of International Courts and*

mecanismo procesal para que la SCP lleve a cabo de oficio un análisis de admisibilidad en esta fase de las actuaciones.

La única excepción se recoge en el art. 53(3)(a) ER que prevé que la SCP, a instancia del Consejo de Seguridad o del Estado Parte que inicialmente haya remitido la situación, revisará la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación por la inadmisibilidad sobrevenida de la situación investigada. La decisión de la SCP puede ser apelada conforme la art. 82(1)(a) ER. Sin embargo, en lo que constituye una auténtica paradoja, las decisiones de las SCP y SA sobre la admisibilidad de la situación investigada no son vinculantes para la Fiscalía. Por lo tanto, esta última puede hacer prevalecer sus criterios en relación con la inadmisibilidad de dicha situación y el correspondiente cierre de la investigación⁷⁷. Esta paradoja es el resultado de las amplias funciones cuasi-jurisdiccionales que el ER otorga a la Fiscalía antes del inicio del proceso penal o caso.

La Fiscalía, una vez que encuentra motivos razonables de criminalidad contra los responsables últimos de aquellos incidentes más graves producidos en la situación investigada, solicita a la SCP la emisión de una orden de arresto o de comparecencia⁷⁸. La emisión de una orden de arresto o de comparecencia marca el inicio del proceso penal o caso ante la Corte, lo que provoca que la SCP se convierta en el órgano que dirige las actuaciones y la Fiscalía sea reconducida a su posición procesal natural de parte⁷⁹. De esta manera, el art.

Tribunals, en: Vohrah, L.C. (ed.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 353-372.

77. OLÁSOLO, *H.* n. 3, pp. 505-506.

78. Art. 58.1 ER.

19(1) ER impone a la SCP la obligación de verificar su jurisdicción sobre el caso de que se trate antes de seguir adelante y le atribuye la facultad, no obligación, de verificar su admisibilidad. A partir de este momento, los apartados segundo y tercero del art. 19 ER también son aplicables. Así, el art. 19(2) ER legitima para impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la causa: (i) al acusado o a la persona contra la que se haya dictado una orden de arresto o de comparecencia; (ii) a cualquier Estado “que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes”; y (iii) a cualquier otro Estado “cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12”⁸⁰. Por su parte, el art. 19(3) ER legitima a la Fiscalía para solicitar el pronunciamiento de la SCP sobre cuestiones de jurisdicción o de

79. En cuanto órgano que dirige las actuaciones, la SCP: (i) solicita de los Estados afectados el arresto provisional o el arresto y la entrega de la persona contra quién se haya dictado una orden de arresto (art. 58(6) y 89(2) ER y regla 117 RPP); (ii) conduce la primera comparecencia del acusado tras su detención y traslado a la Corte (art. 60 ER); (iii) acuerda la celebración de la audiencia de confirmación de cargos (art. 61(1) ER y regla 121 RPP); (iv) establece, y en su caso extiende, el plazo para que la Fiscalía presente el escrito de acusación y la lista de elementos de prueba propuestos (regla 121(3), (4), (5) y (8)); y (v) acuerda la celebración de una audiencia de conformación de cargos en ausencia del imputado (art. 61(2) ER y regla 125 RPP).

80. El art. 19(2) ER no parece ser aplicable durante la fase de investigación de una situación dada la repetida utilización del término “causa” en lugar de los términos “investigación” (utilizado en el art. 19(11) ER) o “situación” (utilizado en varias disposiciones del ER). Además, los apartados (1), (2) y (3) del art. 19 ER constituyen un conjunto de disposiciones que, ante la ausencia de ninguna indicación en sentido contrario en el ER, han de considerarse como que comparten el mismo ámbito de aplicación. Por otra parte, sólo los Estados afectados, que ya han tenido la oportunidad de impugnar la inadmisibilidad de la situación conforme al art. 18(2) ER, se beneficiarían de la aplicación del art. 19(2) ER durante la fase de investigación previa a la iniciación de un caso.

admisibilidad⁸¹. Finalmente, el inicio del proceso penal ante la Corte permite también la aplicación del apartado 10 del artículo 19 ER que legitima a la Fiscalía para solicitar a la Sala competente la revisión de una decisión de inadmisibilidad sobre la base de “nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo”.

81. El art. 19(3) ER tampoco parece aplicable durante la fase de investigación de la situación. Como ya hemos señalado, los apartados (1), (2) y (3) del art. 19 ER conforman un conjunto de disposiciones que en principio tiene un mismo ámbito de aplicación. Además, la interpretación contextual del art. 19(3) ER a la luz del art. 19(11) ER también favorece esta interpretación. Así, mientras la Fiscalía es el órgano principalmente encargado del desarrollo de la investigación de una situación, el art. 19(11) ER la legitima para analizar de oficio la admisibilidad de dicha situación. Además, el ER no legitima expresamente a la SCP para realizar de oficio análisis de admisibilidad durante esta fase procesal. Sin embargo, una vez que se inicia el proceso penal, la Fiscalía se convierte en parte *strictu sensu* en las actuaciones y, por tanto, deja de estar legitimada para desarrollar las funciones quasi-jurisdiccionales que había ejercido hasta ese momento, incluyendo la realización de análisis de admisibilidad con el fin de suspender o cerrar una investigación. Del mismo modo, la SCP se convierte en el órgano que dirige las actuaciones y como tal se encuentra legitimada para llevar a cabo de oficio análisis de admisibilidad del caso del que se trate. Como resultado, la interpretación del art. 19(3) ER como legitimando a la Fiscalía para plantear una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad ante la SCP durante la fase de investigación de una situación no parece ajustarse a las funciones atribuidas a ambos órganos durante dicha etapa procesal. Por el contrario, la interpretación del art. 19(3) ER en el sentido de legitimar a la Fiscalía para plantear cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad una vez que, tras el inicio del proceso penal, la misma haya asumido la posición procesal de parte parece ajustarse mucho mejor a las respectivas funciones de la SCP y de la Fiscalía en el proceso penal ante la Corte (ver, HALL, C.K., *Article 19... n. 37*, p. 418).

El art. 19(1) ER no establece ninguna limitación temporal para que la SCP o la Sala de Primera Instancia (en adelante “SPI”) revisen de oficio la admisibilidad de la causa durante las distintas etapas del proceso penal. Igualmente, el art. 19(3) ER tampoco impone ninguna limitación temporal para que la Fiscalía solicite el pronunciamiento de la SCP o de la SPI sobre una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad. Como en los casos anteriores, el art. 19(10) ER tampoco establece limitación temporal alguna para solicitar a la SCP o a la SPI la revisión de una decisión que declare la inadmisibilidad de la causa.

A fin de evitar que sucesivas impugnaciones de la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad de la causa pudieran privar a las actuaciones penales ante la Corte de toda eficacia, el art. 19(4) ER impone ciertas limitaciones temporales para su presentación. En primer lugar, cualquiera de las personas o Estados a que se refiere el art. 19(2) ER está únicamente legitimado para realizar una única impugnación de la jurisdicción o de la admisibilidad. En segundo lugar, conforme al art. 19(5) ER, los Estados afectados deben presentar sus impugnaciones “lo antes posible”. En tercer lugar, cualquier impugnación de la jurisdicción o de la admisibilidad deberá presentarse a más tardar al inicio del juicio oral. En cuarto lugar, las impugnaciones de la admisibilidad que se presenten con posterioridad al inicio del juicio oral con el permiso de la SPI podrán fundamentarse exclusivamente en el pronunciamiento de sentencia nacional firme. Además, la regla 58.2 RPP otorga a la SCP y a la SPI la facultad para retrasar la consideración de las impugnaciones de la jurisdicción o de la admisibilidad hasta el inicio de la confirmación de cargos o, en su caso, del juicio oral, “siempre que ello no cause una demora indebida”.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, los límites previstos en el art. 19(4) ER continúan siendo demasiado am-

plios. Esta situación se ve agravada por la facultad de la Sala competente para autorizar en circunstancias excepcionales que se realice más de una impugnación o que las mismas se presenten en una etapa ulterior del juicio oral. De esta manera, se puede prever ya desde ahora que las actuaciones del art. 19 ER darán lugar a continuas disputas procesales⁸².

1.1.3. Ámbitos material, personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte

El alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte viene definido por sus ámbitos material, personal temporal y territorial. De acuerdo con su ámbito material, la jurisdicción abstracta de la Corte se extiende al delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los delitos contra la administración de justicia por la Corte. El art. 5(1) ER recoge también el delito de agresión. Sin embargo, mientras los Estados Partes no acuerden su definición y la introduzcan en el ER mediante el proceso de enmienda previsto en los arts. 5(2), 121 y 123 ER, no cabe hablar de responsabilidad penal individual como consecuencia de la realización de conductas que pudieran hipotéticamente encontrarse incluidas dentro de las que serán recogidas por una futura definición del delito de agresión⁸³.

La cuidadosa selección de los delitos incluidos en el ER de manera que exclusivamente se recojan aquéllos que menoscaban de manera más grave los valores superiores sobre los que

82. En el mismo sentido, *HALL, C.K.* n. 37, p. 412.

83. Ver *ZIMMERMANN, A.*, Article 5. Crimes Within the Jurisdiction of the Court, en: *Triffterer, O.* n. 2, pp. 97-106, pp. 104-105.

se asienta la comunidad internacional⁸⁴, y que para muchos se encuentran criminalizados por normas de *ius cogens*⁸⁵, ha provocado la exclusión de ciertos delitos tipificados en tratados internacionales como el mercenarismo, el narcotráfico o el terrorismo. De esta manera, los redactores del ER han pretendido evitar cualquier problema que pudiera surgir a raíz de que los Estados afectados no fueran parte de los correspondientes tratados internacionales⁸⁶.

Un proceso similar de selección *a priori* por razón de gravedad se ha producido en relación con cada uno de los tipos penales incluidos dentro de las categorías generales de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra⁸⁷. Como resultado, no todas las conductas que conforme al derecho internacional de los conflictos armados dan lugar a responsabilidad penal individual han sido incluidas en el ER⁸⁸. Este es el caso, por ejemplo, del retraso injustificado en la repatriación de civiles o de

84. Párrafos 3 y 4 del preámbulo del ER.

85. Ver entre otros *BASSIOUNI, M.C.*, International Crimes: Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, pp. 63 y ss; *MORRIS, M.*, High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States, en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, pp. 13 y ss, p. 57; y *HENRAD, K.*, The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law, *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Vol. 8, pp. 595 y ss, p. 645.

86. *ZIMMERMANN, A.*, n. 87, pp. 98-100.

87. *VON HEBEL, H. / ROBINSON, D.*, Crimes within the Jurisdiction of the Court, en: *Lee, R.S.* (ed.), n. 19, pp. 79-126, p. 104

88. Sólo aquellas infracciones del derecho internacional de los conflictos armados que cumplen con los siguientes tres requisitos han sido incluidas en el ER: (i) que la norma infringida tenga al tiempo de su violación el carácter de costumbre internacional de manera que sea vinculante para todos los Estados miembros de la comunidad internacional; (ii) que la infracción de que se trate dé lugar a

prisioneros de guerra⁸⁹ o el uso de aquellos medios y métodos de combate que a pesar de causar daños superfluos o innecesarios, o de ser indiscriminados, no se encuentran expresamente recogidos en el art. 8(2) ER⁹⁰.

A este proceso de selección se ha unido la introducción de elementos contextuales vinculados también al nivel de gravedad en la definición de cada uno de los delitos incluidos en el ámbito material de la potestad jurisdiccional de la Corte⁹¹. Así, el delito de genocidio requiere que la conducta punible haya sido cometida “en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar” contra el grupo nacional, étnico, religioso o racial objeto del ataque, o que tenga una magnitud tal que pueda causar por sí misma la destrucción total o parcial del grupo de que se trate⁹². Por otra parte, todo crimen contra la humanidad requiere que la conducta punible haya sido cometida “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”⁹³. Finalmente, conforme al art. 8(1) ER, “la Corte tendrá competencia respecto de crímenes de guerra en particular

responsabilidad penal individual conforme a la costumbre internacional; y (iii) que la infracción sea lo suficientemente seria como para merecer su inclusión en el ER Ver a este respecto, *Von Hebel, H./Robinson, D.* n. 92, p. 104.

89. Recogida como una infracción grave al Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra (art. 85(4)(b) PA I).

90. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 60-61.

91. OLÁSOLO, H, *Apuntes Prácticos sobre el Tratamiento de los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 85, Junio 2005 (en prensa), sección 2.

92. Ver los elementos del delito de genocidio (art. 6(a) a (e) ER) en los Elementos de los Crímenes.

93. Art. 7(1) ER.

cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”⁹⁴. Como resultado de la introducción de estos elementos contextuales, actividades criminales de carácter aislado como aquéllas que no se producen de manera sistemática (“pauta manifiesta de conducta similar”, “plan” o “política”) o generalizada (“en gran escala”) quedan fuera del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte⁹⁵.

El principio de irretroactividad de las normas penales constituye la piedra angular de los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte. Este principio se recoge en el art. 24(1) ER que dispone que “nadie será penalmente responsable de acuerdo con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor” el 1 de julio de 2002. Este principio constituye una de las tres manifestaciones, junto con los principios *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*, de la dimensión sustantiva del principio de legalidad tal y como se recoge en el ER⁹⁶. Además, refleja el hecho de que

94. Los elementos contextuales relativos vinculados al nivel de gravedad deben aplicarse primero en el contexto de situaciones a los efectos de decidir si procede la activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte sobre dicha situación. Sólo posteriormente se aplicarán estos elementos contextuales a los incidentes específicos a que se refiera una orden de arresto o de comparecencia. En relación con esta segunda etapa surge la cuestión relativa a si es necesario probar que cada uno de estos incidentes específicos fue cometido como parte de un plan, política o comisión a gran escala de crímenes de guerra. Al respecto cabe señalar que, si bien esta constituiría la mejor manera de probar la necesaria gravedad de cada uno de los delitos imputados, los arts. 8(1) y 17(1)(d) no parecen establecer *stricto sensu* esta exigencia. En el mismo sentido, *Pignatelly y Meca, F. La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Ministerio de Defensa, 2002, pp. 74-75.

95. OLÁSOLO, H., n. 11, sección III.5.

96. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,

el ER contiene normas sustantivas que criminalizan a los efectos del sistema de justicia penal previsto en el ER, aquellas conductas que más gravemente menoscaban los valores superiores sobre los que se asienta la comunidad internacional⁹⁷. Se trata, por tanto, de un elemento particular que distingue al ER de los estatutos de los TPIY y TPIR en cuanto que estos últimos, redactados tras la comisión de la gran mayoría de los delitos sobre los que tienen jurisdicción, no contienen disposiciones sustantivas que tipifiquen ciertas conductas, sino que simplemente atribuyen a los tribunales *ad hoc* jurisdicción material sobre delitos pre-existentes de acuerdo con el derecho penal internacional⁹⁸.

Los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte dependen de quién introduce la

en Revista Española de Derecho Militar, Vol. 75, pp. 381 y ss, pp. 388-396. Ver también *Lamb, S.*, *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*, en: *Cassese, A./Gaeta, P./Jones R.W.D. (eds.)*, n. 25, pp. 733-766, p. 734.

97. Algunos podrían afirmar que el ER, al igual que los estatutos de los TPIY y TPIR, se limita a atribuir a la Corte jurisdicción material sobre conductas previamente criminalizadas por el derecho penal internacional. Sin embargo, los arts. 10, 21 y 23(3) ER dejan claro que el ER tiene su propio sistema de fuentes y que sus disposiciones penales sustantivas conservan su autonomía frente a aquéllas del derecho penal internacional.

98. *Secretario General de las Naciones Unidas*, Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafos 29, 33 y 34. Ver también la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic*, n. 60, párrafo 143; *Decision on Dragoljub Ojdanic' Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise*, *The Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, Appeals Chamber, ICTY Case Num. IT-99-37-AR72, de 21 de mayo de 2003, párrafo 9; y *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, ICTY Case Num. 01-47-AR 72, de 16 de julio de 2003, párrafo 32.

pretensión de activación con respecto a una determinada situación: el Consejo de Seguridad⁹⁹ o un Estado Parte mediante la remisión de una situación¹⁰⁰, o la Fiscalía mediante la solicitud de autorización para el inicio de una investigación tras la recepción de denuncias presentadas por cualquier persona física o jurídica¹⁰¹.

Cuando el Consejo de Seguridad remite una situación conforme al art. 13(b) ER, la jurisdicción abstracta de la Corte tiene un alcance universal. En consecuencia, la situación de que se trate, con tal de haberse producido después del 1 de julio de 2002, se encontrará dentro del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte con independencia de: (i) dónde y cuándo se haya producido dicha situación; y (ii) la nacionalidad de las personas presuntamente involucradas en la actividad delictiva ocurrida en la misma¹⁰².

Cuando un Estado Parte remite una situación conforme a los arts. 13(a) y 14 ER o la Fiscalía solicita la autorización para iniciar una investigación de conformidad con el art. 15(3) ER, la jurisdicción abstracta de la Corte no tiene un alcance universal, ya que se encuentra sometida a ciertas limitaciones. Así, el alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte se extiende a situaciones que hayan tenido lugar: (i) en el territorio de un Estado Parte con independencia de las personas presuntamente involucradas, o en el territorio de un Estado no Parte en tanto las nacionales de Estados Partes se encuentren sustancialmente involucrados en la actividad crimi-

99. Art. 13 (b) ER.

100.Arts. 13 (a) y 14 ER.

101.Arts. 13(c) y 15(1) y (3) ER.

102.BOURGON, S., Jurisdiction Ratione Loci, en: *Cassese, A/Gaeta, P./ Jones, R.W.D.*, (eds.), n. 25, pp. 543-558, p. 566.

nal ocurrida en la situación de que se trate; y (ii) después de que el ER haya entrado en vigor para el Estado Parte afectado¹⁰³.

En concepto de “responsables últimos”, tal y como ha sido formulado por la Fiscalía, coloca *de facto* fuera del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte a aquellas situaciones ocurridas fuera del territorio de los Estados Partes y en las que nacionales de los Estados Partes no se encuentran sustancialmente involucrados en la actividad criminal producida en su seno. En este sentido, se puede observar un cierto paralelismo entre el concepto de “responsables últimos” correspondiente a una perspectiva personal y la exclusión de situaciones donde desde un punto de vista material sólo se desarrolla actividad criminal de manera aislada.

Conforme al art. 124 ER, la limitación del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte a aquellas situaciones que se producen tras la entrada en vigor del ER para los Estados Partes afectados puede ser extendida por estos últimos por un periodo adicional de siete años¹⁰⁴. Sin embargo, incluso de acuerdo a una interpretación amplia del art. 124 ER, dicha extensión será sólo aplicable en relación con crímenes de guerra cometidos en el territorio o por nacionales de los Estados Partes afectados¹⁰⁵. Por lo tanto, dicha extensión no dejará

103. Arts 11(2) y 12(2) ER.

104. BOURGON, S., n.106 , p. 555.

105. This extensive interpretation is supported by ZIMMERMANN, A., Article 124. Transitional Provision, en: *Triffterer, O.*(ed.), n. 2, pp. 1281-1286, pp. 1281-1282; y WILMSHURST, E., Jurisdiction of the Court, en: Lee, R.S. (ed.), n. 19, pp. 127-142. Una interpretación más restrictiva de esta disposición limitaría sus efectos a los crímenes de guerra cometidos en el territorio del Estado afectado por nacionales de dicho estado o de otros Estados no partes o en el territorio de Estados no Partes por nacionales de dicho Estado (OLÁSULO, H., n. 9, sección III.2.2).

fuera de la jurisdicción abstracta de la Corte aquellas situaciones en las que se hayan presuntamente cometido crímenes contra la humanidad o delitos de genocidio en el territorio del Estado afectado durante los siete años siguientes a su incorporación al sistema del ER.

Ausente cualquier obstáculo jurídico que pudiera justificar las limitaciones de la jurisdicción abstracta de la Corte recogidas en los arts. 11(2) y 12(2) y (3) ER, no se puede sino concluir que las mismas no son mas que el fruto de los compromisos políticos alcanzados en la Conferencia de Roma. Por ello, estamos de acuerdo con la declaración de la delegación alemana¹⁰⁶, en el sentido de que el alcance de la potestad jurisdiccional atribuida a la Corte para investigar y enjuiciar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” es bastante más limitado que aquel reconocido a los Estados por el derecho internacional¹⁰⁷. Desde esta perspectiva, se puede entender el porqué algunos autores han llamado la atención sobre el riesgo de que el alcance limitado de la potestad jurisdiccional de la Corte pudiera impedir la investigación y enjuiciamiento de los futuros Husseins, Pol Pots, Karadzics, Kambandas o Pinochets¹⁰⁸.

El ER ha establecido, sin embargo, ciertos mecanismos para superar las limitaciones de la jurisdicción abstracta de la Corte

106. KAUL, H.P. (Jefe de la Delegación Alemana), Intervención ante el Comité Plenario el 9 Julio de 1998.

107. Ver WILLIAMS, S.A, n. 2, p. 342; y MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., *Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción Universal o Nexos Jurisdiccionales Aplicables*, en: Carrillo Salcedo, J.A. (ed.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 357-381, p. 380.

108. WILLIAMS, S.A, n. 2, p. 341.

cuya eficacia no puede ser minusvalorada. El principal consiste en la incorporación de nuevos Estados al ER. Así, cada vez que un nuevo Estado se incorpora al ER, dicho Estado comparte automáticamente con la Corte parte de su potestad jurisdiccional de manera que la jurisdicción abstracta de la Corte se extiende a las siguientes situaciones: (i) aquéllas que se producen en el territorio del nuevo Estado Parte y donde las personas involucradas sustancialmente en la actividad criminal ocurrida en las mismas, son nacionales de dicho Estado o de cualquier otro Estado no Parte; y (ii) aquéllas otras que se producen en el territorio de un Estado no Parte y en las que los nacionales del nuevo Estado Parte se encuentren involucrados sustancialmente. En consecuencia, cuando la República Dominicana se convierte en parte del ER el pasado 12 de mayo de 2005¹⁰⁹ el alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte se extiende automáticamente a: (i) las situaciones ocurridas en el territorio de la República Dominicana a partir del 12 de mayo de 2005 en las que las personas involucradas sustancialmente sean nacionales dominicanos o nacionales de Estados no Partes; y (ii) aquellas otras situaciones producidas en el territorio de Estados no Partes desde el 12 de mayo de 2005 en adelante en las que nacionales dominicanos se encuentren involucrados sustancialmente.

Los arts. 121(6) y 127 ER reconocen el derecho de los Estados Partes a reafirmar el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional compartida con la Corte a través del ER mediante su denuncia. Cuando un Estado Parte ejercita este derecho la jurisdicción abstracta de la Corte deja de incluir aquellas situaciones que se producen tras la fecha en que la

109. El 12 de mayo de 2005 la República Dominicana se convirtió en el Estado Parte número 99 (ver <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties/country&id=100.html>).

110. Las denuncias del ER conforme al art. 121(6) ER son inmediatamente efectivas, mientras que las denuncias conforme al art. 127 ER sólo producen efectos un año después de su depósito con el Secretario General de las Naciones Unidas.

denuncia se hace efectiva¹¹⁰: (i) en el territorio del Estado denunciante y en las que las personas involucradas sustancialmente sean nacionales de dicho Estado o de un Estado no Parte; o (ii) en el territorio de un Estado no Parte y en las que las personas involucradas sustancialmente sean nacionales del Estado denunciante. Además, aquellas otras situaciones producidas en los supuestos que acabamos de mencionar con anterioridad a la fecha, en que la denuncia se hace efectiva quedarán también fuera del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte, si esta última no ha activado su jurisdicción abstracta sobre dichas situaciones con anterioridad a la fecha en que la denuncia se hace efectiva.

Los arts. 11(2) y 12(3) ER establecen un mecanismo suplementario a través del cual los Estados no Partes y los nuevos Estados Partes pueden extender *ex post facto* y *ad hoc* la jurisdicción abstracta de la Corte en relación con una

111. Un interpretación estrictamente literal del art. 12(3), que señala que un Estado puede “consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate”, pudiera hacer pensar en la posibilidad de extender los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte caso por caso. De acuerdo a este interpretación, que se fundamenta en un visión del art. 12(3) ER como una disposición a favor de terceros Estados (PALMISANO, G., *The ICC and Third States en: Lattanzi, F./Schabas, W. (eds.) Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Il Sirente, 1999, Vol. I, pp. 391-426, p. 393*), los Estados no Partes, o los nuevos Estados Partes, podrían elegir los hechos concretos en relación con los cuales se extendería la jurisdicción abstracta de la Corte. Esta interpretación es defendida por WILMSHURST, E., n. 110, pp. 139-140; PALMISANO, G., n. 114, pp. 393-394; y HAFNER, G./BOON, K./RUBESAME, A./HUSTON, J. Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood, en *European Journal of International Law* Vol. 10, pp. 108 y ss, p. 118. Otros como HOLMES, H.T., *Jurisdiction and Admissibility*, en Lee, R.S., n. 43, p. 326; y WEDWOOD, R., *The United States and the International Criminal Court: Achieving a Wider Consensus Through the “Ithaca Package”*, en *Cornell International Law Journal*, vol. 32, pp. 535 y ss, pp. 535-541 prefieren referirse al carácter ambiguo del art. 12(3) ER. La interpretación arriba mencionada fue objeto de amplias discusiones en la co-

determinada situación de crisis¹¹¹. Este mecanismo, consistente en la presentación ante el Secretario de la Corte de una declaración conforme al art. 12(3) ER, permite a los Estados no Partes recurrir a la Corte sin necesidad de convertirse en partes del ER y en tanto actúen dentro del marco procesal del ER y cooperen con la Corte en los términos de la parte IX del ER¹¹².

Con independencia de si las declaraciones son realizadas por nuevos Estados Partes conforme a los arts. 11(2) y 12(3) ER, o por Estados no Partes de acuerdo con el art. 12(3) ER, no cabe en ningún caso equiparar tales declaraciones a las

misión preparatoria durante la redacción de la regla 44 RPP porque mediante la selección de los hechos concretos para los que se extendería la potestad jurisdiccional de la Corte, los Estados no Partes y los nuevos Estados Partes podrían estar indirectamente determinando las personas que podrían ser investigadas y enjuiciadas. De hecho, los redactores del ER, conscientes del riesgo de que se produjesen investigaciones y enjuiciamientos políticamente motivados, y a los efectos de limitar este peligro, establecieron un proceso de activación previo, necesario y autónomo en relación con el proceso penal y cuyo objeto son situaciones definidas por parámetros personales, temporales y territoriales. Por lo tanto, se puede afirmar que la interpretación estrictamente literal arriba mencionada es contraria a la interpretación sistemática y teleológica de estas disposiciones a la luz de los arts. 13, 14, 15, 18 y 53(1), (3) y (4) ER (a esta misma conclusión llega LINDENMANN, J., *The Rules of Procedure and Evidence on Jurisdiction and Admissibility*, en: FISCHER, H./LUDER, S.R./KRESS, C. (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments*, Berlin Verlag, 2001, pp. 173-190, p. 181). Por esta razón, la comisión preparatoria primero, y la Asamblea de los Estados Partes después, rechazó esta interpretación mediante la adopción de la regla 44 (KAUL, H.P., *Preconditions to the Exercise of Jurisdiction*, en: Cassese, A./Gaeta, P./Jones R.W.D., n. 25, pp. 583-619, p. 611; y HOLMES, H.T., n. 114, p. 327), en cuyo segundo apartado señala: "... que la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación y serán aplicables las disposiciones de la Parte IX, así como las reglas correspondientes a esa Parte que se refieran a los Estados Partes".

112. Art. 12(3) ER *in fine* y regla 44(2) RPP.

remisiones de situaciones previstas en los arts. 13(a) y 14 ER, ni tampoco a las denuncias realizadas conforme al art. 15(1) ER. Esta conclusión se deriva de varios factores. En primer lugar, los arts. 11(2) y 12(3) ER forman parte del conjunto de disposiciones que regula los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte, y que precede aquel otro grupo de disposiciones que regulan el proceso de activación. En segundo lugar, las declaraciones del art. 12(3) ER se depositan con el Secretario de la Corte, y no con la Fiscalía. En tercer lugar, a través de las mismas los Estados no Partes comparten con la Corte con respecto a una determinada situación una parte de su potestad jurisdiccional. De esta manera, el principal efecto de la presentación de las declaraciones del art. 12(3) ER consiste en la extensión de los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la Corte de acuerdo con los parámetros personal, temporal y territorial que definen la situación de que se trate. Esto es precisamente lo que ha sucedido con la primera declaración presentada de conformidad con el art. 12(3) ER ante el Secretario de la Corte a principios de este año, y que ha extendido el alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte a la situación de crisis producida en el territorio de Costa de Marfil a partir del 19 de Septiembre de 2002¹¹³.

A la luz de los elementos que definen el alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte es evidente que la respuesta a la cuestión de si sus limitaciones constituyen hoy en día un problema de primera magnitud, se encuentra directamente ligada a la evolución del proceso de consolidación de la Corte. Sobre este último hay que subrayar que el ER, contra toda

113. Ver el comunicado de prensa de la Corte de 15 de Febrero de 2005 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/93.html>)

expectativa debido al elevado número de ratificaciones exigido por el art. 126(1) ER¹¹⁴, entró en vigor apenas cuatro años después de su aprobación en la Conferencia Diplomática de Roma¹¹⁵. De hecho, el precedente más cercano, que no era otro sino la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vaticinaba décadas de espera¹¹⁶.

Hoy en día, tres años después de la entrada en vigor del ER, 99 instrumentos de ratificación o adhesión han sido ya depositados con el Secretario General de las Naciones Unidas. Además, otros 40 Estados han firmado el ER¹¹⁷. Por tanto, se puede afirmar que cualquier duda que se pudiera albergar sobre la aspiración de universalidad del ER ha quedado despejada¹¹⁸.

114. El 11 de abril de 2002, durante la novena sesión de la comisión preparatoria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Cambodia, the Democratic Republic of Congo, Ireland, Jordan, Mongolia, Niger, Romania and Slovakia depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación con el Secretario General de las Naciones Unidas. De esta manera se completaba el número de 60 ratificaciones exigido por el art. 126(1) ER para la entrada en vigor del ER (ver, <http://untreaty.un.org/English/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>).

115. Ver, <http://www.icc-cpi.int/about.html>.

116. El art. 308 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (U.N. Doc. A/CONF.62/122, de 10 de diciembre de 1982) también requería sesenta ratificaciones para su entrada en vigor, lo que sólo se produjo casi doce años después el 16 de noviembre de 1994.

117. Ver, <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>.

118. La aspiración de universalidad del ER ha sido subrayada por ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Corte Penal Internacional: Rasgos Básicos*, en: *García Arán, M./López Garrido, D. (eds.), Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 227-236, p. 231; y YAÑEZ BARNUEVO, J.A., *Situación Actual de Desarrollo del Tribunal Penal Internacional*, en: *Ministerio de Defensa, Privatización de las Empresas Públicas en el Ámbito de la Defensa y Otros Estudios Jurídico-Militares*, Ministerio de Defensa, 2000, pp. 483-493, p. 485.

Desde la entrada en vigor del ER, cientos de denuncias presentadas por personas físicas y jurídicas han sido recibidas en la Fiscalía¹¹⁹. Además, la República Democrática del Congo¹²⁰, Uganda¹²¹ y la República Centroafricana¹²² han remitido las primeras situaciones de crisis a la Fiscalía de conformidad con los arts. 13(a) y 14 ER. Por su parte, el 31 de marzo de 2005, la Fiscalía recibió la primera remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de conformidad con el art. 13(b) ER, y a principios de este año Costa de Marfil presentó ante el Secretario de la Corte la primera declaración conforme al art. 12(3) ER. Como resultado de las remisiones y denuncias mencionadas, la Fiscalía ha iniciado la investigación de las situaciones de crisis acaecidas en los territorios de la República Democrática del Congo y del Norte de Uganda desde el 1 de Julio de 2002. Además, la Fiscalía se encuentra actualmente llevando a cabo el examen preliminar de las situaciones acaecidas en los territorios de la República Centroafricana y Darfur desde el 1 de julio de 2002, así como de varias situaciones de crisis adicionales.

En este contexto, se puede afirmar que la limitación del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte, que ha llevado a más de uno a dudar de la eficacia de la Corte para investigar y enjuiciar a los futuros Husseins, Pol Pots, Karadzics, Kambandas o Pinochets, constituye a lo sumo un problema secundario en el proceso de consolidación de la Corte.

119. *Fiscalía*, Statement of the Prosecutor at the Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, de 8 de septiembre de 2003 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030909_prosecutor_speech.pdf).

120. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=19.html.

121. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=16&l=en.html.

122. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=87.html.

En primer lugar, si de acuerdo con el marco procesal previsto en el ER, se analiza el alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte desde la perspectiva de situaciones, en lugar de casos, nos damos cuenta que el conjunto de situaciones que se encuentran fuera del mismo es ciertamente limitado.

En segundo lugar, la inesperada utilización del derecho de acceso a la Corte por todo tipo de personas físicas y jurídicas, incluidos los Estados Partes y el Consejo de Seguridad, ha puesto de relieve la amplia gama de situaciones que se encuentran dentro del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte. En este sentido, conviene subrayar que las dos manifestaciones del derecho de acceso a la Corte, es decir, el derecho del Consejo de Seguridad y de los Estados Partes a convertirse en parte activa del proceso de activación mediante la introducción de la pretensión de activación a través de la remisión de una situación¹²³ y el derecho de denuncia atribuido a cualquier otra persona física o jurídica¹²⁴, han sido activamente ejercitadas hasta la fecha.

En tercer lugar, el mantenimiento de un ritmo constante de ratificaciones del ER ha revelado la eficacia del principal mecanismo previsto en el ER para superar las limitaciones del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte: la incorporación de nuevos Estados al ER. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el proceso de consolidación de la Corte se encuentra en plena forma, al tiempo que el ER se transforma gradualmente en un auténtico acto legislativo de la comunidad internacional y los vacíos jurisdiccionales de la Corte tienden a desaparecer.

123. Arts. 13(a) y (b) y 14 ER.

124. Art. 15(1) ER.

Finalmente, la experiencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular del TPIY, muestra que incluso con un presupuesto y una dotación de personal muy superiores a los de la Corte no es posible celebrar más de media docena de juicios orales al año.

1.1.4. Conclusión

Tras la recepción de cientos de denuncias, la remisión de cuatro situaciones de crisis, el desarrollo de varios exámenes preliminares y la apertura de dos investigaciones, la Corte se encuentra a punto de iniciar sus primeros procesos penales o casos. Afortunadamente, esto llega en un momento en el que los problemas derivados de las limitaciones del alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte han pasado a un segundo plano. De hecho, el escenario actual es tal que cabe incluso proponer con vistas a la próxima Conferencia de Revisión¹²⁵, la abolición del mecanismo suplementario de extensión *ex post facto* y *ad hoc* por los Estados no Partes y por los nuevos Estados Partes de la jurisdicción abstracta de la Corte con respecto a situaciones de crisis preexistentes. En este sentido, no se puede olvidar que incluso si se considera que los arts. 11(2) y 12(3) ER cumplen con los requisitos derivados del derecho fundamental al tribunal preestablecido por la ley¹²⁶, es cuando menos paradójico que el ER

125. Conforme al art. 123(1) ER, la primera Conferencia de Revisión deberá ser convenida por el Secretario General de las Naciones Unidas dentro de cuatro años.

126. La respuesta a esta pregunta depende de si el derecho al juez preestablecido por la ley requiere que el tribunal de que se trate haya sido establecido con anterioridad al día en que se inician las actuaciones penales de que se trate o al día en que se producen los hechos objeto de dichas actuaciones. En este sentido, se puede afirmar que el derecho a “un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley” previsto en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el derecho a un “tribunal independiente

adopte mecanismos de atribución de potestad jurisdiccional *ex post facto* y *ad hoc* cuando una de las principales finalidades de la Corte es precisamente superar las deficiencias de este tipo de mecanismos¹²⁷.

Por otra parte, es importante comenzar a centrar la atención en toda una serie de cuestiones que, si bien hasta el momento no han sido objeto particular de atención, adquirirán en breve una especial relevancia en el trámite de los primeros procesos penales ante la Corte, hasta el punto de convertirse, en un futuro no muy lejano, en auténtica piedra de toque para analizar la salud del proceso de consolidación de la Corte. Entre estas cuestiones cabe destacar la necesidad de reducir el número y extensión de las disputas procesales que puedan plantearse en el marco de las actuaciones del art. 19 ER y de revitalizar a través de mecanismos unilaterales o multilaterales el sistema de cooperación previsto en el ER.

e imparcial, establecido por la ley” previsto en el art. 6(1) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptan el estándar menos exigente de los dos arriba mencionados (BASSIOUNI, M.C., *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 3, pp. 235 y ss, p. 270; y HARRIS, D.J./O`BOILE, M./WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995, p. 239). Sin embargo, este no es el caso con respecto al contenido del derecho al “juez ordinario predeterminado por la ley” tal y como se recoge en el art. 24 (2) de la Constitución Española. En este sentido hay que subrayar que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, este derecho exige de todo órgano jurisdiccional que haya sido investido por norma jurídica de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial (ver al respecto las sentencias 22/1982; 47/1983; 101/1984; 105/1985; 199/1987; 153/1988; 106/1989; 55/1990; 151/1991; 180/1991; y 64/1997).

127. BASSIOUNI, M.C., *Explanatory Note on the Statute of the International Criminal Court*, en *Revue Internationale de Droit Penal*, Vol. 71, pp. 1 y ss, p. 4.

I.2. Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional¹²⁸

I.2.1. Introducción

El concepto de justicia de transición ha sido definido como el conjunto de procesos y mecanismos - que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial, con distintos niveles de participación internacional o sin ella, y que pueden consistir en actuaciones de carácter penal, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, destituciones o una combinación de ellas¹²⁹ - asociados con los intentos de una sociedad de afrontar un legado de abusos a gran escala y por asegurar las respectivas responsabilidades, hacer justicia y lograr

128. Ponencia realizada en el Congreso sobre “El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana”, Madrid 8-10 Mayo 2008, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos (CECP) y la Agencia Española de Cooperación y Desarrollo (AECID).

129. Para un estudio de los mecanismos utilizados durante el proceso de transición en España, vid. en particular Gil Gil, A., *La Justicia de Transición en España: De la Amnistía a la Memoria Histórica*, Barcelona, Atelier (en prensa).

130. Vid. Informe del Secretario-General de las Naciones Unidas, (*The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*), 3 de Agosto de 2004, UN. Doc S/2004/616, para. 8. Vid. también BICKFORD, L., “Transitional Justice”, en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 3, Macmillan, New York, 2004, p. 1045.

la reconciliación¹³⁰. Se trata éste de un concepto relativamente reciente que subraya la importancia de la justicia en los procesos de transición y que “no se limita a situaciones post-conflictuales o de cambio de régimen, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal”¹³¹.

La justicia de transición se configura como una justicia de excepción en la que el componente justicia “supone bastante más que la justicia penal retributiva – se asume, en la práctica, que la justicia penal no puede ser completamente administrada – y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar e incluso, reconstruir la comunidad”¹³². A este respecto, numerosos autores han subrayado que abstenerse de llevar a cabo actuaciones penales o de aplicar una pena constituye en ocasiones una condición necesaria para facilitar la paz y la reconciliación¹³³.

Al mismo tiempo que el concepto de justicia de transición se desarrollaba con las características con las que lo conocemos en la actualidad, el Estatuto de Roma (“ER”) creaba en 1998 la Corte Penal Internacional (“la Corte”) como una institución permanente que tiene como fin último acabar con la impunidad de los autores de los delitos que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la comunidad internacional.

131. AMBOS, K. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 7 y 8.

132. *Ibid.*, p. 11.

133. WERLE, G. *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2005, p. 66; y OSIEL, M.J., *Why Prosecute? Critics for Punishment for Mass-Atrocity*, 2000, 22 HRQ 118, pp. 119 et ss; y AMBOS, K. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, p. 12.

Como señala el Preámbulo del Estatuto de Roma, la Corte nace sobre una doble premisa. Por una parte, el reconocimiento de que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”¹³⁴ y la decisión de los Estados Partes de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y [a] contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”¹³⁵.

Por otra parte, la afirmación de que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”¹³⁶ - para lo cual es necesario adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que los presuntos responsables sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia¹³⁷ - y el correspondiente reconocimiento de que la función de la Corte en la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos en el Estatuto de Roma es “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”¹³⁸.

Surge, por tanto, la cuestión de cuál es el marco legislativo que rige el ejercicio por la Corte de su función complementaria en la investigación y enjuiciamiento de los delitos más graves para la comunidad internacional que estén siendo objeto de procesos de justicia de transición. Traer un poco de claridad sobre esta cuestión es precisamente el objeto del presente trabajo.

134. Párrafo 4 ER.

135. Párrafo 5 ER.

136. Párrafo 6 ER.

137. Párrafo 4 ER.

138. Párrafo 10 ER.

1.2.2. *Naturaleza del principio de complementariedad de la Corte frente a las jurisdicciones nacionales*

El principio de complementariedad, desarrollado por los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER, tiene como fundamento un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que no es sino una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes¹³⁹. Conforme a este principio, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que sólo puede activarse y ejercitarse ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera, el Estatuto de Roma consagra la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte¹⁴⁰.

139.ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional*, en Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet), García Arán, M./López Garrido, D. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 257; HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Lee, R.S. (Coord.), pp. 41-78, p. 73; y OLÁSULO, H., *De los Riesgos y de las Precauciones Necesarias en la Aplicación del Principio de Complementariedad por la Corte Penal Internacional: El Estudio de la Determinación Nacional de las Penas como Objeto de Análisis de Admisibilidad*, en Revista Brasileira de Ciências Criminas, IBCCRIM, Vol. 67, pp. 59-112, p. 63.

140.ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional*, en Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet), García Arán, M./López Garrido, D. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 258; WILLIAMS, S.A., *Article 17. Issues of Admissibility*, en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Triffterer, O. (Coord.), pp. 383-394, p. 384; y OLÁSULO, H., *International Criminal Court and International Tribunals: Substantive and Procedural Aspects*, en The Legal Practice in International Law and European Community Law: A Spanish Perspective, Jiménez Piernas, C. (Coord.), pp. 159-204, p. 167.

Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia ("TPIY") y Rwanda ("TPIR") fueron creados mediante resolución del Consejo

Sin embargo, a través del propio Estatuto de Roma, los Estados Partes han conferido a la Corte el poder para decidir

de Seguridad actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Ambos fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos para el restablecimiento de la paz y seguridad internacional en determinadas situaciones de crisis. Ver Consejo de Seguridad, Resolución 827, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), de 25 de mayo de 1993; y Consejo de Seguridad, Resolución 955, U.N. Doc. S/RES/855 (1994), de 8 de noviembre de 1994. Sin embargo, desde el comienzo del proceso de negociación del Estatuto de Roma se aceptó la idea de que la creación de la Corte a través de una resolución del Consejo de Seguridad habría convertido a aquélla en un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, que podría ser disuelto en cualquier momento mediante resolución del propio Consejo de Seguridad y cuya jurisdicción estaría limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo de Seguridad como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Por ello, los negociadores del Estatuto de Roma decidieron que la creación de la Corte se llevaría a cabo a través de un tratado internacional, lo que permitiría garantizar mejor su carácter permanente e independencia frente a entidades políticas como el Consejo de Seguridad o los Estados.

El origen diverso de la Corte y de los Tribunales *Ad Hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes. Así, los primeros, debido a su creación por el Consejo de Seguridad, disfrutaban de primacía en relación con las jurisdicciones nacionales, lo que según los arts. 10 del estatuto del TPIY y 9 del estatuto del TPIR, se concreta en los siguientes elementos: (i) la concurrencia entre la jurisdicción de los Tribunales *ad Hoc* y las jurisdicciones nacionales; (ii) la prohibición de que las jurisdicciones nacionales realicen investigaciones o enjuiciamientos si los Tribunales *Ad Hoc* ejercitan su jurisdicción; (iii) la legitimación de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar si los Tribunales *Ad Hoc* no ejercitan su jurisdicción; (iv) la legitimación de los Tribunales *Ad Hoc* para requerir a las jurisdicciones nacionales que se inhiban en favor de aquéllos antes de que el órgano nacional competente dicte sentencia firme en el caso de que se trate; y (v) la facultad de los Tribunales *Ad Hoc* para ejercitar su jurisdicción incluso después de la emisión de sentencia firme por el órgano nacional competente si los delitos fueron calificados como delitos ordinarios o las actuaciones nacionales no fueron independientes o imparciales, estuvieron dirigidas a proteger al imputado frente

sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, lo que incluye el poder para declarar la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales, o, lo que es lo mismo, la primacía material de la Corte sobre estas últimas, en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada en el Estatuto de Roma¹⁴¹.

En consecuencia, se puede afirmar que el principio de complementariedad está formado por dos elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía material de la Corte sobre aquéllas¹⁴².

a su responsabilidad penal internacional, o la causa no fue tramitada con la debida diligencia. Vid. a este respecto, Decision (Trial Chamber) on the Defense Motion on Jurisdiction, The Prosecutor vs. Kanyabashi, Case Num. ICTR-96-15-1, de 18 de junio de 1997, párrafo 32. Vid. también Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafo 16; MORRIS, V./SCHARF, M.P, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Documentary History and Analysis*, Transnational Publishers, 1995, p. 126; y MORRIS, V./SCHARF, M.P, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, 1998, pp. 314-315.

El principio de primacía de los Tribunales *ad Hoc* sobre las jurisdicciones nacionales ha jugado un papel tan importante para garantizar su eficacia que ya en 1995 la Sala de Apelaciones común a ambos Tribunales *Ad Hoc* enfatizaba la necesidad de otorgar primacía a los tribunales internacionales sobre las jurisdicciones nacionales. Vid. Decision (Appeals Chamber) on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY Case No. IT-94-1-T, de 2 de octubre de 1999, párrafos 55-60.

141. OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 228-230.

142. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional*, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, García Arán, M./López Garrido, D. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 258; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *La Complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales: ¿Tiempos de "Ingeniería Jurisdiccio-*

Cada uno de estos dos elementos se encuentra estrechamente relacionado con uno de los dos fines básicos del principio de complementariedad. Por un lado, el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales pretende promover a nivel nacional las investigaciones y los enjuiciamientos de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” con pleno respeto a los principios de justicia recogidos en el ER¹⁴³. Por otro lado, el principio de primacía material de Corte se dirige a terminar con la impunidad en aquellos supuestos en los que haya conseguido impedir la investigación y enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de los presuntos responsables de los delitos previstos en el Estatuto de Roma¹⁴⁴.

Debido a que el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales impide únicamente la actuación de la Corte cuando aquéllas lleven a cabo actuaciones penales, el

nal”?, en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Carrillo Salcedo, J.A. (Coord.), 2000, pp. 383-433, pp. 416-417; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L., *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, en *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Jornadas sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos*, Sevilla, 1999, pp. 1-14; y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Hacia una Jurisdicción Internacional Obligatoria en el Siglo XXI: El Estatuto del Tribunal Penal Internacional Adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998*, en *Studia Carande*, 1999, Num. 3, pp. 120-122.

143. BROOMHALL, B. *The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation*, en *ICC Ratification and National Implementing Legislation*, Bassiouni, M.C. (Coord.), *Nouvelles Études Pénales*, Vol. 13 quarter, Érès, 1999, 113-159, p. 159.

144. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional*, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, García Arán, M./López Garrido, D. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 261; y HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Lee, R.S. (Coord.), pp. 41-78, pp. 73-74.

primer supuesto de admisibilidad de situaciones y casos se produce cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma que se hayan presuntamente cometido en la situación o caso de que se trate. Por lo tanto, el requisito básico para que se pueda declarar la inadmisibilidad de una situación o de un caso ante la Corte, es que los delitos presuntamente cometidos en dicha situación o caso (i) estén siendo objeto “de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él” (art. 17 (1)(a) ER; (ii) hayan sido objeto “de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate” (art. 17 (1)(b) ER); o (iii) “la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia” (art. 17 (1)(c) ER).

Pero incluso cuando las jurisdicciones nacionales están actuando (investigando o enjuiciando) - o han actuado y decidido no incoar acción penal, o han emitido sentencia firme - con respecto a los delitos presuntamente cometidos en la situación o caso de que se trate, la Corte puede también actuar si aquéllas no están dispuestas (falta de disposición) o no pueden (falta de capacidad) llevar realmente a cabo sus actuaciones. Por lo tanto, la falta de capacidad o de disposición de las jurisdicciones nacionales, constituye el segundo supuesto de admisibilidad de situaciones y casos¹⁴⁵.

El artículo 17 (3) ER define los supuestos de falta de capacidad como aquéllos en los que las jurisdicciones nacionales afectadas, debido “al colapso total o sustancial de su admi-

145. OLÁSOLO Alonso, H., *El Tribunal Penal Internacional: ¿Utopía o Realidad?*, en Las Organizaciones de Seguridad y de Defensa a Debate, XII Curso Internacional de Defensa (27 septiembre -1 Octubre 2004), Ministerio de Defensa, pp. 289-300, p. 294.

nistración de justicia o al hecho de carecer de la misma”¹⁴⁶, no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas o de los testimonios necesarios, o no se encuentran en condiciones de llevar a cabo el juicio oral. Se trata, en definitiva, de supuestos excepcionales que pueden tener lugar, por ejemplo, en un contexto de ausencia de un gobierno central, de una guerra civil o de un desastre natural que provoque un colapso total o sustancial en la administración de justicia¹⁴⁷.

Los artículos 17 (2) y 20 (3) ER definen los supuestos de falta de disposición como aquellos casos en los que, a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidas por el derecho internacional, se puede afirmar que las actuaciones nacionales: (a) se llevan a cabo con el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; (b) sufren una demora injustificada que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o (c) no son sustanciadas de manera independiente o imparcial,

146.El art. 15(2) del proyecto de estatuto preparado enviado por el Comité Preparatorio a la Conferencia Diplomática de Roma en 1998 se refería a un “colapso total o parcial”. Sin embargo, numerosas delegaciones insistieron durante la Conferencia Diplomática que la expresión “colapso parcial” establecía un listón demasiado bajo. De ahí que el adjetivo “parcial” fuese finalmente sustituido por el adjetivo “sustancial”. Vid. al respecto, HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Lee, R.S. (Coord.), pp. 41-78, pp. 54-55.

147.WILLIAMS, S.A, *Article 17. Issues of Admissibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), pp. 383-394, p. 394; y HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Lee, R.S. (Coord.), pp. 41-78, pp. 54-55.

ni son compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia¹⁴⁸.

De particular importancia es la interpretación que se haga del concepto de inacción de las jurisdicciones nacionales. Si este concepto sólo incluye los supuestos de inacción *a priori*, es decir aquellos casos en los que las jurisdicciones nacionales no han iniciado ningún tipo de actuación penal con respecto a los delitos presuntamente cometidos en la situación o caso bajo examen, la Corte, una vez que a nivel nacional se inicia cualquier tipo de actividad de investigación, sólo podría ejercitar su jurisdicción previa declaración de la falta de disposición o de capacidad de la jurisdicción nacional correspondiente. Como consecuencia, la Corte, para poder actuar, podría verse obligada a declarar la falta de disposición de aquellos Estados que están haciendo todo lo que está en sus manos para cumplir con sus obligaciones internacionales de

148. *Idem*. Lógicamente, en los casos del art. 17 (1)(c) ER en los que las jurisdicciones nacionales han dictado sentencia firme, no cabe ya hablar de una demora injustificada en el desarrollo de unas actuaciones nacionales que ya han concluido. Por eso, en estos casos, el art. 20 (3) ER se refiere únicamente a que las actuaciones nacionales se hayan llevado a cabo con el “propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; o (b) no hayan sido sustanciadas de manera independiente o imparcial, ni sean compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. En opinión del autor, este mismo tratamiento se debería haber dado a los supuestos del art. 17(1)(b) ER que se caracterizan porque las autoridades nacionales han concluido su investigación y han decidido no ejercitar la acción penal. De otra manera, una vez que se toma la decisión de no incoar la acción penal, las actuaciones nacionales adolecerán necesariamente de una “demora injustificada” puesto que dicha decisión provocará el archivo de las actuaciones. Vid. al respecto, OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?* Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 219-221.

persecución penal de los delitos previstos en el Estatuto de Roma.

Así, por ejemplo, supongamos que la jurisdicción nacional del estado X, en cumplimiento con las obligaciones asumidas al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, inicia una investigación sobre ciertas infracciones graves a dichos convenios presuntamente cometidas durante un conflicto armado de carácter internacional, que se desarrolla en el territorio de los estados Y y Z. Como resultado de dicha investigación, las autoridades del estado X encuentran indicios racionales de criminalidad y ejercitan la acción penal contra ciertos mandos militares de las fuerzas armadas de los estados Y y Z que residen en el territorio de estos estados. Además, como la legislación nacional del estado X impide los enjuiciamientos por delitos graves *in absentia*, las autoridades del Estado X envían solicitudes de extradición a los estados Y y Z, que vienen devueltas sin cumplimiento, en cuanto que las legislaciones nacionales de los estados Y y Z les impiden extraditar a sus nacionales. De esta manera, pasan años sin que sea posible iniciar el enjuiciamiento contra los mandos militares imputados.

Lógicamente, la actuación ineficaz de la jurisdicción del estado X no puede impedir indefinidamente la actuación de la Corte. Por ello, al constatar la incapacidad del estado X para obtener la extradición de los mandos militares imputados, la Corte podría ejercitar su jurisdicción sobre los mismos, por los hechos que se les imputan en el estado X. Ahora bien, si el concepto de “inacción” se limita a aquellos supuestos en los que las jurisdicciones nacionales no han desarrollado actuación penal alguna, entonces la Corte para poder actuar, debería declarar la falta de disposición o de capacidad del estado X para enjuiciar a los mandos militares imputados de las fuerzas armadas de los estados Y y Z. Si como hemos señalado, el art. 17 (3) ER limita los supuestos de falta de capacidad a

aquellos casos en los que exista un colapso total o substancial de la administración de justicia, o la misma sea inexistente, la Corte sólo podría actuar si declara expresamente la falta de disposición del estado X para llevar a cabo sus actuaciones contra los mandos militares imputados.

Ahora bien, ¿se puede realmente calificar el comportamiento del estado X como de “falta de disposición” cuando dicho estado no sólo ha cumplido con su obligación de ejercitar el principio de jurisdicción universal, en relación con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra presuntamente cometidas en el conflicto entre los estados Y y Z, sino que además ha hecho todo lo posible por obtener la extradición de los mandos militares imputados? En opinión del autor, ante esta situación, no cabe hablar de falta de disposición del estado X, sino de inacción *a posteriori* del mismo (en este caso por causas ajenas a su voluntad), lo que en aplicación del principio de complementariedad - que no hace sino regular las relaciones entre las jurisdicciones concurrentes de la Corte y de los Estados afectados - debería permitir la actuación de la Corte.

En consecuencia, entendemos que el concepto de “inacción”, que conforme al art. 17 (1) ER constituye el primer supuesto de admisibilidad de situaciones y casos, debe interpretarse de manera que no sólo incluya los supuestos de inacción *a priori*, sino también todos aquellos supuestos de inacción *a posteriori*, que se producen cuando las actuaciones nacionales se interrumpen por razones distintas de aquéllas de carácter técnico, previstas en las leyes procesales penales nacionales¹⁴⁹.

149. Una breve discusión del concepto de inacción *a posteriori* puede encontrarse en AGUIRRE, X./CASSESE, A./FIFE, R.E./FRIMAN, H./HALL, C.K./HOLMES, J.T./KLEFFNER, J./OLÁSOLO, H./RASHID, N.H./ROBINSON, D./WILMSHURST, E./ZIMMERMANN, A., *Informal Experts*

Finalmente, surge la pregunta de cuáles son las jurisdicciones nacionales relevantes a los efectos de determinar la admisibilidad de situaciones y casos: las de los Estados afectados por la situación o caso de que se trate (estados territorial, de nacionalidad activa y de nacionalidad pasiva), o también las de aquellos otros Estados que hayan introducido en su legislación interna el principio de justicia universal sobre los delitos previstos en el Estatuto de Roma. Al respecto, conviene subrayar que la Corte no sustituye ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como internacional, para la investigación y el enjuiciamiento de los

Paper: The Principle of Complementarity in Practice, 2003 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/complementarity.pdf>), p. 20, nota al pie 26. Vid. también, OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill, 2005, pp. 149-150, donde se señala: “This *a posteriori* inaction scenario is perfectly distinguishable from the unwillingness scenario because in the latter the States concerned are carrying out their investigations and prosecutions for the purposes of shielding the perpetrators, or are carrying them out in ways which are not compatible with the intention of bringing the perpetrators to justice. Even in the “unjustifiable delay in the proceedings” scenario, unwillingness is only possible if States are moving forward, though unjustifiably slowly, with their national proceedings. If, however, the States concerned take initial action and suddenly stop, there is no unwillingness because States are simply not acting any longer [] The *a posteriori* inaction scenario is also distinguishable from investigations and prosecutions that have been completed for the purposes of shielding the perpetrators or in ways that are not compatible with the intent to bring the perpetrators to justice. Indeed, *a posteriori* inaction will not be applicable when national proceedings are finished for any of the technical reasons provided for in the States’concerned laws on criminal procedure [] Finally, the *a posteriori* inaction scenario is also distinguishable from the inability scenario. In accordance with Art. 17.3, inability entails that a state is unable to carry out its own proceedings because of “a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system”. As described above, there can be many situations of a *a posteriori* inaction that are not caused by a total or substantial collapse or unavailability of the national judicial systems of the States concerned”.

“crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto”, incluido el principio de jurisdicción universal, particularmente en aquellos casos en los que los Estados tienen el deber de ejercerlo¹⁵⁰. Además, el Estatuto de Roma refuerza la legitimidad de dicho principio en cuanto atribuye a la Corte la competencia para analizar si las jurisdicciones nacionales que actúan sobre la base de dicho principio adolecen de falta de disposición o de capacidad¹⁵¹.

150. La entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones *aut dedere aut iudicare* de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949, su Protocolo Adicional Primero, y la Convención contra la Tortura. Vid. art. 49 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra); art. 50 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra); art. 129 del Convenio de Ginebra Relativo al Trato de Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra); y art. 146 del Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra. Los cuatro Convenios de Ginebra fueron concluidos el 12 de Agosto de 1949). Vid. también art. 85.1 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, concluido en Ginebra el 8 de Junio de 1977; y art. 5.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, concluida en Nueva York el 10 de Diciembre de 1984.

151. En este sentido, merece una mención especial el art. 7(2) de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (“LOCCPI”), 15/2003, que instruye a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstengan de actuar cuando les sea comunicada la *noticia criminal* o cuando les sea presentada una petición administrativa en relación con delitos previstos en el Estatuto de Roma cometidos fuera de territorio español por no españoles. De esta manera, el órgano afectado, tras adoptar las medidas cautelares urgentísimas que sean necesarias, deberá informar a las personas físicas o jurídicas que presentan la denuncia o solicitud de la posibilidad de dirigir la misma directamente a la Fiscalía de la CPI de

acuerdo con lo previsto en el art. 13(c) y 15 ER. Por su parte, el art. 7 (3) LOCCPI permite que las denuncias o solicitudes inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles puedan ser nuevamente presentadas ante los mismos, y esta vez sí tramitadas, cuando la Corte se abstenga de actuar porque la Fiscalía decide no iniciar una investigación sobre la situación de crisis a la que refieren las mismas, o porque se produce una declaración de inadmisibilidad. De esta manera, se asegura la posibilidad de aplicar el principio de jurisdicción universal en relación con los delitos previstos en el Estatuto de Roma, si bien sólo después de que la Corte haya decidido abstenerse de actuar. Una parte importante de la doctrina española ha venido reiterando que estas disposiciones no se encuentran en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una Corte informada por el principio de complementariedad porque hacen de la abstención de la Corte un requisito necesario para que la jurisdicción española pueda actuar conforme al principio de jurisdicción universal, cuando el principio de complementariedad exige exactamente lo contrario, es decir la inacción, falta de disposición o falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales para que la Corte pueda actuar. Vid. entre otros, BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, 2008, sección 2.5; POZO SERRANO, M.P., *Medidas Nacionales Adoptadas para la Ratificación y la Aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un Balance Provisional*, en Anuario de Derecho Internacional, 2003, p. 345; PUEYO LOSA, J., *Un Nuevo Modelo de Cooperación Internacional en Materia Penal: Entre la Justicia Universal y la Jurisdicción Internacional*, en Cooperación Jurídica Internacional, Álvarez González/Remacha y Tejada (Coord.), Madrid, 2001, p. 145; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *La Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en Actualidad Penal, Núm. 41, 2003, pp. 1031 y ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Hacia una Internacionalización del Derecho Penal*, en Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública, Berdugo, I./Sanz (Coord.), Comares, 2004, p. 51; y OLÁSOLO, H., *Spain*, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance*, Lattanzi, F./ Kress, C., (Coord.), Il Sirente, 2005, pp. 345 y ss. Una opinión contraria se puede encontrar en SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 394, y LATTANZI, F., *Compétence de la Cour pénale Internationale et Consentement des États*”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, pp. 430-431.

1.2.3. Situaciones y casos como objeto del examen de admisibilidad

Los TPIY y TPIR han sido creados para conocer de los delitos de genocidio y de lesa humanidad, así como los crímenes de guerra, cometidos en “situaciones” de crisis específicas - conflicto en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 enero de 1991¹⁵² y situación de crisis en el territorio Rwanda entre enero y diciembre de 1994¹⁵³ - que han sido definidas por el órgano político que los ha creado: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por ello, los TPIY y TPIR son normalmente conocidos como Tribunales *Ad Hoc*.

A diferencia de los Tribunales *Ad Hoc*, la Corte tiene un carácter permanente y su jurisdicción personal, temporal y territorial no se limita a una única situación de crisis. Por el contrario, los arts. 1, 5, 11 y 12 ER extienden la jurisdicción de la Corte a los delitos de genocidio y de lesa humanidad, así como a los crímenes de guerra, cometidos en “situaciones”¹⁵⁴ de crisis ocurridas tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma en (i) el territorio de un Estado Parte; o (ii) en el territorio de cualquier Estado si los delitos han sido presuntamente cometidos por nacionales de un Estado Parte, o si la Corte actúa a instancia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Debido al carácter permanente de la Corte y

152. Art. 1 del Estatuto del TPIY.

153. Art. 1 del Estatuto del TPIR. Si bien, el TPIR también conoce sobre los delitos cometidos en 1994 por nacionales ruandeses en el territorio de los estados fronterizos con Ruanda.

154. El ER utiliza el término “situacion(es)”, frente a los términos “caso(s)”, “causa(s)” o “asunto(s)” en los arts. 13(a) y (b), 14 (1), 15 (5) y (6), 18 (1), y 19 (3)).

a la amplia extensión de su jurisdicción, los Estados Partes decidieron introducir ciertas salvaguardias contra quienes intentaran activarla por razones políticas, así como contra la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder por parte del Fiscal de la Corte. Entre ellas, tiene particular importancia la relativa al establecimiento por los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 ER de un proceso de activación, también denominado de apertura de la investigación, que se dirige a la determinación de los ámbitos personal, temporal y territorial que definen las “situaciones” con respecto a las cuales la Corte va a ejercitar su jurisdicción, así como la consiguiente distinción entre los conceptos de “situaciones” y “casos”¹⁵⁵.

El primero de estos conceptos se refiere a situaciones de crisis, es decir situaciones excepcionales, no estructurales, que rompen con el devenir normal de los acontecimientos, como por ejemplo las acaecidas en el territorio de Timor Oriental durante los treinta días siguientes a la celebración del referéndum sobre la independencia de la región el 30 de agosto de 1999 o en el territorio de Sierra Leona desde el inicio de la guerra civil que asoló al país a partir de 1991¹⁵⁶. Por su parte,

155. OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 82, Julio/Diciembre 2003, pp. 47-76, pp. 50-56. Vid. también, OLÁSOLO, H., *España*, en *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Ambos, K/Malario, E./Elsner, G. (Coord.), Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 315-350, p. 321.

156. HALL, C.K., *Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court*, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 405-418, p. 407. Vid. También, OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 393-394.

las expresiones “caso”, “causa” y “asunto”¹⁵⁷ hacen referencia a hechos concretos aparentemente constitutivos de uno o más delitos previstos en el Estatuto de Roma por los que son presuntamente responsables una o varias personas determinadas¹⁵⁸. Por su parte, situaciones de crisis son el objeto de las actuaciones que se desarrollan durante el procedimiento de activación o de apertura de la investigación y durante la fase de investigación de una situación. Casos, causas o asuntos son el objeto de todas las actuaciones penales y de reparación que se desarrollan tras la emisión de una orden de arresto o de comparecencia¹⁵⁹.

Los arts. 15, 16, 17, 18 y 53 (1) ER y la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) requieren que para la activación de la jurisdicción de la Corte (o la apertura de una investigación) sobre una cierta situación de crisis se cumplan los siguientes requisitos¹⁶⁰:

- (i) La existencia de “fundamento razonable” para creer que los parámetros personales, temporales y territoriales que

157. La expresión “caso”, “causa” o «asunto» se recoge, *inter alia*, en los arts. 15 (4), 17(1) y (2), 19(1) y (2) y 53(1)(b) ER.

158. HALL, C.K., *Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court*, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 405-418, p. 407. Vid. También, OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 393-394.

159. OLÁSULO, H., *La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional*, in *La Ley*, Num. 6343, 20 Octubre 2005, pp. 1-7, pp. 1 y 2.

160. Un análisis detallado de estos requisitos y de su distinción de aquellos requisitos necesarios para la apertura de un caso ante la Corte se encuentra en OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Brill, 2005, pp. 40-41 y 121-194.

definen dicha situación entran dentro de la jurisdicción personal, temporal y territorial de la Corte;

- (ii) La existencia de “fundamento razonable” para creer que hechos constitutivos de los elementos contextuales de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma han tenido lugar en tal situación¹⁶¹;
- (iii) La admisibilidad de la situación de que se trate como consecuencia de (a) la inacción de las jurisdicciones nacionales con respecto a los hechos que parecen ser constitutivos de los elementos contextuales de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma, o (b) la falta de disposición o capacidad de aquellas jurisdicciones nacionales que han iniciado, o han llevado a cabo, actuaciones sobre los mismos;
- (iv) La inexistencia de un requerimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que no se active la jurisdicción de la Corte con respecto a la situación de crisis de que se trate;
- (v) La inexistencia de circunstancias que aconsejen no activar la jurisdicción de la Corte en aplicación del principio de oportunidad no reglada que informa la actuación de la Fiscalía en esta fase procesal¹⁶².

161. Los elementos contextuales del delito de genocidio se recogen en los arts. 6(a)(4), 6(b)(4), 6(c)(4), 6(d)(4) y 6(e)(4) de los Elementos de los Crímenes, mientras que los elementos contextuales de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra se prevén en los arts. 7(1) y 8(1) ER y en los Elementos de los Crímenes que los desarrollan.

162. Esto incluiría, entre otras cosas, la insuficiente gravedad de los delitos previstos en el ER que hayan sido presuntamente cometidos en la situación bajo examen (art. 17 (1)(d) ER).

Por su parte, los arts. 16, 17, 19, 53 (2) y 58 ER, requieren que se cumplan los siguientes requisitos para la iniciación de un caso como resultado de la investigación de una situación de crisis:

- (i) La existencia de “fundamento razonable” para creer que la persona imputada y los hechos que se le imputan entran dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen tanto la situación bajo investigación como la jurisdicción de la Corte.
- (ii) La existencia de “fundamento razonable” para creer que la persona imputada es responsable por la comisión de uno o más delitos previstos en el Estatuto de Roma;
- (iii) La admisibilidad del caso de que se trate como consecuencia de (a) la inacción de las jurisdicciones nacionales con respecto a la persona imputada por los hechos específicos que se le imputan; o (b) la falta de disposición o capacidad de aquellas jurisdicciones nacionales que han iniciado, o han llevado a cabo, actuaciones sobre los mismos;
- (iv) La inexistencia de un requerimiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que la Corte no conozca el caso del que se trate;
- (v) La inexistencia de circunstancias que aconsejen la no apertura del caso en aplicación del principio de oportunidad no reglada que informa la actuación de la Fiscalía, al decidir si solicita o no la emisión de una orden de arresto o comparecencia¹⁶³.

163. Esto incluiría, entre otras cosas, la insuficiente gravedad de los delitos que se imputan a la persona contra la que estudia la posibilidad de

En consecuencia, se puede advertir como, dependiendo del momento procesal en el que nos encontremos, el análisis de admisibilidad tiene un objeto distinto. Así, al decidir si se activa la jurisdicción de la Corte, o se inicia una investigación, será preciso analizar la admisibilidad de la situación de crisis en su conjunto, mientras que, posteriormente, en el momento de iniciar un caso, el análisis de admisibilidad se limitará a la persona o personas imputadas y a los hechos específicos que se les imputan¹⁶⁴.

Ahora bien, mientras que el análisis de admisibilidad de casos no presenta mayores problemas en cuanto que se limita a fiscalizar las actuaciones llevadas a cabo por las jurisdicciones nacionales con respecto a la persona o personas, contra las que la Fiscalía solicita la emisión de una orden de arresto o comparecencia por los hechos que se les imputan en dicha solicitud¹⁶⁵, el análisis de admisibilidad de situaciones en su

solicitar la emisión de una orden de arresto o de comparecencia (art. 17(1)(d) ER).

164. Vid. al respecto, Decision concerning Pre Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, versión pública de 24 de febrero de 2006, Anexo I, párrafos 35 and 40. Vid. también, Olásulo Alonso, H. The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Brill, 2005, pp. 164-168.

165. El contenido del análisis de admisibilidad de un caso ha sido definido en estos términos por la Sala de Cuestiones Preliminares I en las siguientes decisiones: (i) Decision concerning Pre Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, versión pública de 24 de febrero de 2006, Anexo I, párrafos 37 a 40; (ii) Decision on the Evidence and Information Provided by the Prosecution for the Issuance of a Warrant of Arrest for Germain Katanga, The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-

conjunto plantea la cuestión de cuáles son las actuaciones nacionales que han de tenerse en consideración para llevarlo a cabo.

En este sentido, es importante tener en cuenta que tanto la Fiscalía de la Corte¹⁶⁶, como la Sala de Cuestiones Preliminares I¹⁶⁷, han señalado repetidamente que la Corte sólo va a ejercitar su jurisdicción personal en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad por las campañas de delitos previstos en el Estatuto de Roma presuntamente cometidos en las situaciones de crisis objeto de investigación¹⁶⁸. Esto significa que la Corte no va a

01/04-01/07-55, versión pública de 5 de noviembre de 2008, párrafos 20 and 21; y (iii) Decision on the Evidence and Information Provided by the Prosecution for the Issuance of a Warrant of Arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-252, de 6 de julio de 2008, párrafos 21 and 22. La Sala de Cuestiones Preliminares III ha adoptado recientemente la misma posición en relación con el contenido del análisis de admisibilidad de un caso. Vid, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, *The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-14-tEN, de 10 de junio de 2008, párrafos 21 y 22.

166. Fiscalía de la Corte, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor* (disponible en www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf), 2003, pp. 3 and 7; y Fiscalía de la Corte, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593* (available at www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_English.pdf), 2005, p. 4.

167. "Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo", ICC-01/04-01/06-8, de 24 de febrero de 2006, párrafo 50.

168. Las experiencias de las actuaciones de la jurisdicción argentina en los ochenta y ruandesa en los noventa ha mostrado que es materialmente imposible enjuiciar a los miles, o incluso cientos de miles, de personas

fiscalizar las actuaciones de las jurisdicciones nacionales en relación con todos y cada uno de los miles de presuntos responsables de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma que se hayan podido cometer en dichas situaciones, ni tampoco va a perseguir penalmente a todo aquél que no haya sido investigado y/o enjuiciado de buena fe por las jurisdicciones nacionales.

De esta manera, el análisis de admisibilidad de situaciones tiene únicamente por objeto las actuaciones desarrolladas por las jurisdicciones nacionales con respecto al pequeño grupo de líderes políticos y militares arriba mencionados - y no los innumerables procedimientos penales que podrían abrirse contra la mayoría de los miembros de instituciones como el ejército, la policía militar o la policía civil, o de grupos armados organizados¹⁶⁹. En consecuencia, una situación será admi-

que han cometido alguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma en ciertas situaciones de crisis. Como MCDONALD, G.K.(ex Presidenta del TPIY) ha señalado: “by now, of course, there is certainly no question that the Tribunal’s mandate and its limited resources require it to focus on the persons most responsible for violations of international law”. Vid. FELDE, K./MCDONALD, G.K./TIEGER, A./WLADIMIROFF, M., *War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects. The Prosecutor v. Dusko Tadic*, en *American University International Law Review*, Vol. 13, 1998, pp. 1441 y ss., p. 1445.

169. De esta manera, como bien ha sido señalado, la actividad de la Corte se concentra en el frente más estratégico en el que puede librar su batalla contra la impunidad: la persecución penal de los líderes que están detrás de la planificación y ejecución de los delitos que más gravemente menoscaban los valores sobre los que se asienta la Comunidad Internacional. Esto se produce sin renunciar ni a una investigación exhaustiva de la actividad delictiva presuntamente ocurrida en la situación de crisis objeto del análisis de admisibilidad (art. 54 (1) ER), ni a la satisfacción de los intereses de las víctimas mediante la documentación con la autoridad de cosa juzgada de los delitos presuntamente cometidos en dicha situación, el castigo de los líderes políticos y militares involucrados en los mismos y la entrega de reparaciones.

ble cuando las jurisdicciones nacionales permanezcan inactivas, sean incapaces o no tengan una auténtica disposición para perseguir penalmente a dichos líderes políticos y militares¹⁷⁰.

1.2.4. Admisibilidad de situaciones y casos objeto de leyes de amnistía, indultos y otras medidas que sólo eximen parcialmente de responsabilidad penal

1.2.4.1. Leyes de amnistía absoluta y leyes de amnistía condicionada con o sin creación de comisiones de verdad y reconciliación

En el contexto de la justicia de transición, las leyes de amnistía constituyen el instrumento técnico más eficaz para evitar las persecuciones penales. Ahora bien, existe una gran variedad de leyes de amnistía, que, a la hora de analizar sus efectos sobre el análisis de admisibilidad de situaciones y casos ante la Corte, conviene dividir en tres grandes grupos: leyes de amnistía absoluta, leyes de amnistía condicionada sin Comisión de Verdad y Reconciliación, y leyes de amnistía condicionada con Comisión de Verdad y Reconciliación¹⁷¹.

Vid. MC BASSIOUNI, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, Segunda Edición, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1999, pp. 22-23.

170. Vid. OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Brill, 2005, pp. 164-168, para el desarrollo de criterios específicos a través de los cuales realizar el análisis de admisibilidad de situaciones.

171. Esta misma división es realizada por AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, p. 144, al analizar el papel de la Corte en relación con procesos de transición.

Leyes de amnistía absoluta son aquellas que no sólo eximen de responsabilidad penal, sino que prohíben cualquier tipo de investigación, de ahí que algunos autores se refieran a las mismas como “amnistías amnésicas”¹⁷². Ejemplos de las mismas serían el Acuerdo de Paz de Lomé firmado el 7 de julio de 1999 entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Unido Revolucionario o el decreto 2191 firmado por el General Augusto Pinochet en abril de 1978.

Leyes de amnistía condicionada son aquellas que condicionan la exención de responsabilidad penal a la realización de ciertas actuaciones por quienes deseen beneficiarse de la misma. La naturaleza de estas actuaciones puede ir desde la desmovilización y entrega de las armas, hasta la entrega de bienes para la reparación a las víctimas, pasando por la cooperación activa en la investigación de los delitos cometidos por las fuerzas armadas o grupos armados organizados a los que pertenezcan los beneficiarios, incluida la confesión de los delitos propios¹⁷³.

Las leyes de amnistía condicionada pueden encomendar la verificación de las condiciones para la exención de responsabilidad a órganos individuales del Estado como fiscales o jueces instructores, o pueden crear a dichos efectos una Comisión de Verdad y Reconciliación. En ambos casos, cuando una de dichas condiciones es la cooperación activa del beneficia-

172. SLYE, R.C., *The Legitimacy of Amnesties under international Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43 (2002), pp. 240-241.

173. Vid. *Inter alia*, CRYER, R./FRIMAN, H./ROBINSON, D./WILMSHURST, E., *International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 33; AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 104-105; y MALLINDER, L., *Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties*, publicado en www.peace-justice.info/documents.asp, párrafos 42 y ss.

rio en la investigación de los delitos cometidos, los órganos encargados de verificar el cumplimiento de las condiciones de amnistía tienen normalmente también el mandato de esclarecer la verdad de lo sucedido y presentar un informe al respecto¹⁷⁴.

Así, por ejemplo, la Ley de Verdad y Reconciliación sudafricana¹⁷⁵, sin duda el ejemplo más conocido de las llamadas “amnistías responsables”, creó, por un lado, un Comité de Amnistía, cuyo mandato era el de verificar el cumplimiento de las condiciones exigidas para otorgar la misma, y en particular los requisitos de que el solicitante revelara todos los delitos en que hubiera participado y de que los mismos pudieran calificarse como delitos políticos, y, por otro lado, un Comité de Derechos Humanos, cuyo mandato incluía la emisión de un informe sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante el antiguo régimen¹⁷⁶.

174. SLYE, R.C., *The Legitimacy of Amnesties under international Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43 (2002), pp. 245-246, denomina a este tipo de leyes de amnistía condicionada como “accountable amnesties”. Por su parte, AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, p. 106, se refiere a las mismas como “amnistías responsables”.

175. Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 34/1995.

176. El tercer comité creado por la Ley de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica fue el Comité de Reparación y Rehabilitación. Vid. sobre esta ley, SARKIN, J., *Carrots and Sticks: TRC and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Oxford/Antwerp, 2004; BORAINÉ, A., *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, 2001. DUGARD, J., *Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty an Option?*, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, 2003; VAN ZYL, P., *Unfinished Business: The Truth and Reconciliation Commission's to Justice in Post-Apartheid South Africa*, en *Post-Conflict Justice*, Bassiouni, M.C. (Coord.), Transnational Publishers, 2002, pp. 745 y ss; y NERLICH, V., *Lessons*

Las leyes de amnistía absoluta, así como aquellas que establecen amnistías condicionales que no prevén la investigación de los hechos ocurridos para obtener su esclarecimiento, resultan en la ausencia de actuaciones a nivel nacional y, por tanto, en una inacción *a priori* de las jurisdiccionales nacionales. Por lo tanto, no afectan a la admisibilidad de las situaciones para las que han sido dictadas o de cualquiera de los casos que puedan surgir a raíz de la investigación por la Fiscalía de la Corte de dichas situaciones¹⁷⁷.

Por su parte, las leyes que establecen amnistías condicionales que requieren la cooperación de los beneficiarios en la investigación de los hechos ocurridos, así como el esclarecimiento de los mismos por el órgano encargado de verificar las condiciones de exención de responsabilidad penal, provocan, en principio, la inadmisibilidad de las situaciones para las que han sido dictadas, o de cualquiera de los casos que puedan surgir a raíz de la investigación de las mismas por la Fiscalía de la Corte, durante el tiempo que duren las actividades de

for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Proceedings on the South African Amnesty Process, en *Justice in Transition-Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, Werle, G. (Coord.), Berlin, BWV, 2006, pp. 55 et seq.

177.El ZEIDY, M., *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law*, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2002, pp. 869 y ss, pp. 940-942; ROBINSON, D., *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 481 y ss, p. 501; SEIBERT FOHR, A., *The Relevance of the Rome Statute of the ICC for Amnesties and Truth Commissions*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 553 y ss, pp. 563 y ss; STAHN, C., *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, pp. 425 y ss., p. 461; y AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá, 2008, p. 145.

investigación desarrolladas por las autoridades nacionales competentes.

Así, en aquellos supuestos en los que las leyes de amnistía condicional atribuyen a los órganos nacionales normalmente competentes para la investigación y el ejercicio de la acción penal (fiscales y/o jueces de instrucción) la competencia para investigar y esclarecer los delitos revelados en aplicación de dichas leyes, nos encontramos con una auténtica investigación penal. Ello provoca la inadmisibilidad de la situación o caso de que se trate mientras se desarrolla dicha investigación, a no ser que se aprecie la falta de disposición o de capacidad de los órganos nacionales que la están llevando a cabo¹⁷⁸.

178. En este sentido, AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 147-148, ha señalado recientemente que:

(...) es difícil imaginar un cumplimiento efectivo de las condiciones que acompañan a una amnistía sin una CVR efectiva. Es perfectamente posible, ciertamente, poner condiciones a una amnistía independiente de la existencia de una CVR, por ejemplo, la completa confesión de los crímenes cometidos. Sin embargo, es más difícil hacer cumplir con estas condiciones para órganos individuales del Estado, por ejemplo, un fiscal o un juez instructor, que no tienen apoyo de la población, los recursos y la legitimidad de una CVR efectiva. Aunque los requisitos de la investigación y de la decisión de abrir un enjuiciamiento pueden ser cumplidos incluso por dichos órganos individuales, si es que ellos pueden llevar adelante una investigación (por ejemplo, para verificar una confesión) y tomar una decisión de abrir un enjuiciamiento en caso de que no se cumplan las condiciones (por ejemplo, si solo se dio una confesión parcial o falsa), la ausencia de una CVR efectiva priva al proceso del más importante elemento de justicia alternativa y esta ausencia no puede ser compensada con otros mecanismos alternativos (párr. 17), si estos sólo apuntan a las consecuencias como, por ejemplo, sanciones no penales.

Si bien en estos supuestos no cabría hablar de una inacción *a priori* de las jurisdicciones nacionales puesto que éstas llevan a cabo una auténtica investigación penal, terminada la investigación y presentado el informe resultante de la misma, desaparecería toda causa de inadmisibilidad de la situación o caso bajo examen, a no ser de que se deniegue finalmente la concesión de amnistía a los presuntos responsables y se proceda a su enjuiciamiento a nivel nacional. A este resultado se llega porque la concesión de la amnistía impide el enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de aquellas personas contra las que se han hallado durante la investigación, indicios razonables de criminalidad por su presunta participación en la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma¹⁷⁹.

La cuestión que se plantea es si la admisibilidad de la situación o caso de que se trate, se debe a que nos encontramos ante un supuesto de inacción *a posteriori* (art. 17 (1)(a) ER); o si, por el contrario, no cabe aplicar este concepto porque se ha producido, conforme al art. 17 (1)(b) ER, una investigación que ha concluido con la decisión de no incoar acción penal por los órganos competentes del Estado que dictó la ley de amnistía condicional, en cuyo caso la admisibilidad de la situación o caso debería justificarse por la falta de disposición (art. 17 (2) ER) o de capacidad (art. 17 (3) ER) de dicho Estado en el desarrollo de sus actuaciones.

En opinión del autor, el art. 17 (1)(b) ER incluye únicamente aquellos supuestos en los que la decisión de las autoridades nacionales de no incoar la acción penal se basa en criterios exclusivamente técnicos a luz de los resultados obtenidos durante su investigación. En otras palabras, el art. 17 (1)(b) ER cubriría únicamente aquellos casos en los que las autoridades

179. Si la concesión de la amnistía es denegada, los órganos jurisdiccionales nacionales procederán.

nacionales no observan indicios racionales de criminalidad para incoar la acción penal. Es en estos casos en los que, conforme al principio de complementariedad (que no olvidemos se encuentra dirigido a promover la investigación y enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de los delitos previstos en el ER, así como a terminar con el virus de la impunidad en aquellos casos en los que haya conseguido paralizar a las mismas), es necesario que la Corte entre a analizar si se puede apreciar una posible falta de disposición o de capacidad de las autoridades nacionales, en la manera en que han llevado a cabo la investigación o en la decisión adoptada al final de la misma a la luz de sus resultados.

Ahora bien, en aquellos casos en los que las propias autoridades nacionales competentes, a pesar de reconocer que su investigación ha revelado la existencia de indicios racionales de criminalidad contra las personas investigadas (en nuestro caso los solicitantes de amnistía), no pueden proceder a su enjuiciamiento porque la legislación nacional vigente (en nuestro caso el cumplimiento de los requisitos previstos para la concesión de amnistía en la ley que establece la amnistía condicional) se lo prohíbe por razones políticas (incluidas el favorecimiento de la paz y de la reconciliación social), no parece adecuado que la Corte - en aplicación de un principio como el de complementariedad, que se limita a regular el ejercicio de jurisdicciones concurrentes - proceda a fiscalizar las razones de oportunidad política que han llevado a las autoridades nacionales a actuar de esta manera para efectos de dictaminar sobre su posible falta de disposición o de capacidad.

Por ello, en opinión del autor, en estos supuestos no cabe sino hablar de una interrupción de las actuaciones nacionales por razones de carácter no técnico que da lugar a una inacción *a posteriori* del Estado que dictó la ley de amnistía condicional y a la consiguiente admisibilidad de la situación o caso

objeto de la misma¹⁸⁰. Con ello se preserva la naturaleza del principio de complementariedad como principio exclusivamente dirigido a regular el ejercicio de las jurisdicciones concurrentes de la Corte y de los Estados, y por tanto a evitar conflictos de jurisdicción entre las mismas, mediante la limitación de la actuación de la Corte a aquellas situaciones y casos en los que las jurisdicciones nacionales no proceden a la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos que más gravemente afectan a la Comunidad Internacional. Así mismo, se promueve también de esta manera la consecución de los fines últimos arriba mencionados a los que se dirige el propio principio de complementariedad.

Además, como veremos con mayor detalle en la sección siguiente, esto no impide que las razones de oportunidad política esgrimidas por los Estados al aprobar y aplicar este tipo de leyes de amnistía condicional, sean fiscalizadas por la Fiscalía de la Corte en ejercicio del principio de oportunidad no reglada que, conforme a los arts. 15(3) y (4) y 53 ER y la regla 48 RPP, informa su decisión de abrir una investigación sobre una situación o de iniciar un caso. Ahora bien, este tipo de control, y la decisión que pueda tomar la Fiscalía de no abrir una investigación o un caso porque ello “no redundaría en el interés de la justicia”, no sólo no forman parte del análisis de admisibilidad que la Corte debe realizar en aplicación del prin-

180.AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, p. 147, también llega a la conclusión de que las leyes que establecen amnistías condicionales sin la creación de Comisiones de la Verdad y Reconciliación no provocan la inadmisibilidad ante la Corte de las situaciones para las que se dictan o de los casos derivados de la investigación de dichas situaciones. Sin embargo, para Ambos, estas leyes constituirían supuestos de falta de disposición de las jurisdicciones nacionales (art. 17 (2) ER) y no de inacción (art. 17 (1) ER) en cuanto que los órganos nacionales competentes inician una auténtica investigación penal.

cipio de complementariedad, sino que sólo se lleva a cabo si se llega a la conclusión de que la situación o caso bajo examen es realmente admisible.

En aquellos supuestos en los que las leyes de amnistía condicional crean Comisiones de Verdad y Reconciliación, las investigaciones desarrolladas por las mismas sólo provocan la inadmisibilidad de las situaciones o casos de que se trate, si se adopta una interpretación amplia del concepto de investigación que incluya las actuaciones llevadas a cabo por Comisiones de Verdad y Reconciliación efectivas¹⁸¹. Siguiendo a AMBOS, éstas deberían cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Composición por personalidades independientes y reconocidas por los distintos grupos involucrados en el conflicto;
- (ii) Establecimiento de un punto de contacto identificado a nivel operacional;
- (iii) Definición del mandato de manera que, además de ser limitado en el tiempo e incluir los delitos previstos en el Estatuto de Roma, requiera la investigación de las causas del conflicto, así como la investigación de casos representativos;
- (iv) Identificación de las víctimas y formulación de recomendaciones de reparación a los órganos estatales competentes para su ejecución;

181. ROBINSON, D., *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, en *European Journal of International Law*, Vol . 14, 2003, pp. 481 y ss, p. 501; y AMBOS, K., “El Marco Jurídico de la Justicia de Transición”, Temis, Bogotá 2008, p. 146. Este último autor se refiere a este tipo de investigaciones como investigaciones “cuasi-judiciales”.

- (v) Cooperación con aquellos otros órganos estatales que tienen competencia en la aplicación de la justicia de transición y transmisión de la información obtenida a los órganos encargados de ejercitar la acción penal;
- (vi) Requerimiento a los sospechosos para que sin violar las garantías del derecho al debido proceso, confiesen sus delitos, proporcionen pruebas sobre los mismos y sobre aquellos otros cometidos por las fuerzas armadas o grupos armados organizados a los que pertenecieron, y confronten a las víctimas;
- (vii) Determinación de la concesión o no de amnistía a los solicitantes en virtud de la gravedad del delito, de la forma de participación en su comisión, y de la extensión de la cooperación al descubrimiento de la verdad y a la reparación de víctimas;
- (viii) Amplia participación de los diferentes sectores de la sociedad concernida; y
- (ix) Consideración de buena fe por los órganos competentes del Estado de las recomendaciones dadas¹⁸².

La adopción de un concepto amplio de investigación que incluya las actuaciones llevadas a cabo por aquellas Comisiones de Verdad y Reconciliación que cumplan con los requisitos arriba mencionados, impediría hablar de una inacción *a priori* de las jurisdicciones nacionales, y resultaría en la inadmisibilidad de las situaciones o casos de que se trate durante el tiempo en que desarrollen sus respectivos mandatos. Ahora bien, terminadas sus actuaciones y presentado el informe resultante de las mismas, desaparecería toda causa de

182. AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 65 a 70.

inadmisibilidad a no ser que se deniegue la concesión de amnistía a los presuntos responsables y se proceda a su enjuiciamiento a nivel nacional. Se trata en definitiva de un nuevo supuesto de inacción *a posteriori* derivado del hecho de que la concesión de la amnistía impide el enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de aquellas personas contra las que se han hallado durante la investigación indicios razonables de criminalidad, por su presunta participación en la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma¹⁸³.

183. Para algunos autores, los trabajos de Comisiones de Verdad “efectivas” con mandato para conceder o denegar amnistía a los solicitantes, podría provocar la inadmisibilidad de situaciones y casos incluso después de haber concluido sus trabajos. Para estos autores se trataría de supuestos del art. 17 (1)(b) ER, en los que las autoridades nacionales decidirían no incoar la acción penal después de haber concluido la investigación, y en los que, dependiendo de las circunstancias concretas que rodeen la concesión de amnistía a los presuntos responsables de delitos recogidos en el Estatuto de Roma, podría no apreciarse una falta de disposición en las autoridades nacionales. Vid. en este sentido, CÁRDENAS, C., *The Admissibility Test before the ICC under Special Considerations of Amnesties and Truth commissions*, en *Complementarity Views on Complementarity*, Kleffner/Kor (Coord.), TMC Asser Press, 2006, pp. 115 y ss., pp. 135-136; ROBINSON, D., *Comments on Chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena*, en *Complementarity Views on Complementarity*, Kleffner/Kor (Coord.), TMC Asser Press, 2006, pp. 141 y ss., p. 146; WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Institute, 2005, p. 66; y AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 146-147. Para estos autores, los trabajos de aquellas Comisiones de Verdad y Reconciliación que cumplen con los requisitos necesarios para ser calificadas como “efectivas, y que tienen el mandato para poder decidir si finalmente se concede o se deniega la amnistía a los solicitantes, entrarían dentro del supuesto del art. 17 (1)(b) ER en cuanto que se trataría, a su entender, de investigaciones que terminan con la decisión del Estado de no proceder al ejercicio de la acción penal. En consecuencia, los trabajos de estas Comisiones de Verdad y Reconciliación podrían provocar la inadmisibilidad de situaciones y casos siempre y cuando no se aprecie en el Estado que dicta

1.2.4.2. Medidas de exención de responsabilidad penal ex post facto. Especial referencia a los indultos

Además de las leyes de amnistía, en el contexto de justicia de transición existen otros mecanismos técnicos para eximir o

las leyes de amnistía condicionada que las crea una falta de disposición o de capacidad según lo previsto en el art. 17 (2) y (3) ER. Es desde esta perspectiva desde la que hay que entender las palabras de AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, Bogotá 2008, pp. 146-147.

En cuanto al tercer requisito, el asunto es más complicado y la decisión última depende de las circunstancias de cada caso con la debida consideración del test de proporcionalidad (párrs. 19 y ss) y los criterios concernientes a las amnistías condicionales (párr. 18) y a una CVR efectiva (párr. 16). Si, por ejemplo, una CVR es independiente e imparcial esto puede ser considerado – con base en una interpretación *a contrario* del artículo 17 (2) (c) – como un indicio de la voluntad y, por tanto, un argumento en contra de la admisibilidad. Además, se podría diferenciar según la naturaleza de la decisión de amnistía: si ella es decidida individualmente, como en el caso sudafricano, cada decisión individual debe ser examinada a la luz del artículo 17 (2) y (3); si ella es decidida de manera general respecto de un número de personas y crímenes, la decisión es comparable a una amnistía (general) como tal indica falta de voluntad, aunque la valoración final depende, como siempre de las circunstancias del caso concreto. En suma, es posible concluir que una amnistía condicional con una CVR deriva en la inadmisibilidad del caso sólo en supuestos excepcionales, a saber sólo si una CVR efectiva concede una amnistía individualmente y bajo ciertas condiciones estrictas.

Sin embargo, en opinión del autor, incluso si se acepta un concepto amplio de investigación, la decisión de una Comisión de Verdad o Reconciliación de conceder finalmente amnistía al solicitante no puede equipararse a la decisión de un Estado de “no incoar acción penal contra la persona de que se trate”. Las razones son las mismas arriba mencionadas al tratar de las leyes de amnistía condicional que, en lugar de crear una Comisión de la Verdad y Reconciliación, encomiendan el esclarecimiento de los hechos previo a la concesión de la amnistía al solicitante a los órganos competentes del Estado para la investigación y el ejercicio de la acción penal (fiscales o jueces de instrucción).

atenuar las responsabilidades penales. En este sentido, la alternativa más frecuente a la adopción de leyes de amnistía en los procesos de transición es la aprobación de exenciones de responsabilidad penal tras el pronunciamiento de sentencia firme condenatoria, y en particular de los indultos administrativos. La admisibilidad de aquellas situaciones y casos objeto de este tipo de medidas se encuentra íntimamente relacionada con el carácter dinámico del principio de complementariedad¹⁸⁴.

Conforme al mismo, la aplicación del principio de complementariedad se extiende a las actividades de investigación, ejercicio de la acción penal y declaración de la responsabilidad penal individual derivada del Estatuto de Roma desarrolladas tanto por las jurisdicciones nacionales como por la Corte. Sin embargo, se excluye de su ámbito de aplicación la fase de ejecución de sentencia firme condenatoria. En consecuencia, según lo previsto en el art. 20 (2) ER, pronunciada sentencia firme condenatoria por la Corte, esta última asume jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, lo que impide toda actuación de las jurisdicciones nacionales con respecto a las personas condenadas por los mismos hechos objeto de la condena. Asimismo, pronunciada sentencia firme condenatoria en un Estado, éste adquiere también jurisdicción exclusiva sobre su ejecución, siempre y cuando la Corte no declare la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 20 (3) ER¹⁸⁵.

184. Vid. arts. 15(4), 17, 18, 19 y 20 y 53(1) ER.

185. Sobre las razones por las que los negociadores finalmente decidieron no extender la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución de sentencia vid, HOLMES, T.J., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp 41-78, p. 59, donde afirma: “ The

Por lo tanto, toda vez que las llamadas exenciones *ex post facto* no afectan, en principio, a la investigación, al enjuiciamiento y a la emisión de sentencia firme por las jurisdicciones nacionales, las mismas quedan fuera del ámbito de aplicación del principio de complementariedad¹⁸⁶. Esto significa que di-

bilateral consultations on the proposal regarding pardons, parole or commutation of the sentence were much less successful. Not surprisingly, given the tenor of the general debate, resistance to the inclusion of such article remained strong among a wide range of delegations. Concerns were expressed by a number of delegations from the “like-minded” States, normally supporters of the inclusion of stronger provisions in the Statute. Some delegations continued argue that the Statute should not permit the Court to intercede in the administrative (parole) or political decision-making process (pardons, amnesties) of a State. A second, more practical argument was that, given the resistance to the proposal, it would be difficult to secure a solution and protracted negotiations could lead to a reopening of the entire package on the subject of complementarity. Finally, there were some who argued that the proposal was not absolutely necessary, as the provisions on admissibility could give the Court sufficient breadth to examine cases of pardons or amnesties made in bad faith. The Coord.inator undertook extensive consultations on this issue and realized that open-ended negotiations were unlikely to produce a compromise solution. After consulting the sponsors of this proposal, the Coord.inator recommended that it be dropped and it was not included in the final package”.

186. En cuanto a los problemas que plantea la no extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución de sentencia condenatoria firme, HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp 41-78, p. 76, afirma: “Potentially, the greatest weakness to the complementarity regime lies in the failure to include in the Statute provisions related to pardons. The *lacunae* may permit a State to investigate, prosecute, convict and sentence a person, and then pardon or parole the person soon thereafter. Clearly, that possibility exists, especially since the *travaux préparatoires* will indicate that a proposal existed to cover this possibility but was not included in the Rome Conference”. Para evitar estos problemas, HOLMES defiende en la p. 77 de esta misma obra que la extensión jurisprudencial de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución mediante la interpretación extensiva de las circunstancias que provocan que las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales, produzcan efectos de cosa juzgada con respecto a la Corte.

chas medidas no habrán de tenerse en cuenta al realizar el análisis de admisibilidad de las situaciones y de los casos objeto de las mismas, lo que en principio provocará que dichas situaciones y casos sean inadmisibles ante la Corte.

La única excepción serían aquellos supuestos en que se demuestre que la adopción de tales medidas afectó en la manera prevista en el art. 20 (3) ER a las actuaciones penales nacionales, que concluyeron con la emisión de sentencia firme condenatoria¹⁸⁷. Para ello, será necesario analizar si dichas actuaciones (i) fueron dirigidas a “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”, o (ii) no fueron sustanciadas de manera independiente o imparcial ni son compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia¹⁸⁸. Este será el caso de los llamados indultos *a priori*, es decir aquellos que se conceden antes de la conclusión de las actuaciones penales nacionales. Sin embargo, quedarán fuera de esta excepción los indultos otorgados por un nuevo régimen que llega al poder una vez que las actuaciones penales nacionales concluyeron durante el antiguo régimen¹⁸⁹.

187. En el mismo sentido, AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, pp. 150-151.

188. Si bien en la versión española del art. 21 (3)(b) ER se habla de que el proceso “no hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiese sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”, en la versión en inglés en que se negoció el texto se utiliza la locución “o”, por lo tanto, ambas condiciones son cumulativas y no alternativas.

189. En este sentido, AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, pp. 150-151, ha señalado que “es difícil asumir en todos estos casos la admisibilidad del proceso ante la CPI, dado que esto presupondría un juicio de valor muy severo acerca del sistema nacional respectivo, a saber que está actuando de mala fe para salvar a los autores de un castigo real. Cuanto

La solución adoptada por el Estatuto de Roma no es plenamente satisfactoria y, en opinión del autor, debería haber ido acompañada de la adopción de otras medidas, como por ejemplo, el establecimiento en el propio Estatuto de Roma de una obligación inequívoca de ejecución de las condenas firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales contra los perpetradores de estos delitos, y de un régimen de sanciones para el caso de su incumplimiento similar al previsto en el art. 112(8) ER para los supuestos de incumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones de financiación de la Corte, es decir la suspensión automática de sus derechos políticos en la organización de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, también es cierto que pese a sus deficiencias, la exclusión de la fase de ejecución de sentencias del ámbito de aplicación del principio de complementariedad, aparece como la menos mala de las soluciones posibles. Al respecto es importante recordar que, la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado inevitablemente problemas de *ne bis in idem*. Así, o la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución iba acompañada del reconocimiento automático de las sentencias dictadas por las jurisdicciones nacionales a los efectos de su ejecución por la Corte, o la Corte debería proceder a un nuevo enjuiciamiento de los hechos objeto de las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales (y en las que además no concurrirían ninguna de las circunstancias pre-

más avanzado esté el proceso, tanto más difícil será el uso del argumento de la mala fe. En todo caso, él solo puede ser usado convincentemente si puede demostrarse una “intención de impunidad” de los órganos estatales responsables; esto no sería posible, por ejemplo, si hubo un cambio de régimen y el régimen que concede la exención es completamente diferente de aquél en el poder durante el juicio.

vistas en el art. 20(3) ER) antes de proceder a la ejecución de la sentencia firme dictada por la propia Corte. De esta manera, unos mismos hechos serían enjuiciados en dos ocasiones y podrían dar lugar a dos sentencias firmes contradictorias (una dictada por los órganos jurisdiccionales nacionales y otra por la Corte)¹⁹⁰.

La extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución, hubiera provocado también que la ejecución por la Corte de sus sentencias firmes se hubiera visto suspendida como consecuencia de las investigaciones y enjuiciamientos de las jurisdicciones nacionales con respecto a las personas y hechos objeto de las sentencias firmes condenatorias de la Corte. En este sentido, no podemos olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad actúa en un doble sentido en cuanto no sólo afecta a las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, sino también a las de la Corte.

Finalmente, hay que tener también en cuenta que la extensión del carácter dinámico del principio de complementariedad a la fase de ejecución sería de muy difícil aplicación práctica. Así, sólo una minoría de Estados autorizan el enjuiciamiento *in absentia* con respecto a crímenes de la gravedad de los previstos en el Estatuto de Roma. Por lo tanto, es de suponer que

190. En este sentido hay que señalar que es cierto que el principio *ne bis in idem* contenido en el art. 14 (7) PIDCP ha sido tradicionalmente interpretado como limitado a las actuaciones penales desarrolladas en una misma jurisdicción. Pero también es cierto que el grado de garantías que el principio *ne bis in idem* ofrece en los arts. 10 ETPIY, 9 ETPIR y 20 ER es superior al tradicionalmente ofrecido por el art. 14 (7) PIDCP. Vid. JONES, J.R.W.D, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia y Rwanda*, Segunda Edición, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson (Nueva York), 2000, pp. 151-154 y 504-505.

el Estado que dicte sentencia firme condenatoria y posteriormente indulte a quienes han sido condenados, sea el Estado en cuyo territorio se encuentran los mismos. De esta manera sería difícil que este Estado, aunque esté obligado a ello por ser un Estado Parte del Estatuto de Roma, se encuentre dispuesto a entregarlos a la Corte, máxime no previéndose expresamente en el Estatuto de Roma sanción alguna para los casos de incumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la Corte.

1.2.4.3 Medidas de exención parcial de la responsabilidad penal

En lugar de recurrir a leyes de amnistía o a medidas de exención de responsabilidad *ex post facto*, aquellos Estados inmersos en procesos de transición pueden optar por la adopción de medidas de exención parcial de responsabilidad penal por la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma. El recurso a este tipo de medidas no es tan frecuente en cuanto que las mismas, a diferencia de las leyes de amnistía o los indultos, no eximen completamente de responsabilidad penal. Sin embargo, en los últimos años han aparecido algunos ejemplos paradigmáticos, como es el caso de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz¹⁹¹.

Esta ley prevé que al final del proceso se imponga, junto con las penas principales y accesorias que correspondan conforme a la normativa penal ordinaria, una pena alternativa de la que se podrán beneficiar los miembros de grupos armados al margen de la ley (entendiéndose por tales, los grupos de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e inte-

191. Nos limitaremos en este artículo a una breve descripción del contenido de esta ley, en cuanto que su análisis es objeto del trabajo del Dr. Alejandro Aponte que también es parte de esta obra colectiva.

gral de los mismos) que, además de desmovilizarse, cumplan con las condiciones establecidas en la propia Ley de Justicia y Paz¹⁹². Esta pena alternativa consiste “en privación de la libertad por un período mínimo de cinco años y no superior a ocho años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”¹⁹³.

La pena alternativa sólo se concede al dictarse sentencia firme condenatoria después de que el solicitante haya tenido que pasar por un proceso judicial que incluye las etapas siguientes. En primer lugar, los desmovilizados han de rendir versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso

192. Además de los supuestos de desmovilización colectiva previstos en el art. 10 de la Ley de Justicia y Paz, el art. 11 prevé “los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- 11.1. Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.
- 11.2. Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.
- 11.3. Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.
- 11.4. Que cese toda actividad ilícita.
- 11.5. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.
- 11.6. Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación.”

193. Art. 29 de la Ley de Justicia y Paz.

de desmovilización, quien tiene la obligación de interrogarlos sobre todos los hechos de que tenga conocimiento. De esta manera, los desmovilizados:

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo¹⁹⁴.

Concluida la versión libre, se lleva a cabo una audiencia de imputación en la que el fiscal, ante el juez de control de garantías:

[...] hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas¹⁹⁵.

A partir de esta audiencia, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, a quien se le transmite las ver-

194. Art. 17 de la Ley de Justicia y Paz.

195. Art. 18 de la Ley de Justicia y Paz. Conforme a esta misma disposición, esta audiencia sólo se llevará a cabo “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías, la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación”.

siones libres y las demás actuaciones realizadas en el proceso de desmovilización¹⁹⁶, lleva a cabo, con el apoyo de su grupo de policía judicial, las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por los desmovilizados, y de todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia¹⁹⁷. Al concluir estas actuaciones, se celebra ante el juez de control de garantías la audiencia de formulación de cargos en la que los desmovilizados, de manera libre, voluntaria, espontánea y asistidos por su defensor, pueden aceptar ante el juez de control de garantías los cargos presentados por la Fiscalía como consecuencia de las versiones libres o de las investigaciones realizadas a raíz de la misma¹⁹⁸.

Realizada la audiencia de imputación de cargos, se transmiten los expedientes al Tribunal Superior de Distrito Judicial competente que convoca una audiencia pública para examinar si la aceptación de cargos por los desmovilizados fue conforme a la ley, y de ser así, abre el incidente de reparación integral¹⁹⁹ y cita a una audiencia de sentencia o individuali-

196.Art. 17 de la Ley de Justicia y Paz.

197.Art. 18 de la Ley de Justicia y Paz.

198.Art. 19 de la Ley de Justicia y Paz. Conforme al art. 21 de la Ley de Justicia y Paz, “Si el imputado o acusado acepta parcialmente los cargos se romperá la unidad procesal respecto de los no admitidos. En este caso la investigación y el juzgamiento de los cargos no aceptados se tramitarán por las autoridades competentes y las leyes procedimentales vigentes al momento de su comisión. Respecto a los cargos aceptados se otorgarán los beneficios de que trata la presente ley”.

199.En relación con el incidente de reparación integral, el art. 23 de la Ley de Justicia y Paz señala: “En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del ministerio público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación

zación de la pena²⁰⁰. Finalmente, en la sentencia condenatoria, además de evaluarse “el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”, se fijan: (i) la pena principal y las accesorias; (ii) la pena alternativa; (iii) los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal; (iv) las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y (v) la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación²⁰¹.

A diferencia de las leyes de amnistía – que en el mejor de los casos sólo pueden provocar la inadmisibilidad de una situación o caso mientras se produce el esclarecimiento de los hechos a nivel nacional, de manera que cualquier decisión de la Corte de no actuar con posterioridad puede fundarse exclusivamente en el llamado “interés de la justicia” o principio de oportunidad no reglada – y de los indultos tras la emisión de sentencia firme condenatoria (que, en principio, quedan fuera

integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes. Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones. La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley. Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oír el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria.”

200.Arts. 19 y 23 de la Ley de Justicia y Paz.

201.Art. 24 de la Ley de Justicia y Paz.

del ámbito de aplicación del principio de complementariedad y no afectan, por lo tanto, al análisis de admisibilidad), el impacto de las medidas de exención parcial de responsabilidad penal en el análisis de la admisibilidad de situaciones y casos dependerá de las características específicas de la medida de que se trate.

Así, del breve análisis realizado de la Ley de Justicia y Paz se deriva que su aplicación va a impedir que se pueda hablar de una inacción *a priori* o de una inacción *a posteriori* del Estado colombiano, en cuanto que las autoridades nacionales llevan a cabo una auténtica investigación penal seguida de un procedimiento de conformidad, y en su caso la emisión de sentencia condenatoria, en la que el Tribunal Superior de Distrito Judicial tiene el deber de garantizar que el imputado se conforme con los cargos presentados por la Fiscalía de manera libre, voluntaria e informada. Además, si bien un procedimiento de conformidad como el recogido por la Ley de Justicia y Paz se encuentra expresamente prohibido para delitos graves en ciertas jurisdicciones nacionales como la española, es, sin embargo, la norma general en otras jurisdicciones nacionales, como la de los Estados Unidos²⁰², y se encuentra expresamente incorporado en el art. 65 del Estatuto de Roma.

Además, aunque la pena alternativa se aplica únicamente tras el pronunciamiento de sentencia firme condenatoria, su aplicación se prevé antes de que se inicien las actuaciones penales a nivel nacional (en teoría, antes incluso de que se produzca la desmovilización, pues la aplicación de la pena alternativa es el incentivo para que se produzca la misma) por lo que, como en el caso de los indultos *a priori*, podría

202.Ver al respecto, el interesante estudio de RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La Justicia Negociada. Experiencias de Derecho Comparado", Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

tener un impacto en el análisis de admisibilidad si se demuestra que en las actuaciones nacionales realizadas en aplicación de la Ley de Justicia y Paz concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 20 (3) ER - es decir que las mismas han sido dirigidas a “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”; o no han sido sustanciadas de manera independiente o imparcial ni son compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Las dificultades para probar que concurre alguna de las circunstancias del art. 20 (3) ER son evidentes, sobre todo si se tiene en cuenta que, a diferencia de los indultos *a priori*, la pena alternativa prevista en la Ley de Justicia y Paz sólo exime parcialmente de responsabilidad penal. Ahora bien, en opinión del autor, sería un error excluir esta posibilidad, y para ello habrá que estudiar con cuidado diversos factores tales como los plazos que se conceden a la Fiscalía Nacional de la Justicia y de la Paz para proceder a su investigación, los medios materiales con los que se dota a la misma, a la vista de la magnitud de las actividades delictivas objeto de su actividad, los recursos destinados a la persecución de bienes afectos a indemnizaciones y la efectividad en el ejercicio de la posición procesal atribuida a las víctimas en el procedimiento.

1.2.5. El ejercicio del principio de oportunidad en relación con situaciones y casos objeto de leyes de amnistía, indultos y otras medidas que sólo eximen parcialmente de responsabilidad penal

Durante los años que precedieron a la aprobación definitiva del Estatuto de Roma, numerosos autores defendieron que a través de medidas de exención de responsabilidad penal se podía hacer justicia de manera más eficaz que a través de

enjuiciamientos penales²⁰³. Un segundo grupo de autores defendía, sin embargo, la necesidad de perseguir penalmente los delitos recogidos en el Estatuto de Roma, y afirmaba que mediante el apoyo expreso o tácito de la Comunidad Internacional, a medidas tales como las leyes de amnistía o los indultos se enviaría a los futuros autores de estos delitos el mensaje de que no debían preocuparse porque terminarían por no ser penalmente perseguidos²⁰⁴.

Como vimos en la introducción a este trabajo, el Preámbulo del Estatuto de Roma constituye una apuesta sin compromisos por la persecución penal de los presuntos responsables de aquellos delitos que más gravemente afectan a la Comunidad Internacional. Para ello, se subrayan expresamente las obligaciones asumidas por los Estados para su investigación y enjuiciamiento, así como para la cooperación con aquellos terceros estados que los estén persiguiendo penalmente. Además, se crea la Corte como instrumento complementario de

203. Vid. por todos, MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Ed. Beacon Press, Boston, 1998, p. 9.

204. La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de los Menores, ha llegado a la conclusión de que la impunidad es una de las razones principales de las violaciones continuadas de derechos humanos en todo el mundo (United Nations Commission on Human Rights, *Report on the Consequences of Impunity*, U.N. Doc. E/CN.4/1990/13). En el caso de los Barrios Altos, la Corte Inter-americana de Derecho Humanos declaró recientemente que la ley de amnistía dictada en Perú era nula, y, por lo tanto, privada de todo efecto jurídico. La Corte Inter-americana llegó a esta conclusión tras declarar que, en principio, las leyes de amnistía son contrarias a la letra y espíritu de la Convención Inter.-americana de Derechos Humanos.

las jurisdicciones nacionales en la persecución penal de estos delitos²⁰⁵.

Sin embargo, los arts. 15(3) y (4) y 53 ER, y la regla 48 RPP, hacen del principio de oportunidad no reglada el principio rector de la actuación de la Fiscalía de la Corte a la hora de decidir tanto sobre la activación de la jurisdicción de la Corte con respecto a situaciones de crisis, como sobre la pos-

205. BASSIOUNI, M.C., *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*, 32 *Cornell International Law Journal* 468 (2000): "The ICC reminds governments that realpolitik, which sacrifices justice at the altar of political settlements, is no longer accepted. It asserts that impunity for the perpetrators of genocide, crimes against humanity and war crimes is no longer tolerated". Por su parte, HOLMES, J.T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Kluwer International Law, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp 41-78, p: 77, afirma lo siguiente: "A related problem is the question of amnesties before an investigation and trial. It is clear that the Statute's provisions on complementarity are intended to refer to criminal investigations. Thus, where no such investigation occurred, the Court would be free to act. A Truth commission and the amnesties it provides may not meet the test of a criminal investigation, since the simple telling the truth to a non-judicial body may convey an individual immunity from national prosecution". Vid. también, WHITE, J.G., *Nowhere to Run, Nowhere to Hide: Augusto Pinochet, Universal Jurisdiction, the ICC, and a Waking Up Call for Former Head of State*, *Case Western Law Review*, Vol. 50, 1999, pp 169-172; MORALES, C.K., *Establishing an International Criminal Court: Will it Work?*, *DePaul International Law Journal*, Vol 4, 2000, p. 137; CONCANNON, B. Jr., *Beyond Complementarity: The International Criminal Court and National Prosecutions, A View from Haiti*, *Columbia Human Rights Law Review*, Vol 32, 2000, pp. 201-203; y MUGWANAYA, G.W., *Expunging the Ghost of Impunity for Severe and Gross Violations of Human Rights and the Commission of Delicti Ius Gentium: A Case for the Domestication of International Criminal Law and the Establishment of a Strong Permanent International Criminal Court*, *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Vol. 8, 1999, pp. 707-709.

terior apertura de casos. De esta manera, a pesar de que, como hemos visto en el apartado anterior, las leyes que establecen amnistías absolutas o condicionales (con o sin Comisiones de Verdad y Reconciliación) no convierten las situaciones o casos objeto de las mismas en inadmisibles, y por tanto no impiden *per se* la actuación de la Corte, la Fiscalía de la Corte, en ejercicio del principio de oportunidad no reglada puede declinar abrir una investigación sobre una cierta situación o iniciar un caso porque no redundaría en interés de la justicia al ser objeto de una ley de amnistía. La Fiscalía de la Corte puede tomar esta decisión, incluso a pesar de la gravedad de los delitos, de los intereses de las víctimas o de cualesquiera otras circunstancias que pudieran favorecer la actuación de la Corte, como la importancia del grado de participación del presunto o presuntos responsables en la comisión de los delitos²⁰⁶. Si bien, conforme al art. 53 (3)(b) ER, la Sala de Cuestiones

206. Debido a este, no se puede sino concluir que algunas de las opciones político-legislativas adoptadas en el Preámbulo del ER han sido sutilmente anuladas, y, que, por lo tanto, aquellos órganos de la Corte que originalmente fueron concebidos para implementarlas, en particular la Fiscalía de la Corte, se han convertido de la noche a la mañana en auténticos legisladores. El problema es que estas opciones de política-legislativa van a la esencia misma del Estatuto de Roma. Así, si, como muchos creen, las leyes de amnistía son el instrumento a través del cual se propaga la inmunidad, ¿cómo han podido los Estados Partes dejar principalmente en las manos de los órganos competentes de la Corte la decisión sobre si el Estatuto de Roma prohíbe o no las mismas? Del mismo modo, si, como otros han sugerido, las leyes de amnistía constituyen indispensables monedas de cambio para inducir a los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional a que acepten la paz y dejen el poder, ¿cómo es posible que los Estados Partes hayan atribuido a los órganos competentes de la CPI la decisión sobre la legalidad o ilegalidad de tan preciosos instrumentos de negociación? Vid. en particular OLÁSULO, H, *The Prosecutor of the ICC before Initiations of Investigations: A Quasi-Judicial or Political Body*, en *International Criminal Law Review*, 2003, Vol. 2, pp. 87-150.

Preliminares, y en su caso la Sala de Apelaciones, tiene siempre la competencia para revisar de oficio la manera en que la Fiscalía de la Corte utiliza su discrecionalidad política no reglada para decidir no abrir la investigación de una situación o para decidir dar por concluida una investigación sin proceder a la apertura de más casos derivados de la misma.

Este mismo escenario puede también plantearse cuando, en lugar de leyes de amnistía, se aprueban a nivel nacional medidas de exención parcial de responsabilidad penal que afectan de tal manera a las actuaciones penales nacionales que hacen que las situaciones o casos objeto de las mismas sean admisibles. Es más difícil, sin embargo, que esto ocurra en el caso de la aprobación de indultos, o de otras medidas de exención de responsabilidad *es post facto*, en cuanto que normalmente las mismas se encuentran fuera del ámbito de aplicación del principio de complementariedad y, por lo tanto, no tienen ningún efecto sobre la admisibilidad o no de las situaciones o casos sobre las que recaen.

Desafortunadamente, ni el Estatuto de Roma, ni las Reglas de Procedimiento y Prueba, ni la propia Fiscalía de la Corte han establecido hasta el momento criterio alguno que permita determinar *a priori* cuáles son las características que debe tener una ley que establece una amnistía para que la actuación de la Corte sobre la situación o caso a que se refiere no redunde en interés de la justicia. Además, tampoco las Salas de la Corte han tenido hasta el momento la oportunidad de pronunciarse al respecto ya que al día de hoy la Fiscalía no ha adoptado todavía ninguna de las decisiones sujetas a revisión conforme al art. 53 (3)(b) ER.

En opinión del autor existen cuatro factores que habrán de tenerse en consideración a la hora de elaborar estos criterios. En primer lugar, la necesidad de no apartarse de manera sustancial de los principios generales recogidos en el Preámbulo del Estatuto de Roma. En este sentido, no se puede olvidar que la creación de la Corte como un órgano jurisdiccional interestatal de supervisión y control que incentive a las jurisdicciones nacionales para que realicen adecuadamente su trabajo de investigación y enjuiciamiento de los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional, y que coopere, si bien manteniendo su independencia, con el órgano político internacional encargado del mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacionales (el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), continúa siendo hoy tan necesaria como cuando se celebró la Conferencia Diplomática de Roma.

En segundo lugar, el hecho de que tal y como la Fiscalía de la Corte²⁰⁷ y la Sala de Cuestiones Preliminares I²⁰⁸ han señalado, la Corte sólo va a ejercitar su jurisdicción personal en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad por las campañas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra

207. FISCALÍA DE LA CORTE, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor* (available at www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf), 2003, pp. 3 y 7; y Fiscalía de la Corte, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, to the Security Council pursuant to UNSC 1593* (disponible en www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_ReportUNSC4-Darfur_English.pdf), 2005, p. 4.

208. "Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo", ICC-01/04-01/06-8, 24 February 2006, párrafo. 50.

presuntamente cometidos en las situaciones objeto de investigación²⁰⁹. Esto significa que la persecución penal de la gran mayoría de las personas involucradas en la preparación y ejecución de dichas campañas (mandos intermedios y autores materiales) seguirá correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales, y que es precisamente en relación con estas personas sobre las que la Corte no va a ejercitar su jurisdicción personal donde las leyes que establezcan amnistías condicionales (particularmente si van acompañadas del establecimiento de Comisiones de Verdad y Reconciliación efectivas) y otras medidas de exención parcial de responsabilidad penal pueden jugar un papel más destacado.

De esta manera, este tipo de medidas, sin favorecer que los señores de la guerra puedan convertirse de la noche a la mañana en interlocutores de paz, podrían ser utilizadas como moneda de cambio para inducir al resto de miembros de un grupo o facción a que fueren a sus líderes a abandonar el poder, o como instrumento para promover la estabilidad de un Estado que está saliendo de una situación de crisis o para evitar el colapso de su sistema de justicia penal²¹⁰. Además, la eficacia de este tipo de medidas a nivel nacional, y en particular los trabajos de Comisiones de Verdad y Reconciliación efectivas, no se vería necesariamente afectada por las actuaciones que la Corte desarrolle en relación con aquellos líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad en

209.Vid. también en este sentido, MC BASSIOUNI, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, Segunda Edición, Transnational Publishers, 1999, pp. 22-23.

210.En: Vid. BROWN, A.S., *Adios Amnesty: Prosecutorial Discretion and Military Trials in Argentine*, en *Texas International Law Journal*, Vol. 37, 2002, pp. 217 y ss.

las campañas de delitos cometidos en las situaciones bajo investigación²¹¹. De hecho, se podría dar la situación contraria, si en las propias leyes de amnistía condicional o de exención parcial de responsabilidad penal se incluyera expresamente como condición para su concesión la cooperación de los solicitantes con las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por la Corte.

En tercer lugar, la necesidad de rechazar expresamente la utilización del principio de oportunidad no reglada a resultados de la aprobación a nivel nacional de leyes que establecen amnistías absolutas como las aprobadas en Chile o en Sierra

211. Sobre los potenciales problemas que se puedan derivar de la actuación simultánea de la Corte y de Comisiones de la Verdad a nivel nacional sobre una misma situación de crisis, ver DUGARD, J., *Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P., Jones, J. R.W.D., pp. 693-704.

212. Vid., entre otros, BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law*, Transnational Publishers, 199, pp. 10 to 14 and 22; Teitel, R.G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000, p. 58; AMBOS, K., *El Marco Jurídico de la Justicia Transicional*, Temis, 2008, p. 87; CASSESE, A., *The Special Court and International Law: The Decision concerning the Lomé Agreement Amnesty*, en *Journal of International Criminal Justice*, 2004, Vol. 2, pp. 1130 y ss; GOLDSTONE, R./FRITZ, N., *In the Interests of Justice and Independent Referral: ICC Prosecutor's Unprecedented Powers*, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, 2000, pp. 655 y ss, p. 659-660; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, pp. 372 y ss; MÉNDEZ, J.E., *National Reconciliation, Transnational Justice and the International Criminal Court*, en *Ethics and International Affairs*, Vol. 15, 2001, pp. 15 y ss, p. 33; O'SHEA, A., *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer International, 2002, pp. 195-196; SEILS, P./WIERDA, M., *The International Criminal Court and Conflict Mediation*, International Center for Transitional Justice, 2005, p. 14; STAHN, C., *Complementarity, Amnesties, and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, *Journal*

Leona, en cuanto no sólo existe un consenso con respecto a que constituyen una violación del derecho internacional²¹², sino que son también contrarias al objeto último del Estatuto de Roma²¹³. Además, se debería condicionar el recurso al principio de oportunidad no reglada para no iniciar investigaciones o casos como consecuencia de la aprobación de leyes de amnistía condicional (u otras medidas que eximan parcialmente de responsabilidad penal) a que las mismas establezcan mecanismos efectivos para el esclarecimiento de los hechos y la reparación a las víctimas. En este sentido, los criterios ofrecidos por AMBOS para la calificación de una Comisión de Verdad y Reconciliación como efectiva constituyen sin duda un buen punto de partida²¹⁴.

Finalmente, la realización de un esfuerzo de concretización sobre cuáles son los intereses últimos que en un momento dado pueden justificar el recurso al principio de oportunidad no re-

of International Criminal Justice, Vol. 3, 2005, pp. 703 y ss, p. 704; SALMÓN, E.G., *Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience*, en *Review of the International Committee of the Red Cross*, Vol. 88, 2006, pp. 327 y ss, pp. 332 y ss; OLSON, L.M., en *Review of the International Committee of the Red Cross*, Vol. 88, 2006, pp. 275 y ss, pp. 283-284; BURKE-WHITE, W.W., *Complementarity in Practice. The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of the Congo*, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, 2005, pp. 559 y ss, p. 582.

213. Seibert Fohr, A., *The Relevance of the Rome Statute of the ICC for Amnesties and Truth Commissions*, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 553 y ss, pp. 557-558; Robinson, D., *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, en *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, pp. 481 y ss, p. 505; Ambos, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, p. 144.

214. Ambos, K., *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Temis, 2008, pp. 65-70.

glada, para no actuar en situaciones o casos objeto de leyes de amnistía condicional o de medidas de exención parcial de responsabilidad, así como de la metodología a utilizar para ponderar los distintos intereses en juego.

Este esfuerzo, contrariamente a lo que se ha presumido hasta la actualidad, es perfectamente posible, como recientemente lo ha demostrado la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia de 6 de mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, en la que realiza un detallado examen de proporcionalidad entre los valores justicia y paz²¹⁵, teniendo presente que el objeto declarado de la norma bajo análisis es el “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley” (grupos de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos)²¹⁶, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación²¹⁷ y con pleno respeto al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados²¹⁸.

Además, al llevarlo a cabo será necesario analizar si la satisfacción de dichos intereses exige únicamente el recurso temporal al principio de oportunidad política, de manera que, aunque a día de hoy no redunde en interés de la justicia la investigación y enjuiciamiento de los líderes po-

215.Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. Para un análisis en profundidad de esta sentencia, ver el trabajo del Dr. Alejandro Aponte que también es parte de esta obra colectiva.

216.Art. 1 de la Ley de Justicia y Paz.

217.Arts. 1 y 4 de la Ley de Justicia y Paz.

218.Art. 4 de la Ley de Justicia y Paz.

líticos y militar que tienen una mayor responsabilidad en las campañas de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra que presuntamente se hayan cometido en la situación bajo examen (o de algunos de ellos), esto no impida necesariamente la actuación de la Corte contra los mismos, dada la imprescriptibilidad de dichos delitos conforme al art. 29 ER.

PARTE II

COOPERACIÓN Y AUXILIO JUDICIAL



II.1. Apuntes prácticos sobre el sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²¹⁹

II.1.1. Introducción

Día a día es más evidente que el engranaje de la Corte Penal Internacional (“Corte”) comienza a ponerse en movimiento. Tres Estados Partes: Uganda²²⁰, la República Democrática del Congo²²¹ y la República Centro-Africana²²², han utilizado ya el procedimiento de los artículos 13(a) y 14 ER para remitir situaciones de crisis a la Fiscalía de la Corte. El mes pasado el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas recurrió por primera vez al procedimiento del artículo 13(b) para remitir la situación de crisis acaecida en el territorio de Darfur desde el 1 de julio del 2002, fecha de entrada en vigor del ER²²³. Además, desde la toma de posesión del Fiscal de la Corte cientos de comunicaciones, refiriéndose a un buen número de situaciones de crisis adicionales, han sido recibidas

219.Publicado en la revista *Iustel Procesal Penal*, Toledo (Madrid), Vol. 7, Junio (2005); pp. 1-23.

220.Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=16&l=en.html.

221.Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=19.html.

222.Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=87.html.

223.Ver, Resolución 1593 de 31 de marzo del 2005, UN Doc S/RES/1593, 31 March 2005. See also, <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/98.html>.

por la Fiscalía²²⁴. Finalmente, en febrero de este año, la Secretaría de la Corte recibió la declaración de Costa de Marfil, Estado no Parte del Estatuto de Roma, por la que extiende la jurisdicción de la Corte a los delitos cometidos en su territorio desde el 19 de septiembre del 2002²²⁵.

Como resultado, sendas investigaciones sobre las situaciones de crisis acaecidas en el territorio de la República Democrática del Congo²²⁶ y del norte de Uganda²²⁷ han sido iniciadas hace varios meses. Además, la Fiscalía realiza en la actualidad el examen preliminar previo a la adopción de la decisión de iniciar o no una investigación con respecto a las situaciones de crisis acaecidas en el territorio de Darfur²²⁸ y de la República Centro-Africana²²⁹ desde el 1 de julio de 2002. Varias situaciones de crisis adicionales se encuentran a su vez en examen preliminar a resultas de las comunicaciones de individuos o personas jurídicas recibidas por la Fiscalía de la Corte²³⁰. Finalmente, la Corte ha comenzado a mantener sus

224. <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/93.html>.

225. Sólomente entre julio del 2002 y septiembre del 2003, el Fiscal de la Corte afirmó haber recibido 499 comunicaciones de organizaciones e individuos de 66 países. Ver, *Statement of the Prosecutor at the Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, 8 September 2003 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030909_prosecutor_speech.pdf).

226. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=26&l=en.html.

227. Ver, http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=33&l=en.html.

228. Ver, <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/98.html>.

229. Ver, <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/87.html>.

230. En el discurso pronunciado ante la Asamblea de los Estados Partes el 6 de Septiembre del 2004, el Fiscal de la Corte se refería expresamente a seis situaciones adicionales bajo examen preliminar sobre la base del artículo 15.2 ER. Ver, *Address by the Prosecutor at the Third Assembly of States Parties* (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/asp/060904_Moreno_Ocampo_third_ASP_English.pdf).

primeras audiencias como lo indican varias de las decisiones adoptadas por la Sala de Cuestiones Preliminares I en relación con la investigación en República Democrática del Congo²³¹.

En este contexto, y a la luz de la aprobación de las primeras leyes de cooperación con la Corte Penal Internacional²³², particularmente la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional (“LOCCPI”), y de los numerosos proyectos de ley que se encuentran tramitándose en estos momentos en los Estados Partes²³³, es un buen momento para realizar ciertas consideraciones prácticas sobre un sistema de cooperación con la Corte que algunos han venido a calificar como el verdadero talón de aquiles del ER²³⁴.

231. Ver, inter alia, *Decision to Convene a Status Conference on the Situation in the DRC*, de 17 de Febrero del 2005 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/organs/chambers/ICC_01-04_e.pdf), *Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal*, de 15 de marzo del 2005 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/organs/chambers/ICC_01-04_2005March14_e.pdf), *Decision to Hold Consultation under Rule 114*, de 21 de abril del 2005 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_01-04_19_e.pdf) y *Decision on the Prosecutor’s Request for Measures under Article 56*, de 25 de abril del 2005 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-21_e.pdf).

232. Ver, <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/legislationdebates.html>.

233. Idem.

234. Ver, inter alia, BROWN, B.S., *U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response*, en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, (1999); p. 882; y BERGSMO, M., *Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implication for the Relationship between the Court and the Security Council*. En: *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, (2000); p. 110;

II.1.2. El alcance de la obligación general de cooperación prevista en el artículo 86 del Estatuto de Roma

Con frecuencia se habla del sistema de cooperación previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el contexto de las actuaciones penales ante la Corte²³⁵. Sin embargo, cuando la obligación general de cooperación con la Corte que el artículo 86 ER impone a los Estados Partes se analiza a la luz del complejo marco procesal recogido en el propio ER, pareciera que esta visión es un tanto reduccionista en relación con el alcance de dicha obligación. Por ello, todo análisis del sistema de cooperación previsto en el ER debe partir de la adecuada definición del alcance de la obligación general de cooperación prevista en el artículo 86 ER. Solo entonces estaremos en situación de analizar los problemas que se plantean en sus distintos campos de aplicación, y particularmente en el contexto de las actuaciones penales y civiles de reparación ante la Corte.

El ER atribuye a la Corte una amplia gama de potestades jurisdiccionales. En primer lugar, atribuye a la Corte la potestad para activar su propia jurisdicción con respecto a una determinada situación de crisis²³⁶. La atribución de esta po-

235. KRESS, C., *General Obligation to Cooperate*, en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Ed.), Nomos, 1999, pp. 1053-1054.

236. Sobre el proceso de activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional respecto de un determinado conflicto armado o situación de crisis, y su carácter autónomo y previo en relación con los procesos penal y civil que sobre incidentes particulares producidos en tales conflictos armados o situaciones de crisis se desarrollan con posterioridad, ver OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Centro de Derecho Internacional Humanitario (Cruz

testad, desconocida en los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (“TPIY” y “TPIR”) es fruto del carácter permanente de la Corte y de la amplia extensión de su jurisdicción que supera con creces los límites de una situación de crisis particular como las producidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991²³⁷ y Ruanda en 1994²³⁸. Como resultado, a través de las actuaciones preliminares o de activación previstas en los arts. 15, 18 y 53 ER, la Corte declara la concurrencia o no de los presupuestos de activación con respecto a la situación de crisis remitida por un Estado Parte²³⁹ o por el Consejo de Seguridad²⁴⁰, o puesta de manifiesto por la Fiscalía a instancia de cualquier persona física o jurídica²⁴¹. Además, en caso de que declare la concurrencia

Roja Española), Valencia, November 2003; OLÁSOLO, H., *The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-Judicial or a Political Body*, en *Internacional Criminal Law Review*, 2003/2, pp. 89-150; OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor*, en *Internacional Criminal Law Review*, 2005/1, pp. 121-146; OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma*, en *Revista Española de Derecho Militar*, N. 82, Julio-Diciembre 2003, pp. 47-76; OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005 (en prensa); y OLÁSOLO, H., *Discrecionalidad u Obligatoriedad en el Desarrollo de las Actividades de Investigación y Ejercicio de la Acción Penal*. En: *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, N. 12/13, (Mayo 2004), pp. 115-119.

237. Artículo 1 del Estatuto del TPIY.

238. Si bien el artículo 1 del Estatuto del TPIR extiende también su jurisdicción a los crímenes cometidos en 1994 por nacionales ruandeses en el territorio de los Estados fronterizos con Ruanda.

239. Artículos 13(a) y 14 ER.

240. Artículo 13(b) ER.

241. Artículos 13(c) y 15.1 y 3 ER.

de tales presupuestos, la Corte activa su propia jurisdicción con respecto a dicha situación de crisis mediante una declaración constitutiva a la que el ER se refiere como iniciación de la investigación²⁴².

Activada la jurisdicción de la Corte sobre una determinada situación de crisis, la Fiscalía procede a la investigación de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra que hayan podido cometerse en dicha situación²⁴³, siempre bajo la supervisión de la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”)²⁴⁴. Una vez que se encuentran indicios razonables de criminalidad contra los últimos responsables de incidentes particularmente graves producidos en la situación investigada, la Fiscalía solicitará la emisión de una orden de arresto o de comparecencia contra los mismos²⁴⁵.

La emisión de una orden de arresto o comparecencia marca el inicio del proceso penal propiamente dicho ante la Corte. Éste no tiene por objeto situaciones de crisis definidas a través de parámetros temporales, territoriales y personales, sino casos compuestos por uno o varios incidentes determinados en los que el imputado haya presuntamente cometido o parti-

242. Artículo 53(a) ER.

243. Artículos 54 y ss ER. A este respecto la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de 21 de abril de 2005 en relación con la convocatoria de consultas sobre la base de la regla 114 de las Reglas de Procedimiento y Prueba resulta particularmente ilustrativa (“Decision to Hold Consultation under Rule 114”, cuya versión pública redactada se encuentra disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_01-04_19_e.pdf).

244. Artículo 57.3(c) ER.

245. Artículo 58.1 y 7 ER.

cipado en la comisión de uno o varios de los delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción²⁴⁶.

Iniciado el proceso penal, éste se desarrolla en cinco etapas²⁴⁷. Una primera etapa de continuación de la investiga-

246.La distinción entre el concepto de situaciones y casos puede encontrarse inter alia en BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, pp. 518-519; SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004, pp. 125-126; HALL, C.K., *Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case*, en *Commentary...*, Triffterer, O. (Ed.), Nomos, 1999, pp. 405-418; EL ZEIDY, M.M., *The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC*, in *International Criminal Law Review*, Vol. 5, Num. 2, p.110; y OLASOLO, H., *Corte Penal Internacional...*, pp.112-113. Desafortunadamente, la LOCCPI no tiene en consideración la distinción entre situaciones de crisis y casos como objeto de las actuaciones ante la Corte. Como indica su preámbulo, el artículo 8 de la LOCCPI impone al Gobierno la obligación de mantener la jurisdicción de los tribunales españoles mediante la utilización de la vía del artículo 18.2 ER. Ahora bien, según añade el propio preámbulo de la LOCCPI, el Gobierno español no estará obligado a mantener con posterioridad la jurisprudencia de los tribunales españoles conforme al artículo 19.2 ER puesto que antes de llegar a la etapa procesal en la que el artículo 19.2 ER es aplicable la Corte habrá debido de adoptar una decisión de admisibilidad. Esta asunción parte de la premisa de que el objeto del análisis de admisibilidad conforme a los artículos 18.2 y 19.2 ER es el mismo. Sin embargo, esta premisa dista mucho de ser correcta puesto que mientras el artículo 18.2 ER se refiere al análisis de la admisibilidad de situaciones de crisis para ver si se puede ir adelante o no con una investigación, el artículo 19.2 ER se refiere a la admisibilidad de los casos surgidos a raíz de la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. Lógicamente, siendo los objetos del análisis de admisibilidad distintos, las decisiones adoptadas conforme al artículo 18.2 ER no producen efecto alguno en relación con el análisis de la admisibilidad de casos que se practica de acuerdo con el artículo 19.2 ER.

247.La estructura del proceso penal ante la Corte está lejos de ser una cuestión pacífica dentro de la doctrina española. Ver a este respecto

ción de los hechos del caso que se extiende hasta la presentación por la Fiscalía del acta de acusación treinta días antes del inicio de la audiencia de confirmación de cargos²⁴⁸. A continuación se desarrolla la etapa intermedia de preparación y desarrollo de la audiencia de confirmación de cargos²⁴⁹. Una vez que los cargos han sido confirmados comienza la etapa de preparación y desarrollo del juicio oral²⁵⁰. Finalizado el juicio oral se desarrolla la apelación contra la sentencia o pena impuesta por la Sala de Primera Instancia²⁵¹. Finalmente, una vez que la sentencia se convierte en firme, se pasa a la fase de ejecución de sentencia²⁵².

A diferencia de los TPIY y TPIR, las potestades jurisdiccionales de la Corte no se limitan a investigar, enjuiciar, declarar la responsabilidad penal derivada del ER y ejecutar las sen-

inter alia ALONSO PÉREZ, F., *El Procedimiento ante la Corte Penal Internacional*, en Revista Española de Derecho Militar, Núm. 75, January-June 2000, p. 450; GARCÍA LABAJO, J.M., *Aspectos Procesales del Estatuto de la Corte Penal Internacional: El Juicio, los Recursos, la Cooperación Internacional y la Ejecución de las Penas*, en Revista Española de Derecho Militar, Núm. 75, January-June 2000, p. 473; LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ariel, 2001, p. 171; y GÓMEZ GUILLAMON, R., *La Instrucción (investigación) en la Corte Penal Internacional*, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, Vol. IV, 1999, pp. 257-284, p. 277.

248.Regla 121.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

249,Artículo 61 ER y reglas 121 y 122 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

250.Artículos 62 a 74 y 76 ER y reglas 131-148 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

251.Artículos 81 y 83 ER y reglas 150 y ss. de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

252.Artículos 103 a 111 y reglas 198 y ss de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

tencias que reflejen dicha responsabilidad. Por el contrario, el ER también atribuye a la Corte la potestad para declarar y realizar la responsabilidad civil derivada de: (a) la comisión de los delitos que sirven de base para una sentencia condenatoria; (b) un arresto o detención ilegal; (c) un error en la administración de justicia²⁵³. Como resultado, la regla 99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) permite a la SCP adoptar medidas cautelares de carácter real desde la emisión de una orden de arresto o comparecencia²⁵⁴. Asimismo, los artículos 75 y 76.3 prevén que las actuaciones civiles de reparación se tramiten bien paralelamente al desarrollo del juicio oral, bien tras su conclusión.

Como resultado de esta breve panorámica de las actuaciones procesales ante la Corte surge la pregunta de si el alcance

253. Artículos 75 y 85 ER. Ver a este respecto, DONAT-CATTIN, D., *Article 75. Reparations to Victims*, en *Commentary...*, Triffterer, O. (Coord.), pp. 966-968; STAKER, C., *Compensation to an Arrested or Convicted Person*, en *Commentary...*, Triffterer, O. (Coord.), p.1042; JORDA, C./DE HEMPTINNE, J., *The Status and Role of the Victim*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D. (Coords.), Oxford University Press, 2002, p. 1399; ZAPPALA, S. *Compensation to an Arrested or Convicted Person*, en *The Rome Statute...*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D. (Coords.), p. 1577; FRIMAN, H./LEWIS, P., *Reparations to Victims*, in *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 474-476; y BITTI, G., *Compensation to the Arrested or Convicted Person*, in *The International Criminal Court: Elements...*, pp. 623-625

254. FRIMAN, H./LEWIS, P., *Reparations...*, pp. 489-490.

255. Esta es la interpretación mayoritaria en el informe sobre cooperación estatal con la Corte e investigación presentado a la Fiscalía de la Corte por el grupo de expertos a finales del 2003 (disponible en http://www.iccpi.int/library/organs/otp/state_cooperation.pdf). Ver párrafos 23 y 25 a 29 de dicho informe.

de la obligación general de cooperación con la Corte prevista en el artículo 86 ER debe limitarse, de acuerdo con su literalidad, a la “investigación y enjuiciamiento”²⁵⁵. O si, por el contrario, debe interpretarse desde una perspectiva contextual y teleológica como extendiéndose al ejercicio por la Corte de cualquiera de sus potestades jurisdiccionales, incluyendo las relativas a la activación de su jurisdicción sobre una determinada situación de crisis, a la ejecución de sentencias y a la declaración y realización de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal²⁵⁶.

Esta última interpretación cuenta en su favor con varios factores. En primer lugar, la finalidad del sistema de cooperación del ER es permitir a la Corte ejercitar cualesquiera de sus funciones jurisdiccionales²⁵⁷. En segundo lugar, la propia parte IX del ER, en su artículo. 93.1 ER, recoge varias formas de cooperación que son más propias de las actuaciones de ejecución de sentencia y reparación que de las fases de investigación y enjuiciamiento²⁵⁸. Finalmente, existen ciertos preceptos en materia de adopción y ejecución de medidas cautelares

256. Esta interpretación se corresponderían con la llamada “interpretación amplia” que constituyó la posición minoritaria tal y como se refleja en el párrafo 24 del informe sobre cooperación estatal con la Corte e investigación presentado a la Fiscalía de la Corte por el grupo de expertos a finales del 2003 (disponible en http://www.icccpi.int/library/organs/otp/state_cooperation.pdf).

257. Como bien ha sido señalado a este respecto, el régimen de cooperación con la Corte es central en la efectividad de la Corte. Ver, KRESS, C./PROST, K./SCHLUNCK, A./WILKITZKI, P., *International Cooperation and Judicial Assistance*, in *Commentary...*, Trifferer, O.(Coord.), p. 1046.

258. Este es el caso por ejemplo del apartado 1(k) del artículo 93 ER que permite solicitar la cooperación de los Estados Partes a los efectos de “identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

de carácter real, en relación con las actuaciones de reparación que han sido elaboradas sobre la base de la obligación general de cooperación del artículo 86 y de las disposiciones de los artículos 93 y ss que la desarrollan²⁵⁹.

Por estas razones, cabe concluir que la interpretación del artículo 86 ER como aplicable en el ejercicio por la Corte de cualesquiera de sus potestades jurisdiccionales parece adaptarse mejor al sistema del ER.

II.1.3. Cooperación frente a remisión de situaciones e impugnación de jurisdicción o admisibilidad

Varias leyes nacionales de cooperación con la Corte, entre ellas la española²⁶⁰, regulan el régimen de cooperación y asistencia judicial conjuntamente con la remisión de situaciones de crisis²⁶¹ y la impugnación de la jurisdicción o la admisibilidad²⁶². Sin embargo, conviene distinguir la regulación de ambos regímenes a los efectos de diferenciar adecuadamente el órgano nacional competente para resolver sobre cada una de dichas materias.

Parece indudable que la decisión de remitir una situación de crisis a la Corte sobre la base de los artículos 13(a) y 14 ER puede afectar directamente a la política exterior del Estado

259. El ejemplo más claro en este sentido es la regla 99 RPP relativa al embargo de los bienes del imputado desde la emisión de una orden de arresto o comparecencia. Como veremos más adelante, este embargo deberá ser ejecutado por las autoridades nacionales de conformidad con el artículo 93.1(l) ER. Ver, FRIMAN, H./LEWIS, P., *Reparations...*, pp. 489-490.

260. Ver artículos 7 a 10 LOCCPI.

261. Artículo 13(a) y 14 ER.

262. Artículos 18.2 y 19.2 ER.

remitente. Por lo tanto, pareciera que el Gobierno, como reponsable último de la política exterior del Estado, debiera ser el órgano nacional competente para tomar la última decisión al respecto²⁶³. Por el contrario, no pareciera que hubiese lugar a la intervención del Gobierno en la resolución de cuestiones de carácter eminentemente técnico como las relativas a la ejecución de las solicitudes de cooperación y asistencia judicial de la Corte.

Menos clara se presenta la relación entre la impugnación de la admisibilidad de una situación objeto de investigación sobre la base del artículo 18.2 ER y la política exterior del Estado impugnante²⁶⁴. Dicha impugnación parte de la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales en relación con la criminalidad sistemática a gran escala ocurrida en la situación de crisis de que se trate. Con la misma se pretende resolver desde un primer momento cualquier posible concurrencia de jurisdicciones, mediante la alegación de la primacía formal de las jurisdicciones nacionales. Ahora bien, a pesar de su naturaleza eminentemente técnica, se podría encontrar un vínculo indirecto entre la utilización de la vía del artículo 18.2

263. Así se recoge en el artículo 7.1 LOCCPI. Igualmente, los proyectos de leyes de implementación del ER que actualmente se están tramitando en Argentina (artículo 24) y Uruguay (artículo 9.1(a)) siguen este modelo. Pareciera, sin embargo, al menos en lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, que el artículo 7.1 LOCCPI debería haber previsto el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial en lugar de preveer que la tramitación y resolución del expediente de remisión se llevará exclusivamente a cabo en el ámbito del Ejecutivo.

264. Terminológicamente el ER no utiliza la expresión impugnación sino que se refiere a la solicitud de inhibición de la Fiscalía de la Corte. En todo caso, hay que señalar que la Fiscalía no puede continuar con su investigación, a no ser que obtenga la previa autorización de la SCP tras la verificación de la admisibilidad de la situación de crisis de que se trate (artículo 18.2 *in fine* ER).

ER y la política exterior del Estado que recurre a la misma. Este vínculo sería la consecuencia de que en el momento procesal en que la vía del artículo 18.2 ER es aplicable, la investigación ha sido sólo provisionalmente iniciada y el objeto de las actuaciones son situaciones de crisis. Por lo tanto, la repercusión es mucho mayor que la producida a resultas de las impugnaciones del artículo 19.2 ER que tiene por objeto casos particulares²⁶⁵.

Finalmente, pareciera que las impugnaciones de jurisdicción o admisibilidad conforme al artículo 19.2 ER, que tienen un carácter puramente técnico a los efectos de resolver situaciones de concurrencia de jurisdicciones con respecto a un asunto determinado, no debieran afectar a la política exterior del Estado impugnante y, por tanto, debieran quedar al margen del Ejecutivo. En este sentido, pareciera que la solución más adecuada es la atribución de la competencia para plantear ante la Corte las impugnaciones del artículo 19.2 ER a los órganos jurisdiccionales nacionales, y en particular a un órgano jurisdiccional centralizado como la Audiencia Nacional

265. En este sentido, hay que señalar que el artículo 8 LOCCPI se construye sobre la afirmación del vínculo entre la utilización de la vía del artículo 18.2 ER y la política exterior española, en cuanto que deja en manos del Gobierno la decisión última sobre su utilización. Sin embargo, no se puede pasar por el alto el hecho de que los apartados segundo y tercero del artículo 8 LOCCPI obligan al Ejecutivo a sostener la jurisdicción española ante la Corte “cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado apareciera que se ha ejercido jurisdicción en España, se está ejerciendo o, como consecuencia de la información recibida se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas”. La solución adoptada en el artículo 8 LOCCPI ha sido también recogida en el artículo 25 del proyecto argentino de ley de implementación del ER. Por su parte el artículo 9.1 (b) del proyecto uruguayo de ley de implementación del ER parece atribuir una mayor discrecionalidad al Ejecutivo.

en España o el Tribunal Supremo en los Estados latino-americanos²⁶⁶.

En este sentido, es importante resaltar que, al margen del órgano competente para presentar las impugnaciones del artículo 19.2 ER, las leyes nacionales de cooperación con la Corte deben regular cuidadosamente las consecuencias para las actuaciones nacionales de las declaraciones de admisibilidad del caso pronunciadas por la Corte. Así, mientras las leyes aprobadas hasta el momento prevén la inhibición de los órganos jurisdiccionales nacionales y el envío de sus actuaciones a la Corte a resultas de una declaración de admisibilidad²⁶⁷, dichas legislaciones no abordan el problema de la posible existencia de resoluciones nacionales firmes con fuerza de cosa juzgada sobre el asunto de que se trate²⁶⁸. Este problema sólo

266.No ha sido, sin embargo, esta última la opción adoptada por el artículo 9 LOCCPI que deja en manos del Gobierno la decisión última sobre la presentación de impugnaciones de jurisdicción o admisibilidad conforme al artículo 19.2 ER y priva a los órganos del poder judicial de cualquier competencia en la materia.

267.Este es el caso por ejemplo del artículo 10 LOCCPI.

268.La LOCCPI no es una excepción en este sentido y tampoco aborda el problema de las resoluciones firmes de órganos jurisdiccionales españoles sobre los asuntos que hayan sido declarados admisibles por la Corte. Del mismo modo, tampoco se ha abordado este problema desde la perspectiva de una posible modificación del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder. Y esto a pesar de que desde hace tiempo se ha venido señalado que “parece mucho más adecuado la utilización del mecanismo de la nulidad previsto en los arts. 238 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En este sentido, creemos necesario añadir un quinto supuesto de nulidad de pleno derecho a los cuatro actualmente recogidos en el art. 238 LOPJ conforme al cual se declaren automáticamente nulas en el ordenamiento jurídico español aquellas resoluciones firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles que sean declaradas ineficaces por la CPI a los efectos del ER como consecuencia de la concurrencia de alguna de las circunstan-

puede resolverse mediante la anulación automática de las decisiones nacionales afectadas²⁶⁹. De otro modo, si no se produce esta anulación, es más que posible que el principio *ne bis in idem* impida al Estado afectado cumplir con futuras solicitudes de cooperación de la Corte, particularmente si este principio tiene un rango constitucional como es el caso de España²⁷⁰.

II.1.4. Canal de transmisión y órgano de relación con la Corte

El canal de transmisión de las solicitudes de cooperación de la Corte y el órgano nacional de relación con la misma son dos elementos claves en la eficacia del sistema de coopera-

cias previstas en el apartado 1(b) del art. 17 ER en relación con los apartados 2 y 3 de ese mismo artículo, y en el art. 17.1(c) ER en relación con el art. 20.3 ER” (OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional...*, pp. 225-226.

269. Idem.

270. Específicamente, con respecto al ordenamiento jurídico español, véanse, entre otras, las SSTC 119/1988, 231/ 1991, 142/1992, 23/ 1994, 57/1995, 106/1995 y 122/1996, de 8 de Julio, en las que se afirma que las garantías derivadas del principio *ne bis in idem* forman parte del derecho a tutela judicial efectiva reconocido en el apartado 1 del art 24 ER. Así, en la STC 106 /1995, de 3 de Julio, al establecer los límites de la aclaración de sentencias, señala: “La inmodificabilidad en lo sustancial de las resoluciones judiciales firmes- que garantiza a los que han sido partes en un proceso que las resoluciones judiciales firmes dictadas en el mismo no serán alteradas- integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. De modo que, si el órgano judicial, fuera del cauce correspondiente recurso, modificase una sentencia, vulneraría el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial, ya que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme”.

ción entre los Estados Partes y la Corte. La fórmula tradicional de transmisión de solicitudes, recogida en el artículo 87.1(a) ER, consiste en la vía diplomática. Existen, sin embargo, otras opciones que agilizarían la comunicación entre la Corte y los Estados Partes y, con ello, incrementarían la eficacia del sistema de cooperación recogido en el ER.

Una primera alternativa a la vía diplomática la encontramos en la comunicación directa entre la Corte y los llamados órganos nacionales de relación con la Corte. Estos últimos permiten una comunicación directa con la Corte al margen de las formalidades y consiguientes retrasos, característicos de la vía diplomática. La naturaleza del órgano nacional de relación con la Corte dependerá de las características particulares del Estado afectado, pudiendo asumir tales funciones desde el Ministerio de Asuntos Exteriores hasta el Ministerio de Justicia²⁷¹, pasan-

271.El artículo 6.1 LOCCPI se inclina por el modelo de órgano de relación con la Corte. Así, esta disposición establece que “el Ministerio de Justicia es el único órgano de relación entre la Corte, por un lado, y los órganos judiciales y Ministerio Fiscal, por otro, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores” (limitándose las competencias del Ministerio de Exteriores conforme al artículo 6.2 LOCCPI a realizar ciertas conductas directamente con la Corte cuando incluyan aspectos de política exterior). Se aleja, por tanto, el legislador español del modelo tradicional de la vía diplomática si bien no acaba de decidirse por un modelo que suponga una mayor integración como el previsto en relación con la orden europea de detención y entrega en la Ley Orgánica 3/2003 de 14 de marzo del 2003. En esta ley orgánica se prevé que sea la Audiencia Nacional, y no el Ministerio de Justicia, quien sirva como canal directo de comunicación. Además, el artículo 6.1 LOCCPI excluye también el modelo del doble canal de comunicación analizado más adelante puesto que configura al Ministerio de Justicia como el único órgano de relación entre la Corte por un lado y los órganos jurisdiccionales españoles y el Ministerio Fiscal por otro. No es, por tanto, de extrañar que, dado que la Corte conoce de los crímenes más graves para la Comunidad Internacional

do por organismos nacionales especializados en la resolución de las peticiones de extradición de terceros Estados²⁷².

La designación de un órgano nacional de relación con la Corte presenta importantes ventajas debido a que permite centralizar el desarrollo de las siguientes funciones: (a) la recepción de solicitudes de cooperación de la Corte y transmisión de los resultados de las diligencias practicadas en su ejecución por los órganos nacionales competentes; (b) el análisis preliminar de las solicitudes e identificación de posibles problemas, tales como: la insuficiencia de la documentación enviada²⁷³, la solicitud de actuaciones no permitidas por el derecho del Estado requerido²⁷⁴ o contrarias a algún principio de aplicación general en su ordenamiento jurídico²⁷⁵, la afectación de la seguridad nacional del Estado requerido²⁷⁶, la solicitud de documentos obtenidos por el Estado requerido a título confidencial²⁷⁷, la existencia de un posible conflicto con las actuaciones nacionales del Estado requerido²⁷⁸, la impug-

en su conjunto, algunos autores hayan afirmado que la LOCCPI podría haber acogido un modelo más favorable para la agilidad de las relaciones entre la Corte y España. Ver en este sentido, BUJOSA VADELL, *La Cooperación Procesal de los Estados con Corte Penal Internacional* (en prensa), sección 3.3.2.

272. Este es el caso del modelo suizo tal y como prevé el artículo 3 de la ley federal suiza de cooperación con la Corte Penal Internacional de 22 de junio del 2001.

273. Artículo 96 ER.

274. Artículos 93.1(l) y 99.1 ER.

275. Artículo 93.3 ER.

276. Artículos 72 y 93.4 ER.

277. Artículo 73 ER.

278. Artículo 94 ER.

nación de la admisibilidad de la causa²⁷⁹ o las inmunidades de terceros Estados²⁸⁰; (c) la celebración de consultas con la Corte a los efectos de encontrar fórmulas que permitan solventar los problemas identificados²⁸¹; y (d) la distribución de las solicitudes de cooperación de la Corte a los órganos nacionales competentes para su ejecución.

Una segunda alternativa a la vía diplomática consiste en la articulación de un sistema de comunicación directa entre la Corte y los órganos judiciales, fiscales o policiales que deben ser los competentes para practicar directamente las diligencias solicitadas o actúen como órganos centralizados en los efectos de recibir y tramitar las solicitudes de la Corte²⁸². Este sistema permitiría a la Corte entrar directamente en contacto con los órganos nacionales que van a ejecutar sus solicitudes de cooperación.

A pesar de las ventajas ofrecidas por esta segunda alternativa es conveniente, dada la distinta naturaleza de las diferentes solicitudes de cooperación previstas en el ER, que su adopción no se produjese en detrimento de la elección de un órgano nacional centralizado de relación con la Corte. Por lo que con ésta parece preferible el llamado sistema de doble vía de comunicación, conforme al cual se designaría un órgano nacional de relación encargado de recibir toda solicitud formal de cooperación de la Corte. Sin embargo, al mismo tiempo se

279. Artículo 95 ER.

280. Artículo 98 ER.

281. Artículo 97 ER.

282. Esta segunda alternativa se aproximaría al modelo adoptado por el legislador español en relación con las órdenes europeas de detención y entrega en la Ley Orgánica 3/2003 de 14 de marzo del 2003.

establecería un sistema informal de comunicación entre la Corte y los órganos judiciales, fiscales y policiales nacionales, competentes para practicar las diligencias solicitadas por la Corte que permitiera agilizar en la medida de lo posible la ejecución de las solicitudes de cooperación de la misma, particularmente en casos de urgencia²⁸³.

Este sistema de doble comunicación entre la Corte y las autoridades nacionales puede ser particularmente útil si tenemos en cuenta que, salvo en las circunstancias excepcionales de los artículos 57.3(d) y 99.4 ER, toda diligencia de investigación, independientemente de su carácter coercitivo o no, que la Fiscalía de la Corte desee practicar fuera de la Sede de la Corte debe tramitarse a través del sistema de cooperación entre la Corte y el Estado de que se trate²⁸⁴.

Finalmente, es importante apuntar que, cualquiera que sea el canal de comunicación y el órgano de relación con la Corte elegido por los Estados, las leyes nacionales de cooperación deberían dejar abierta la posibilidad de que sus solicitudes, particularmente aquellas relacionadas con la detención y entrega del imputado, puedan transmitirse por medio de organismos internacionales especializados como Europol²⁸⁵.

283. Este modelo ha sido en cierta medida incorporado en el artículo 627-1 de la ley francesa de cooperación con la Corte Penal Internacional, ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002, que permite la transmisión en casos de urgencia de las solicitudes de cooperación directamente al fiscal jefe de la Fiscalía de París.

284. Artículos 54.2(a), 93.1 and 99.1 ER.

285. Ver, por ejemplo, el artículo 10.3(a) de la ley federal suiza de cooperación con la Corte Penal Internacional de 22 de junio del 2001.

II.1.5. Cooperación en materia penal

El sistema de cooperación con la Corte, previsto en el ER, parte de la distinción entre solicitudes de detención y entrega, o de detención provisional, previstas en los artículos 89 a 92 ER, y las solicitudes de otras formas de cooperación recogidas en los artículos 93 y ss ER²⁸⁶.

Las leyes nacionales de cooperación con la Corte, en materia de ejecución de solicitudes de detención y entrega, deben prestar particular atención al esquema competencial previsto en el ER con respecto a la solicitud de detención y entrega²⁸⁷. Así, es la propia Secretaría, en cuanto que órgano encargado de transmitir las solicitudes de cooperación de las Salas de la Corte²⁸⁸, quien es competente²⁸⁹ para solicitar al

286.SWART, B., *General Problems, en the Rome Statute...*, Cassese, A./ Gaeta, P./Jones, R.W.D. (Coords.), pp. 1594-1598.

287.No parece, sin embargo, que este esquema competencial haya sido debidamente tenido en consideración por el artículo 15.1 LOCCPI cuando señala que a la audiencia ante el Juzgado Central de Instrucción donde se va a dirimir la cuestión de la entrega del detenido “podrá asistir e intervenir un delegado del Fiscal a la Corte”. Sin duda, esta disposición tiene sus fundamentos en la regla 55 (F) de las reglas de procedimiento y prueba del TPIY que permiten la presencia de un miembro de la Fiscalía en el momento de la ejecución de la orden de detención por las autoridades nacionales o de un organismo internacional competente a tal efecto. Sin embargo, el legislador español parece no haber tenido en cuenta las características particulares del sistema del ER en materia de detención y entrega, y las particulares competencias atribuidas a la SCP por los artículos. 58.5, 59.5, 89.2 y 117 ER.

288.Regla 176.2 RPP.

289.Este mismo esquema competencial es el previsto en la regla 55 (D) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, si bien esta última disposición permite la modificación de este esquema competencial mediante orden del juez o Sala en cuestión.

Estado requerido la detención y entrega de la persona detenida²⁹⁰. La razón de este esquema competencial se deriva en gran medida de las particulares funciones que el ER y las RPP atribuyen a la SCP durante la ejecución de las solicitudes de detención y entrega, incluyendo: (a) las consultas con las autoridades nacionales tanto en materia de libertad provisional de la persona detenida, pendiente su entrega a la Corte, como de admisibilidad del caso de que se trate²⁹¹; y (b) el nombramiento del abogado defensor a los efectos de las actuaciones que pueden desarrollarse ante la Corte, paralelamente a la tramitación a nivel nacional del procedimiento de entrega a la Corte²⁹².

Un punto crítico en materia de detención y entrega es la inmediata provisión de adecuada información al detenido con respecto a sus derechos tanto en relación con el procedimiento de entrega a nivel nacional como en relación con las actuaciones simultáneas que pueden desarrollarse ante la Corte²⁹³. En otras palabras, el ER exige que la persona detenida sea puesta inmediatamente en conocimiento de la posibilidad de solicitar a la SCP el nombramiento del abogado para que al mismo tiempo que se tramita el procedimiento de entrega a

290. Otra cosa es que la futura jurisprudencia de la Corte realice una interpretación extensiva del término "Corte" previsto en el artículo 58.5 ER de manera que la SCP, a instancia de la Fiscalía y cuando las circunstancias así lo exijan, pueda autorizar a esta última para que solicite directamente a las autoridades del Estado requerido la detención y entrega.

291. Artículos 59.5 y 89.2 ER, y regla 117 RPP.

292. Regla 117.2 RPP.

293. Artículo 55.2(c) ER *juncto* regla 117.2 RPP. Ver en este sentido, FRIMAN, H. *Investigation and Prosecution in The International Criminal Court: Elements...*, Lee, R.S. (Ed.), Transnational Publishers, 2001, p. 516.

nivel nacional pueda, si así lo estima oportuno, impugnar ante la Corte la admisibilidad de la causa²⁹⁴ o incluso la misma orden de arresto que justifica la solicitud de detención y entrega²⁹⁵.

Este sistema de actuaciones simultáneas en la Corte y en el Estado requerido tiene su origen en la aparente limitación de los motivos de oposición a la entrega operada por el artículo 89 ER²⁹⁶, que impide la impugnación de la orden de arresto ante los órganos jurisdiccionales del Estado requerido y sólo admite la revisión por estos últimos de: (a) la correspondencia entre la persona detenida y aquella a la que se refiere la orden de arresto; (b) el respeto de los derechos del detenido previstos en la normativa interna del Estado requerido durante el proceso de detención; (c) la existencia o no de una resolución nacional firme con fuerza de cosa juzgada (sentencia o auto de sobreseimiento libre) en relación con la persona detenida por los mismos hechos contenidos en la orden de arresto de la Corte²⁹⁷; y (d) la remisión por la Corte de todos los documentos que conforme al ER debe contener toda solicitud de detención y entrega²⁹⁸. De esta manera, no pudiendo la persona detenida impugnar la orden de arresto ante las autoridades nacionales, sí puede, sin embargo, impugnarla ante la Corte

294. Artículo 19.2 ER.

295. Regla 117.3 RPP.

296. En desarrollo de esta disposición, el preámbulo de la LOCCPI señala que “en orden a la entrega a la Corte, la característica principal es la limitación de los motivos de denegación de la solicitud, apartándose de los modelos clásicos en materia de extradición, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, pueda efectuar la Corte”.

297. Artículo 89.2 ER.

298. Artículo 91.4 ER.

con el fin de obtener su revocación antes de que el procedimiento nacional de entrega sea resuelto²⁹⁹.

En cuanto a la solicitud de otras formas de cooperación, distintas de la detención y de la entrega, es importante señalar que tanto los Estados como los distintos órganos de la Corte deben prestar particular atención a que el marco legal de cooperación sea compatible con el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas. En este sentido, no se puede olvidar que el artículo 54.3(d) ER permite a la Fiscalía de la Corte y a los Estados adoptar protocolos específicos de cooperación a los efectos y facilitar el desarrollo por la Fiscalía de sus funciones, particularmente aquellas que se desarrollan durante la fase de investigación de una situación. Ahora bien, estos protocolos deberían circunscribirse a las particularidades de las funciones que debe desempeñar la Fiscalía y, por tanto, evitar la introducción de nuevos marcos generales de cooperación que, al no poder ser utilizados por la defensa ni por las Salas de la Corte, pudieran situar a la defensa en una situación de desventaja práctica en la preparación de la audiencia de confirmación de cargos y del juicio oral que no fuese aceptable desde la perspectiva del principio de igualdad de armas entre las partes.

Asimismo es importante que las legislaciones nacionales de cooperación con la Corte recojan, con la mayor extensión posible, el principio de que las solicitudes de cooperación de la Corte se ejecutarán de la manera prevista en las mismas y con la presencia de los representantes de la parte solici-

299. En el mismo sentido, FRIMAN, H., *Investigation...*, p. 516.

300. Ya sea la Fiscalía, ya sea la defensa a través de la Sala competente. Ver PROST, K./SCHLUNCK, A., *Article 99. Execution of Requests under Articles 93 and 96*, in *Commentary...*, Triffterer, O. (Coord.), p. 1138.

te³⁰⁰. Esto puede suponer, por ejemplo, que haya que adaptar la información que los órganos nacionales normalmente facilitan a los testigos antes de tomarles declaración a los efectos de incluir todos los derechos atribuidos a los mismos por los artículos 55.1 y 72.2 ER y las reglas 74 y 75 RPP³⁰¹. La razón de esta adaptación no es otra que la preservación de la admisibilidad en el proceso ante la Corte de los elementos de prueba, adquiridos a través de la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte; preocupación que debe guiar toda solicitud de cooperación ya sea emitida por la Secretaría a instancia de las Salas o por la Fiscalía. Esta adaptación, sin embargo, encuentra sus límites dentro de lo que es posible, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional de que se trate, puesto que el art. 99.1 ER no impone a los Estados Partes la obligación de modificar su propio ordenamiento interno a los efectos de practicar las solicitudes de cooperación de la manera solicitada por la Corte³⁰².

Asimismo, es importante apuntar los problemas que pueden derivarse de que las órdenes limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por la Corte, limiten aquellos de manera que no sean compatibles con la jurisprudencia constitucional de los Estados requeridos. En estos casos, la existencia de un principio de derecho de aplicación general en el ordenamiento jurídico interno impedirá probablemente la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte³⁰³. Para evi-

301. Entre estos derechos se pueden mencionar el derecho a ser asistido por un traductor, a derecho a no auto-incriminarse, el derecho a no incriminar a ciertos familiares y el derecho a guardar silencio por razones de seguridad nacional. Esta medida puede encontrarse, por ejemplo, en el artículo 34 de la ley federal suiza de cooperación con la Corte Penal Internacional de 22 de junio del 2001.

302. PROST, K./SCHLUNCK, A., *Article 99...*, p. 1137.

303. Art. 93.3 ER.

tar esta situación es necesario un mecanismo ágil y expedito de consultas entre las Salas de la Corte y los Estados requeridos a los efectos de que las órdenes limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por aquéllas se ajusten a las exigencias de las garantías constitucionales contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales de estos últimos³⁰⁴.

Indudablemente, y en tanto que el sistema de cooperación con la Corte constituye la piedra angular de su eficacia, particularmente durante la fase de investigación de una situación, la eficacia de la actuación de la Corte se vería claramente reforzada a resultas de la adopción unilateral por los Estados Partes de obligaciones de cooperación con la Corte que van más allá del sistema de cooperación previsto en el ER y en las RPP.

Entre estas medidas, se destaca la celebración con la Corte de acuerdos para la instalación de oficinas de campo en el propio territorio de los Estados afectados. Sin embargo, existen otras muchas medidas que favorecerían, sin duda, la eficacia de actuación de la Corte. Entre ellas cabe señalar la autorización a la Corte para que las partes practiquen medidas de carácter no coercitivo directamente en el territorio de los Estados afectados y sin presencia de las autoridades nacionales. Esta autorización podría estar supeditada a la comunicación *a priori* o *a posteriori*, a las autoridades nacionales sobre su práctica. De esta manera, lo que actualmente constituye una regla excepcional conforme a los artículos 57.3(d) y 99.4 ER se convertiría en regla general, facilitando así el desarrollo de las miles de diligencias de investigación que han de desa-

304. PROST, K./SCHLUNCK, A., *Article 97. Consultations*, en *Commentary...*, Triffterer, O. (Coord.), p. 1129.

rollarse en el contexto de crímenes de la sistematicidad y escala de los previstos en el ER³⁰⁵.

Una tercera medida, particularmente relevante en relación con la práctica de diligencias de investigación de naturaleza coercitiva, consistiría en la modificación *ad hoc* de los procedimientos nacionales a efectos de salvaguardar la admisibilidad de los elementos de prueba en el proceso ante la Corte. Esta medida iría, sin duda, más allá de la mera adaptación requerida por el art. 99.1 ER ya que implicaría una modificación del ordenamiento jurídico interno del Estado requerido³⁰⁶.

II.1.6. Cooperación en relación con las actuaciones de reparación

Poca atención se ha prestado hasta el momento a las cuestiones de cooperación en materia civil, y particularmente en relación con las actuaciones de reparación. En este sentido, es importante distinguir entre la cooperación en relación con la ejecución de las penas de multa y de activos derivados del delito, y la cooperación en materia de ejecución de órdenes de reparación y de medidas cautelares de carácter real que aseguren la existencia de bienes del imputado con los que ejecuta dichas órdenes. La primera constituye una modalidad más de cooperación en materia penal regida por los artículos 57.3 (e), 93.1 (k) y 109 ER. Por el contrario, la segunda constituye una modalidad de cooperación en el marco de las actuaciones civiles de reparación que, como ya hemos señalado, pue-

305.CIAMPI, A., *Other Forms of Cooperation*, en *The Rome Statute...*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D. (Coords.), p. 1737.

306.PROST, K./SCHLUNCK, A., *Article 99...*, p. 1137.

den sustanciarse conjuntamente con las actuaciones penales o tras su conclusión.

Sobre la base de esta distinción, hay que señalar que el artículo 75 ER remite expresamente al artículo 109 ER a los efectos de la ejecución de órdenes de reparación³⁰⁷. Por su parte, la regla 99 RPP refiere al artículo 57.3 (e) ER en relación con la adopción desde el momento de la emisión de una orden de arresto o comparecencia de medidas cautelares de carácter real, dirigidas a asegurar la existencia de bienes del imputado con los que hacer frente a futuras órdenes de reparación³⁰⁸. Finalmente, la inexistencia de norma alguna que remita al artículo 93.1(k) ER hace que se tenga que recurrir al artículo 99.1(l) ER a los efectos de implementar cualquier medida cautelar adoptada conforme al artículo 57.3(e) ER³⁰⁹.

De particular relevancia es la cuestión relativa al tratamiento de las alegaciones de terceros de buena fe, con respecto a los bienes del imputado que hayan sido embargados para efectos de garantizar la ejecución de futuras órdenes de reparación. Esta cuestión debe ser analizada teniendo en cuenta que estas alegaciones deberán ser resueltas de conformidad con el derecho interno del Estado que haya efectuado el embargo, y normalmente será en su territorio donde se encuentran los bienes

307.DONAT-CATTIN, D., *Article 75...*, p. 976.

308.FRIMAN, H./LEWIS, P., *Reparations...*, p. 489.

309.En principio esto no debería suponer obstáculo alguno para la ejecución de las solicitudes de cooperación relativas al embargo de los bienes del imputado en tanto las mismas no estén prohibidas por el derecho interno del Estado requerido. Ahora bien, el recurso al artículo 99.1(l) ER, en lugar de al artículo 99.1(k) ER, parece indirectamente reforzar la posición de terceros de buena fe así como el posible tratamiento de sus alegaciones como un problema de ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte.

embargados. Sobre esta premisa, la jurisprudencia de la Corte tendrá que decidir si las alegaciones de los terceros de buena fe afectados por el embargo han de tratarse como una cuestión sustantiva que pudiera afectar al fundamento jurídico, de la adopción de la medida cautelar. O si, por el contrario, han de tratarse como un problema de ejecución de ciertas solicitudes de cooperación de la Corte. En el primer caso, correspondería a la Corte la resolución de dichas alegaciones; mientras que en el segundo supuesto, serían las autoridades nacionales quienes deberían resolver sobre las alegaciones de terceros de buena fe, indicando a la Corte si a raíz de tales alegaciones se ha presentado algún problema en relación con la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte relativas al embargo de los bienes del imputado.

Ambos sistemas presentan ventajas e inconvenientes. El tratamiento de las alegaciones de terceros de buena fe, como una cuestión sustantiva que debe ser resuelta conforme al derecho interno del Estado requerido, puede llevar a la Corte a tener que dedicar una parte importante de sus recursos a la resolución de complejas disputas de carácter civil, conforme a un régimen jurídico con el que no se encuentra familiarizada. Por otra parte, el tratamiento de las alegaciones de terceros de buena fe, como una cuestión de cooperación puede dejar la decisión última sobre la procedencia del embargo de los bienes del imputado en manos de órganos jurisdiccionales nacionales que pueden no gozar de la imparcialidad necesaria, particularmente cuando se trate de los tribunales del Estado de nacionalidad del sujeto en cuestión, en cuyo territorio se hayan producido situaciones de criminalidad sistemática o a gran escala.

En definitiva, tendrá que ser la jurisprudencia de la Corte la que finalmente dirima esta cuestión. Ello dependerá en gran

medida de que las órdenes de embargo se dicten en relación con bienes concretos, en cuyo caso las alegaciones de terceros afectarán al fundamento mismo de dichas ordenes, o en relación con la generalidad de bienes del imputado. Mientras tanto, se puede apreciar cómo las propias leyes nacionales de cooperación con la Corte han comenzado a tomar partido. Así, mientras el modelo suizo opta por tratar las alegaciones de terceros de buena fe como un problema de cooperación³¹⁰, el modelo francés opta por atribuirles una naturaleza sustantiva y dejar su resolución a la Sala competente de la Corte³¹¹.

II.1.7. Conclusión

En el momento en que se escriben estas líneas las investigaciones de las situaciones de crisis, acaecidas en el territorio de la República Democrática del Congo y norte de Uganda desde el 1 de julio del 2002, están en pleno desarrollo. Se trata, por tanto, de la primera oportunidad en que se podrá analizar desde un punto de vista práctico la eficacia y limitaciones del sistema de cooperación previsto en el ER. Asimismo, las investigaciones en República Democrática del Congo y Uganda permitirán valorar, más concretamente, los beneficios derivados de la adopción unilateral por los Estados afectados de ciertas obligaciones adicionales a aquéllas recogidas en el ER³¹².

310.Ver artículos 42 a 52 de la ley federal suiza de cooperación con la Corte Penal Internacional de 20 de junio de 2001.

311.Ver artículo 627-16 de la ley francesa de cooperación con la Corte Pena Internacional, ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002.

Ahora bien, antes de asumir cualquier tipo de obligación adicional no expresamente prevista en el ER, los Estados Partes deberían centrarse en la aprobación de leyes de coopeación con la Corte que implementen en toda su extensión el sistema de cooperación recogido en ER. Este paso ya ha sido acogido por el legislador español mediante la adopción de una LOCCPI que provoca sentimientos encontrados. Así, si bien es cierto que limita expresamente los motivos de oposición a la entrega³¹³, elimina la fase gubernativa de la extradición³¹⁴ e introduce ciertas obligaciones adicionales, particularmente en materia de ejecución de sentencia³¹⁵; no es menos cierto que utiliza el principio de complementariedad para limitar procesalmente el ejercicio de jurisdicción por los tribunales españoles, con base en el principio de jurisdicción universal³¹⁶ y se olvida de la importantísima

312. Téngase en cuenta en este sentido que el 6 de octubre del 2004 la Fiscalía de la Corte y la República Democrática del Congo concluyeron un acuerdo de cooperación sobre la base del artículo 54.3(d) ER.

313. Preámbulo LOCCPI y artículo 15.1 and 2 LOCCPI.

314. Artículo 15.5 LOCCPI.

315. Así, por ejemplo, el artículo 22.1 LOCCPI impone al Ministerio de Justicia la obligación de comunicar a la Corte las razones que impiden la aceptación del traslado a un centro penitenciario español de un condenado a pena privativa de libertad. Esta obligación de especificar las razones que impiden la aceptación del traslado no aparece recogida ni en el art. 93 ER ni en la regla 205 RPP.

316. Sólo así se puede calificar el mandato de abstención a todo órgano judicial, Ministerio Fiscal y departamento ministerial en relación con toda denuncia, querrela o solicitud presentada ante un departamento ministerial que se refiera a hechos cometidos por no nacionales fuera del territorio nacional que parezcan constituir un delito sobre el que la Corte tiene jurisdicción (artículo 7.2 LOCCPI). El hecho de que se permita a estos órganos adoptar las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia (artículo 7.2 LOCCPI), se les imponga la obligación de informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir al Fiscal de la Corte conforme al artículo 15.1 ER (artículo 7.2 LOCCPI) y se permita volver a presentar

distinción entre situaciones y casos como objeto de las actuaciones ante la Corte³¹⁷.

la denuncia, querrela o solicitud ante los órganos españoles competentes una vez que el Fiscal de la Corte haya decidido rechazar la apertura de la investigación (artículo 7.3 LOCCPI) no hace sino atenuar los perniciosos efectos de esta disposición. En definitiva, el legislador español ha optado por redefinir al principio de jurisdicción universal como un instrumento complementario de la acción de la Corte, en lugar de ser fiel al principio de complementariedad de la Corte (artículos 1, 17 y 20.3 ER) que define a esta última como un instrumento complementario de los instrumentos nacionales e internacionales existentes, incluido el principio de jurisdicción universal, en la lucha contra la impunidad de los autores de los delitos más graves para la Comunidad Internacional. Así se puede afirmar que el legislador español ha realizado su particular interpretación a la inversa del principio de complementariedad. En el mismo sentido veáanse inter alia BUJOSA VADELL. *La Cooperación Procesal...*, Section 2.5. POZO SERRANO, P. “Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un balance provisional”, *Anuario de Derecho Internacional*. Vol. XIX. (2003); p. 345; PUEYO LOSA, J. “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”. En: *Cooperación jurídica internacional*. (Ed. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J.R. REMACHA Y TEJADA). Madrid. (2001). p. 145; y OLÁSOLO, H., *Spain*, en Lattanzi, F./ Kress, K., *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II; International Cooperation and Judicial Assistance: Nomos/Il Sirente* (en prensa), Sección II. En sentido contrario, ver inter alia SÁNCHEZ EGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004, p. 394; y LATTANZI, F. *Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des états*, in *Revue Générale de Droit International Public RGDIP*, t. 103, 1999, 2, pp. 430-431.

317. Ver lo dicho en anteriores secciones sobre las razones alegadas por el legislador español, para justificar la discrecionalidad atribuida al Gobierno por el art. 9 LOCCPI, para decidir sobre la impugnación de la jurisdicción o la admisibilidad conforme al artículo 19.2 ER.

II.2. Reflexiones sobre la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales de cooperación con la Corte al Marco Procesal del Estatuto de Roma³¹⁸

II.2.1. Introducción

A pesar de que han pasado ya más de ocho años desde la aprobación del ER y más de cuatro desde su entrada en vigor, los legisladores nacionales continúan teniendo problemas para ajustar sus propuestas legislativas a la realidad procesal del ER. Cuestiones tan importantes como la distinción entre situaciones y casos continúan pasando desapercibidas para el legislador nacional, lo que es probable que conduzca a numerosos problemas en la aplicación interna de las leyes nacionales de cooperación con la Corte Penal Internacional (“CPI” o “Corte”), particularmente en lo que se refiere a: (i) la remisión por las autoridades nacionales de situaciones de crisis (arts. 13(a) y 14 ER) y de comunicaciones (arts. 15(1) ER) a la CPI; (ii) la solicitud de inhibición de la Corte (art. 18 (2) ER) y el planteamiento del incidente de admisibilidad (art. 19 (2) ER) a resultas de las actuaciones desarrolladas a nivel nacional en relación con la situación o el caso objeto de la actividad de la Corte; y (iii) la eficacia en el ordenamiento jurídico interno de las declaraciones de la admisibilidad de situaciones y de casos por la Corte.

318.Publicado en *Casación Penal*. Buenos Aires (Argentina). Vol. 5 2006; pp. 469-510.

Por ello parece más necesario que nunca atraer la atención de los legisladores nacionales sobre las dificultades que pueden plantear en un futuro los desajustes procesales entre el ER y las legislaciones nacionales de cooperación con la CPI. Para ello, con base en la más reciente jurisprudencia de la Corte, el artículo comienza por revisar el marco procesal del ER y la regulación en el mismo de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, a la luz de la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte. Sólo una vez acometida esta primera tarea, el artículo analiza los problemas presentados por la actual regulación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (“LOCCPI”). A través del recurso a la legislación española de cooperación con la Corte, el artículo pretende desgranar los problemas que en las áreas, arriba mencionadas, se derivan de una regulación que no ha tomado como punto de partida la realidad procesal del ER.

II.2.2. El marco procesal del Estatuto de Roma. Especial referencia al llamado proceso de activación y a la distinción entre situaciones de crisis y casos como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte

Los parámetros personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia (“TPIY”) y Ruanda (“TPIR”) han sido precisamente definidos por el órgano político que los creó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En realidad, debido a que ambos Tribunales han sido creados para conocer de los delitos cometidos en específicas “situaciones” de crisis, han sido caracterizados como tribunales *ad hoc*. Por el

contrario, los Estados Partes del ER no han definido con el mismo grado de precisión la jurisdicción de la Corte. La CPI es definida en los arts. 1, 5, 11 y 12 ER como una institución permanente que podría ejercitar su jurisdicción sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, cometidos en “situaciones” de crisis³¹⁹ que tengan lugar después de la entrada en vigor del ER en el territorio: (i) de un Estado Parte; o (ii) de cualquier Estado, si los delitos han sido presuntamente cometidos por los nacionales de un Estado Parte, o si la CPI actúa a instancia del Consejo de Seguridad.

Esta importante distinción entre los tribunales *ad hoc* y la CPI - junto con el hecho de que los Estados Partes, teniendo en cuenta la importancia de las funciones atribuidas por el ER a la Fiscalía y temerosos de su acumulación en manos de su jefe superior y representante (el Fiscal de la CPI)³²⁰, decidieron introducir ciertas salvaguardias contra la iniciación de investigaciones penales políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder que aquél pudiera cometer³²¹ -, son las cau-

319. El ER utiliza el término “situacion(es)”, frente a los términos “caso(s)”, “causa(s)” or “asunto(s)” en los arts. 13(a) y (b), 14 (1), 15 (5) y (6), 18 (1), y 19 (3)).

320. *Bergsmo, M./Harhoff, F.* Article 42. The Office of the Prosecutor. En: *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Thriftier, O. (Coord.). Nomos, Baden-Baden 1999; pp. 627-636, p. 631.

321. Como FERNÁNDEZ de GURMENDI, S.A. The Role of the International Prosecutor. En: *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Lee, R. (Coord.), Ed. Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999. pp. 175-188, p. 181, ha afirmado: “Those who argue against granting *proprio motu* powers to the Prosecutor feared an overzealous or politically motivated prosecutor targeting, unfairly or in bad faith, highly sensitive political situations. Sometimes [the I.C.C. Prosecutor] was feared as a ‘lone ranger running wild’ around the world with excessive powers”. Las salvaguardas más importantes introducidas por los Estados Partes

sas principales de que los Estados Partes finalmente atribuyeran a la CPI el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del ER (que conforma la llamada dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte³²²) en un estado latente (fenómeno que ha sido referido como “jurisdicción abstracta”³²³).

De esta manera, la Corte no puede ejercitar el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del ER, hasta que el mismo no haya sido previamente activado en relación con una determinada situación de crisis. En este sentido, hay que señalar que el ER recoge la expresión “situación” en sus arts. 13(a) y (b), 14(1), 15(5) y (6), 18(1), y 19(3) ER. Esta expresión se refiere a situaciones excepcionales, que no estructurales, definidas en abstracto por parámetros temporales, territoriales y/o personales³²⁴, que rompen con el devenir normal de los acontecimientos.

contra la iniciación de investigaciones penales, políticamente motivadas a resultas de potenciales abusos de poder por el Fiscal de la Corte, son las siguientes: a) la distinción entre “situaciones” y “casos” como objeto, respectivamente, de los procesos de activación y penal; b) los mecanismos de control por la SCP y, en su caso, por la SA del ejercicio por la Fiscalía de sus funciones jurisdiccionales de satisfacción de la pretensión y resistencia de activación, previstos en el art. 53(3) ER; y c) la configuración de la Fiscalía como parte activa no decisora en las actuaciones de activación, cuando éstas no son iniciadas por el Consejo de Seguridad o un Estado Parte.

322. *Olásolo, H.* Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 128.

323. *Olásolo, H.* The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor. En: *International Criminal Law Review*. Vol. 5, pp. 121 y ss, p. 123.

324. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6 (“Decisión de la SCP I sobre la participación de las víctimas en la fase investigación”).

tecimientos, por ejemplo, los conflictos bélicos que asolaron los territorios de la ex – Yugoslavia y Sierra Leona a partir de 1991; o las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se produjeron en el territorio de Ruanda y de sus Estados fronterizos a partir del 6 de Abril de 1994 y hasta principios de julio de ese mismo año; o en el territorio Timor Oriental durante los 30 días siguientes a la celebración del referéndum sobre la independencia de la región el 30 de Agosto de 1999. Por lo tanto, es perfectamente distinguible de las expresiones “caso”, “causa” o “asunto”³²⁵ que hacen referencia a hechos concretos presuntamente constitutivos de uno o más delitos recogidos en el ER, como el ataque de las fuerzas bosnio-croatas contra las aldeas de mayoría bosnio-musulmana ubicadas en el valle del río Lasva, en Bosnia Central, entre el 16 y el 20 de abril de 1993; o los abusos contra la población civil realizados por miembros del Frente Unido Revolucionario, durante la toma de Freetown el 1 de enero de 1999.

Además, al mismo tiempo los Estados Partes establecieron los siguientes presupuestos para la activación de la dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis³²⁶:

- a) La inclusión de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de que se trate dentro de los ámbitos personal, temporal y territorial de la jurisdicción latente de la Corte.

de una situación”), emitida por la SCP I el 17 de enero de 2006 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf), párrafos 65-66.

325.Idem. La expresión “caso”, “causa” o “asunto” se recoge, *inter alia*, en los arts. 15(4), 17(1) y (2), 19(1) y (2) y 53(1)(b) ER.

326.OLÁSOLO, H., op. cit., p.107.

- b) La existencia de un fundamento razonable, para creer que en la situación de que se trate se han cometido delitos previstos en el ER.
- c) La inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate (admisibilidad de la situación).
- d) La ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad conforme al art. 16 ER, para que la jurisdicción abstracta de la Corte no sea activada con respecto a la situación de que se trate.
- e) La suficiente gravedad de los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate.
- f) La inexistencia de motivos substanciales para creer que, a pesar de la gravedad de los delitos y de los intereses de las víctimas, la activación de la jurisdicción latente de la Corte sobre la situación de que se trate no redundaría en interés de la justicia.

De esta manera, sólo una vez que la jurisdicción latente de la Corte haya sido activada con respecto a una determinada situación mediante la decisión de iniciar³²⁷, o de autorizar³²⁸, su investigación, la Corte podrá ejercitar su poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual que, conforme al ER, haya surgido dentro de los parámetros personales, territoriales y temporales que definan dicha situación.

327.Art. 53(1) ER.

328.Arts. 15(4) y 18(2) ER.

A estos efectos, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53(1), (3) y (4) ER han establecido, a diferencia de los estatutos de los TPIY/R, un proceso de activación dirigido a: (i) determinar si se cumplen los seis presupuestos, arriba mencionados, para la activación de la dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis; y (ii) definir, en su caso, los ámbitos personal, territorial y temporal que definen dichas situaciones³²⁹. Este proceso de activación comienza: (i) con la remisión por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de una situación de crisis a la Fiscalía de la Corte (arts. 13(a) y (b) y 14 ER) a los efectos de que esta última decreta el inicio de una investigación sobre dicha situación; o (ii) mediante la solicitud de la Fiscalía de la Corte (art. 15(3) ER) para que la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”) autorice la apertura de una investigación sobre una situación de crisis en relación con la cual la Fiscalía ha recibido denuncias (cualquier persona física o jurídica puede denunciar la comisión de delitos previstos en el ER conforme a lo dispuesto en los arts. 13 (b) y 15(1) ER). Además, el proceso de activación se caracteriza porque tiene un carácter autónomo, previo y necesario frente al proceso penal ante la Corte, de manera que su objeto (situaciones de crisis en lugar de casos), sus partes y su procedimiento son perfectamente distinguibles de los que configuran el proceso penal ante la Corte³³⁰.

Una vez que se activa la jurisdicción latente de la CPI con respecto a una determinada situación de crisis, la Fiscalía,

329.OLÁSOLO, H. *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. pp. 39-47.

330.OLÁSOLO, H. *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, p. 117.

bajo la supervisión de la SCP³³¹, tiene la obligación de proceder, conforme a lo previsto en el art. 54 (1) ER, a la investigación exhaustiva de los delitos cometidos en la situación de que se trate³³² a los efectos de determinar quiénes son los responsables últimos de dichos delitos. Durante esta fase de investigación de una situación, que sigue al proceso de activación y precede al proceso penal propiamente dicho, la Fiscalía es el órgano principalmente responsable de la práctica de aquellas diligencias de investigación que sean necesarias para el descubrimiento de los delitos y la identificación de los presuntos responsables³³³. Así, desde la perspectiva del proceso penal ante la Corte, se puede afirmar que la fase de investigación de una situación tiene una naturaleza preprocesal. Por ello, esta fase puede, de alguna manera, ser asimilada a las diligencias preliminares que desarrolla la Fiscalía española en el procedimiento abreviado conforme al art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente cuando, como en los primeros tiempos de aplicación de esta disposición, la solicitud de adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales no implicaba la incoación automática de diligencias previas por el juez de instrucción competente.

331. Ver a este respecto, *FOURMY, O.*, Powers of the Pre Trial Chambers. En: *Cassese, A/Gaeta, P./Jones, R.W.D.*, (eds.), *The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, (2001), pp. 1207-1230, 1229.

332. Arts. 54 y ss ER. Ver también, Decision to Hold Consultation under Rule 114, Pre Trial Chamber I, ICC-01/04, public redacted version, de 21 de abril de 2005. Disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_01-04_19_e.pdf

333. Art. 54 ER.

Durante la fase de investigación de una situación la SCP actúa como un órgano supervisor³³⁴ en relación con la protección de las víctimas y de los potenciales testigos³³⁵, la preservación de los elementos de prueba³³⁶ y la protección de la información que pudiera afectar a la seguridad nacional de los Estados afectados³³⁷. Además la SCP se constituye en garante último de la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la investigación³³⁸. En consecuencia, se puede afirmar que las funciones de la SCP durante la investigación de una situación exceden aquellas de las de un juez de libertades al estilo norteamericano, alemán o italiano, al tiempo que son sustancialmente más reducidas de las atribuidas a los jueces de instrucción en Francia o en España en el proceso ordinario por delitos. En este sentido, se puede afirmar que el ER ha adoptado un sistema híbrido, que no tiene tampoco equivalente en los estatutos de los TPIY y TPIR donde en principio no existe intervención judicial con anterioridad a la presentación por la Fiscalía de su escrito de acusación.

La Fiscalía, una vez que encuentra indicios razonables de criminalidad contra los responsables últimos³³⁹ de los delitos

334. Norma 46 (2) del Reglamento de la Corte.

335. Art. 57.3(c) ER.

336. Arts. 56 y 57.3 (c) y (d) ER.

337. Art. 57.3(c) ER.

338. Art. 57.3(a) ER.

339. A este respecto la Fiscalía de la Corte ha señalado que el carácter global de la Corte, sus disposiciones legislativas y sus limitaciones materiales apoyan la recomendación inicial de que, como regla general, la Fiscalía debería concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de aquellas personas que tienen una mayor responsabilidad, como los líderes de los Estados y organizaciones presuntamente responsables por los delitos previstos en el ER (ver,

cometidos en la situación objeto de la investigación, solicita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia³⁴⁰. Dicha solicitud es precedida del análisis de la concurrencia de los siguientes presupuestos previstos en los arts. 17, 53(2) y 58(1) y (7) ER:

- a) La inclusión de los incidentes y de la persona objeto de la solicitud dentro de los parámetros personal, temporal y territorial que definen:
 - a. La situación objeto de la investigación; y
 - b. La postestad jurisdiccional de la Corte;
- b) La existencia de motivos razonables para creer que:
 - a. Uno o varios de los delitos previstos en el ER se han cometido en los incidentes de que se trate; y
 - b. La persona objeto de la solicitud es penalmente responsable por tales delitos;
- c) La inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar la presunta responsabilidad penal de la persona objeto de la solicitud por los delitos presuntamente cometidos en los incidentes de que se trate (admisibilidad del caso);
- d) La ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad conforme al art. 16 ER para que la Corte no ejercite su potestad jurisdiccional sobre el caso de que se trate;
- e) La suficiente gravedad del caso de que se trate; y

Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor, Septiembre 2003, p. 7).

340.Art. 58(1) y (7) ER.

- f) El hecho de que el ejercicio por la Corte de su potestad jurisdiccional sobre el caso de que se trate no sería contrario a los intereses de la justicia a la luz de todas las circunstancias, incluyendo la gravedad de los delitos, los intereses de las víctimas, la edad o el estado de salud de los sospechosos, y su presunta participación en los delitos imputados.

La emisión de una orden de arresto o de comparecencia marca formalmente el inicio del proceso penal ante la Corte. En este sentido, la reciente decisión de la SCP I en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo ha puesto especial énfasis en que la emisión de una orden de arresto se encuentra supeditada al análisis previo de la jurisdicción de la Corte y de la admisibilidad del caso por la SCP conforme al art. 19 (1) ER³⁴¹, y, en particular, a que el caso de la persona contra la que se solicita una orden de arresto o de comparecencia tenga la suficiente gravedad como para poder ser admisible ante la Corte (en lo que en palabras de la SCP I constituye la segunda dimensión del análisis de admisibilidad)³⁴².

En este sentido, la SCP I al emitir una orden de arresto contra Thomas Lubanga Dyilo como máxima autoridad *de iure* y *de facto* de la Unión de Patriotas Congolese³⁴³ y de su brazo armado las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo por el reclutamiento, alistamiento y utilización en operaciones militares de niños menores de quince años, ha se-

341.La versión pública de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 10 de febrero de 2006 se encuentra en el anexo I a la decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*. Ver en particular el párrafo 18 de dicho anexo I.

342.Ibid, párrafos 29 y 41.

ñalado que para que un caso tenga la gravedad suficiente para ser admisible ante la Corte es necesario que se cumplan los siguientes tres requisitos: (i) que la conducta imputada tenga un carácter sistemático o generalizado, si bien en la aplicación de este criterio se debe tener también en cuenta la alarma social despertada por dicha conducta; (ii) que la persona imputada sea un líder del más alto nivel de uno de los grupos involucrados en la situación bajo investigación; y (iii) que la participación del imputado así como el papel del grupo que dirige, en las actividades criminales cometidas en la situación bajo investigación, permitan calificarlo como uno de los líderes del más alto nivel sospechoso de encontrarse entre los máximos responsables de las actividades criminales ocurridas en dicha situación³⁴⁴.

El objeto del proceso penal ante la Corte está formado por casos, en lugar de situaciones, que están compuestos por incidentes específicos en los que uno o varios delitos previstos en el ER han sido presuntamente cometidos por la persona o personas imputadas³⁴⁵. En el proceso penal ante la Corte se

343. Partido político que actúa en la región de Ituri en el noreste de la República Democrática del Congo desde mediados del año 2000 y que formó el gobierno provisional de la región durante el segundo semestre del 2002 y el primer trimestre del 2003.

344. Ver el párrafo 63 de la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006, que se encuentra en el anexo I (párrafo 63) a la decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*. De esta manera, no serán admisibles ante la Corte los casos en los que se impute una actividad delictiva puntual desprovista de un carácter sistemático o generalizado. Ver también a este respecto, OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005., p. 183.

345. Sobre la distinción entre los conceptos de situación y caso ver *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1*,

pueden distinguir hasta cinco fases procesales: la fase de investigación de los incidentes relativos al caso que se extiende hasta la presentación por la Fiscalía del escrito de acusación, treinta días antes del inicio de la audiencia de confirmación de cargos³⁴⁶; la fase intermedia o de confirmación de cargos³⁴⁷, el juicio oral³⁴⁸, la apelación³⁴⁹ y la fase de ejecución de sentencia³⁵⁰.

Finalmente, a diferencia de los TPIY y TPIR, la potestad jurisdiccional de la Corte no se limita a la investigación, enjuiciamiento, declaración y realización de la responsabilidad

VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6 (“Decisión de la SCP I sobre la participación de las víctimas en la fase investigación de una situación”), emitida por la SCP I el 17 de enero de 2006 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf), párrafos 65 y 66. Ver también entre otros: BASSIOUNI, M.C. *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, pp. 518-519; SCHABAS, W.A. *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004, pp. 125-126; HALL, C.K., *Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *Triffterer, O.* (Coord), *Nomos* (1999), pp. 405-418, p. 407; EL ZEIDY, M.M., *The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC*, en *International Criminal Law Review*, Vol. 5, pp. 83-120, p.110; y OLÁSOLO, H, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 123-130.

346 Regla 121(3) de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

347 Art. 61 ER y reglas 121 y 122 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

348 Arts. 62 a 74 y 76 ER y reglas 131 a 148 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

349 Arts. 81 y 83 ER y reglas 150 y ss de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

350 Arts. 103 a 111 y reglas 198 y ss de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

penal individual, surgida conforme al ER. Por el contrario, el ER atribuye también a la Corte el poder para declarar y realizar la responsabilidad civil derivada de: (a) la comisión de los delitos que constituyen el fundamento de una sentencia condenatoria; (b) un arresto o detención ilegal; y (c) un error en la administración de justicia³⁵¹. Este poder constituye la denominada dimensión civil de la potestad jurisdiccional de la Corte³⁵². En consecuencia, la regla 99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) permite a la SCP adoptar medidas cautelares de carácter real desde la emisión de una orden de arresto o comparecencia³⁵³. Además, los arts. 75 y 76(3) ER

351 Arts. 75 y 85 ER. Ver a este respecto, DONAT-CATTIN, D., Article 75. Reparations to Victims, en *Commentary on the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Nomos, 1999, pp. 965-978, pp. 966-968; STAKER, C. Compensation to an Arrested or Convicted Person, en *Commentary on the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Nomos, 1999, pp. 1041-1045, p.1042; JORDA, C./De Hemptinne, J., The Status and Role of the Victim, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D. (Coord.), Oxford University Press, 2002, pp. 1387-1420, p. 1399; ZAPPALA, S. Compensation to an Arrested or Convicted Person, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, R.W.D. (Coord.), Oxford University Press, (2002), pp. 1577-1588, p. 1577; FRIMAN, H./LEWIS, P., Reparations to Victims, en *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 474-492, pp. 474-476; y BITTI, G., Compensation to the Arrested or Convicted Person, en *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 623-636, pp. 623-625.

352. OLÁSULO, H. Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?, Tirant lo Blanch, 2003, p. 101.

353. Ver los párrafos 130 a 147 de la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 que se encuentra en el anexo I a la decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents*

prevén que las actuaciones civiles de reparación se tramiten bien paralelamente al juicio oral, bien a su término.

El ER, las RPP y el Reglamento de la Corte (“RegC”) regulan la posición procesal de las víctimas en los procesos de activación, penal y de reparación³⁵⁴. Se trata ésta de una auténtica novedad en el marco de un derecho procesal penal internacional que hasta ahora únicamente atribuía a las víctimas la condición de testigos. Así, el art.15(3) ER y las reglas 50, 92(3), 93, 107 y 109 RPP regulan la posición procesal de las víctimas en el llamado proceso de activación³⁵⁵.

Por su parte, la reciente decisión de 17 de enero de 2006 de la SCP I en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo, ha venido a precisar la posición procesal de las víctimas conforme al art. 68 (3) ER en la fase de investigación de una situación previa a la apertura formal del proceso penal, mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia.³⁵⁶ En opi-

into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo. Ver también FRIMAN, H./LEWIS, P., Reparations to Victims, en The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 474-492, pp. 489-490.

354.Arts. 15(3), 19(3), 68(3) y 75(3) ER, reglas 50, 59, 89 a 93, 94 a 99, 103, 107 y 109 RPP y normas 86 y 88 del Reglamento de la Corte. Ver también, BITTI, G./FRIMAN, H. Participation of Victims in the Proceedings, en The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 456.

355.OLÁSULO, H., La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional, en La Ley, Núm. , 6343, de 20 octubre de 2005, pp. 1-6.

356.Si bien algunos autores defienden la no aplicación de dicha disposición en esta fase de las actuaciones. Ver entre otros DONAT-CATTIN, D., Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings, en . Reparations to Victims, en Commentary on the

nión del autor, esta posición procesal debe ser completada con lo dispuesto en las reglas 92(2), 93, 107 y 109 RPP.³⁵⁷ .

Para la Sala de SCP I , el art. 68 (3) ER atribuye a las víctimas el derecho a participar en la lucha contra la impunidad, una vez que la jurisdicción latente de la Corte haya sido activada con respecto a una determinada situación de crisis, de manera que se haya iniciado la investigación de dicha situación³⁵⁸ . Este derecho prevé, en primer lugar, la existencia de un contenido mínimo de la posición procesal de víctima durante la fase de investigación de una situación que incluye: (a) el derecho a presentar observaciones a la SCP en relación con el desarrollo de la investigación; (b) el derecho a enviar materiales a la SCP, relativos a los delitos presuntamente cometidos en la situación bajo investigación; (c) el derecho de acceso a la parte pública del sumario de la situación conser-

International Criminal Court, *Triffterer, O.* (Coord.), Nomos. 1999; pp. 869-888, p. 873.

357. Así, por ejemplo la regla 92(2) RPP prevé que, a los efectos de facilitar la personación de las víctimas en las actuaciones de la manera prevista en la regla 89 RPP, la decisión de la Fiscalía, conforme al art. 53(2) ER, de cerrar la investigación de una situación sin proceder a ningún enjuiciamiento deberá ser notificadas a aquellas víctimas, o a sus representantes legales, que hayan participado en las actuaciones o, en la medida de lo posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación de que se trate. Ver a este respecto, BITTI, G./FRIMAN, H., *Participation of Victims in the Proceedings*, en *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 470.

358. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6 (“Decisión de la SCP I sobre la participación de las víctimas en la fase investigación de una situación”), emitida por la SCP I el 17 de enero de 2006 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf), párrafo 53.

vado por la Secretaría; y (d) el derecho a ser notificado de todas las actuaciones y decisiones públicas que tengan lugar durante la etapa de investigación de una situación³⁵⁹.

Además de este contenido mínimo, la SCP adelantó que la posición procesal de víctima durante la fase de investigación puede incluir otros derechos procesales adicionales, dependiendo de las decisiones que la propia SCP adopte caso por caso en relación con: (i) la posibilidad de participación en ciertas actividades procesales específicas; (ii) el acceso a aquellos materiales confidenciales del sumario, relativos a las actividades procesales específicas en las que las víctimas hayan sido autorizadas a participar; y (iii) la notificación de las actuaciones y decisiones adoptadas en el marco de dichas actividades procesales³⁶⁰.

Por otra parte, el art. 68(3) ER y las reglas 91 a 93 RPP regulan la posición procesal de las víctimas en el proceso penal ante la Corte,³⁶¹ mientras que el art. 75(3) ER, las reglas 94 a 99 RPP y la norma 88 RegC otorgan a las víctimas la posición procesal de parte en el proceso de reparación³⁶².

359.Ibid, párrafos 71 and 72.

360.Ibid, párrafos 73 a 76.

361.BITTI, G./FRIMAN, H., Participation of Victims in the Proceedings, en *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 457. Ver también DONAT-CATTIN, D., *Donat-Cattin, D.*, Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their Participation in the Proceedings, en *Reparations to Victims*, en *Commentary on the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Nomos, 1999, pp. 869-888, pp. 880-882.

362.FRIMAN, H./LEWIS, P., Reparations to Victims, en *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 474-492, p. 474.

Además, las reglas 86, 89 y 90 RPP y la norma 86 RegC abordan una serie de problemas comunes a la intervención de las víctimas en los procesos de activación, penal y de reparación, entre los que destaca el régimen de acceso a la Corte y el sistema de representación legal³⁶³.

A este respecto, como la propia SCP I ha señalado, es importante subrayar que la distinción entre situaciones y casos es particularmente relevante a la hora de determinar quién puede asumir la posición procesal atribuida a las víctimas en las distintas actuaciones ante la Corte³⁶⁴. Así, en el proceso de activación y en la fase de investigación de una situación se encontrarían legitimadas para asumir dicha posición procesal todas aquellas personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño al que se refiere la regla 85 RPP dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis de que se trate³⁶⁵. Mientras que en los procesos penal y de reparación, podrían únicamente asumir dicha posición procesal las personas, organizaciones e instituciones que hayan sido objeto del daño al que se refiere la regla 85 RPP, en los incidentes específicos que constituyen los fundamentos de hecho de una orden de arres-

363. BITTI, G./FRIMAN, H., ., Participation of Victims in the Proceedings, en *The International Criminal Court: Elements of the Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), Transnational Publishers, 2001, pp. 456-474, p. 460. OLÁSULO, H., La Posición Procesal de las Víctimas en el Proceso de Activación ante la Corte Penal Internacional, en *La Ley*, Num. , 6343, de 20 octubre de 2005, p. 5.

364. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 and VPRS-6 (“Decisión de la SCP I sobre la participación de las víctimas en la fase investigación de una situación”), emitida por la SCP I el 17 de enero de 2006 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf), párrafos 65 y 66.

365. Idem.

to o comparecencia - y posteriormente de una decisión de confirmación de los cargos³⁶⁶.

II.2.3. Cuestiones de jurisdicción y de admisibilidad a la luz de la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte

En la distinción entre situaciones y casos como objeto de las distintas actuaciones ante la Corte se encuentra también la justificación de que los Estados afectados se encuentren legitimados para, primero, oponer la falta de admisibilidad de una situación a los efectos de que la Corte se inhiba sobre la misma y, posteriormente, impugnar la admisibilidad de cualquiera de los casos surgido a resultas de la investigación de dicha situación³⁶⁷.

En este sentido, conviene subrayar que, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, la Corte es una institución permanente que tiene como fin acabar con la impunidad de los autores de los delitos que menoscaban más gravemente los valores superiores sobre los que se construye la comunidad internacional³⁶⁸. Para efectos de garantizar mejor su carácter permanente e independencia frente a otras entidades políticas como los Estados o los órganos de las Naciones Unidas, la Corte ha sido creada por un tratado internacional en lugar de una resolución del Consejo de Seguridad³⁶⁹. El distinto origen de la Cor-

366. *Idem*.

367. Art. 19(2)(b) y (c) ER.

368. Párrafos 4 y 5 del preámbulo del ER y arts. 1 y 5 ER.

369. Desde el inicio del proceso de negociación se aceptó la idea de que la creación de la Corte, a través de una resolución del Consejo de

te y de los tribunales *ad hoc* ha provocado que sus relaciones con los Estados se rijan por principios diferentes.

La relación entre la Corte y los Estados se rige por el llamado principio de complementariedad, previsto en los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER³⁷⁰, cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que constituye una nueva manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes³⁷¹. Conforme al principio de complementariedad, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que sólo puede, primero activarse, y posteriormente ejercitarse, ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales³⁷².

Pero al mismo tiempo, la Corte, en cuanto que tiene el poder para decidir sobre el alcance de su potestad jurisdiccional, es quien decide en última instancia sobre la inacción, la falta de

Seguridad, hubiera convertido a aquélla en un órgano subsidiario del Consejo. Ello hubiera supuesto que la Corte habría podido ser disuelta en cualquier momento mediante resolución del propio Consejo y que su jurisdicción se encontraría necesariamente limitada a aquellas situaciones declaradas por el Consejo como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

370.HOLMES, J.T., The Principle of Complementarity, en the International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Lee, R. (Coord), Kluwer International Law, 1999, pp. 41-78, p. 73.

371.ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional*, en: GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal (el Caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-273, p. 257.

372.Idem, p. 258. See also, WILLIAMS, S.A, Article 17. Issues of Admissibility, en *Commentary on the Rome of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Nomos, 1999; pp. 383-394, p. 384.

disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. Por ello, se puede afirmar que la Corte goza de primacía material sobre aquéllas en lo que constituye sin duda la transferencia más importante de soberanía realizada a través del ER³⁷³.

La Corte ejercita su primacía material sobre las jurisdicciones nacionales en las distintas actuaciones procesales previstas en el ER. Este poder es ejercido por primera vez en el marco del proceso de activación previsto en los arts. 15, 18 y 53(1)(3) y (4) ER (o, siguiendo la terminología utilizada en el ER, en las actuaciones preliminares dirigidas a decidir sobre si procede o no la apertura de una investigación sobre una determinada situación)³⁷⁴. Conforme a los arts. 15(3) y (4), 17, 53(1) ER y la regla 48 RPP, uno de los presupuestos para la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte con respecto a una determinada situación es la admisibilidad de esta última a resultas de la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales afectadas. Además, cuando el art. 18 ER resulta aplicable, la decisión inicial de activación (o de inicio de la investigación) puede someterse, a instancia de los Estados afectados, a un control adicional por la SCP³⁷⁵ y por la Sala de Apelaciones (en adelante “SA”)³⁷⁶ desde la perspectiva de la admisibilidad de la situación de que se trate.

Durante la fase de investigación de una situación que sigue al proceso de activación y precede al proceso penal propiamente dicho, el art. 19(11) ER atribuye a la Fiscalía, en cuan-

373. OLÁSOLO, H., n. 4, p. 228-230

374. OLÁSOLO, H., n. 5, pp. 123-124.

375. Art. 18.2 ER.

376. Art. 18.4 ER.

to que órgano principalmente encargado de la investigación, el poder para suspender dicha investigación si la situación objeto de la misma se convierte en inadmisibile a raíz de las actuaciones desarrolladas por los Estados afectados³⁷⁷. Además, el ER no ofrece ningún mecanismo procesal para que la SCP lleve a cabo de oficio un análisis de admisibilidad en esta fase de las actuaciones³⁷⁸. La única excepción se recoge en el

377.HALL, C.K., n.27, p. 418. Esta disposición atribuye también a la Fiscalía el poder para levantar en cualquier momento dicha suspensión si el Estado afectado interrumpe sus actuaciones o muestra su falta de disposición o incapacidad para seguir adelante con las mismas (OLÁSULO, H., n. 4, pp. 505-506). A estos efectos, la Fiscalía puede “pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones” (art. 19 (11) ER). Además, el art. 53(2)(b) ER otorga a la Fiscalía el poder para cerrar la investigación de una situación si no existe “fundamento suficiente para el enjuiciamiento” como resultado de la inadmisibilidad sobrevenida de dicha situación. A este respecto hay que señalar que el art. 53(2)(b) ER constituye otro ejemplo del empleo incorrecto de los términos “causa” y “caso” en el ER. Como la decisión adoptada conforme al art. 53(2) ER tiene por objeto la investigación de una situación, el análisis de admisibilidad previsto en el art. 53(2)(b) ER tendrá como objeto situaciones y no casos o causas. Por último, el art. 53(4) ER otorga también a la Fiscalía el poder para reabrir de oficio en cualquier momento la investigación de tal situación “sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”. El ER no establece criterio alguno para determinar cuándo la Fiscalía debería suspender una investigación conforme al art. 19 (11) ER y cuándo debería cerrar la misma de conformidad con el art. 53(2)(b) ER. Cabe señalar, sin embargo, que esta última opción debería ser reservada para cuando las actuaciones nacionales relativas a la situación de que se trate hayan alcanzado la fase de ejecución de sentencia. Sólo en este momento las jurisdicciones nacionales, conforme a la configuración dinámica del principio de complementariedad, asumirán jurisdicción exclusiva sobre los delitos cometidos en dicha situación.

378.El ER no atribuye expresamente a la SCP el poder para revisar la decisión de la Fiscalía de suspender la investigación de una situación o de levantar dicha suspensión, ni tampoco le otorga el poder para revisar de oficio la admisibilidad de la situación investigada a los efectos de suspender la investigación o de levantar dicha suspensión. En este

art. 53(3)(a) ER que prevé que la SCP, a instancia del Consejo de Seguridad o del Estado Parte que inicialmente haya remitido la situación, revisará la decisión de la Fiscalía de cerrar la investigación por la inadmisibilidad sobrevenida de la situación investigada³⁷⁹.

La emisión por la SCP de una orden de arresto o de comparecencia a instancia de la Fiscalía marca el inicio formal del proceso penal ante la Corte, lo que provoca que la SCP se

sentido, el art. 19(1) ER, que impone a la SCP el deber de cerciorarse de que tiene jurisdicción en todos los casos que le sean sometidos y le atribuye la facultad para analizar de oficio “la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”, parece ser solamente aplicable una vez que se ha abierto formalmente un proceso penal ante la Corte mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. Por lo tanto, sería necesario recurrir a la doctrina de los poderes inherentes de la SCP en cuanto que órgano jurisdiccional encargado de velar en última instancia por el adecuado devenir de la investigación para que la SCP pudiera, en su caso, proceder a revisar la decisión de la Fiscalía de suspender la investigación de una situación o de levantar dicha suspensión. Sin que podamos entrar en este momento a analizar los problemas que se podrían derivar del recurso a esta doctrina en una fase previa al inicio formal del proceso penal ante la Corte, es importante subrayar que con carácter general la doctrina de los poderes inherentes de la Sala, aplicable en su caso también a la SCP, es reconocida expresamente en las normas 28(3) y 29(3) RegC. Ver sobre esta doctrina, GAETA, P., *Inherent Powers of International Courts and Tribunals*. En: Vohrah, L.C. (ed.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003. pp. 353-372.

379. La decisión de la SCP puede ser apelada conforme la art. 82(1)(a) ER. Sin embargo, en lo que constituye una auténtica paradoja, las decisiones de las SCP y SA sobre la admisibilidad de la situación investigada no son vinculantes para la Fiscalía. Por lo tanto, esta última puede hacer prevalecer sus criterios en relación con la inadmisibilidad de dicha situación y el correspondiente cierre de la investigación (OLÁSULO, H., n. 4, pp. 505-506). Esta paradoja es el resultado de las amplias funciones cuasi-jurisdiccionales que el ER otorga a la Fiscalía antes del inicio formal del proceso penal ante la Corte.

convierta en el órgano que dirige las actuaciones y la Fiscalía sea reconducida a su posición procesal natural de parte³⁸⁰. De esta manera, el art. 19(1) ER impone a la SCP la obligación de verificar su jurisdicción sobre el caso o causa (ya no situación) de que se trate antes de seguir adelante y le atribuye la facultad, que no obligación, de verificar su admisibilidad. A partir de este momento, los apartados segundo y tercero del art. 19 ER también son aplicables. Así, el art. 19(2) ER legitima para impugnar la jurisdicción de la Corte o la admisibilidad del caso: (i) al acusado o a la persona contra la que se haya dictado una orden de arresto o de comparecencia; (ii) a cualquier Estado “que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes”; y (iii) a cualquier otro Estado “cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12”³⁸¹. Por su parte, el art. 19(3)

380. En cuanto órgano que dirige las actuaciones, la SCP: (i) solicita de los Estados afectados el arresto provisional o el arresto y la entrega de la persona contra quién se haya dictado una orden de arresto (art. 58(6) y 89(2) ER y regla 117 RPP); (ii) conduce la primera comparecencia del acusado tras su detención y traslado a la Corte (art. 60 ER); (iii) determina la fecha de celebración de la audiencia de confirmación de cargos (art. 61(1) ER y regla 121 RPP); (iv) establece, y en su caso extiende, el plazo para que la Fiscalía presente el escrito de acusación y la lista de elementos de prueba propuestos (regla 121(3), (4), (5) y (8)); y (v) acuerda la celebración de una audiencia de conformación de cargos en ausencia del imputado (art. 61(2) ER y regla 125 RPP).

381. El art. 19(2) ER no parece ser aplicable durante la fase de investigación de una situación dada la repetida utilización del término “causa” en lugar de los términos “investigación” (utilizado en el art. 19(11) ER) o “situación” (utilizado en varias disposiciones del ER). Además, los apartados (1), (2) y (3) del art. 19 ER constituyen un conjunto de disposiciones que, ante la ausencia de alguna indicación en sentido contrario en el propio ER, han de considerarse que comparten un mismo ámbito de aplicación. Por otra parte, sólo los Estados afectados, que ya han tenido la oportunidad de alegar la inadmisibilidad de la situación conforme al art. 18(2) ER, se beneficiarían de la aplicación del art. 19(2) ER durante la fase de investigación previa a la iniciación

ER faculta a la Fiscalía para solicitar el pronunciamiento de la SCP sobre cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad³⁸². Finalmente, el inicio del proceso penal ante la Corte permite también la aplicación del apartado 10 del artículo 19 ER, que legitima a la Fiscalía para solicitar a la Sala competente la

formal del proceso penal ante la Corte.

382. El art. 19(3) ER tampoco parece aplicable durante la fase investigación de la situación. Como ya hemos señalado, los apartados (1), (2) y (3) del art. 19 ER conforman un conjunto de disposiciones que en principio tiene un mismo ámbito de aplicación. Además, la interpretación contextual del art. 19(3) ER a la luz del art. 19(11) ER también favorece esta interpretación. Así, mientras la Fiscalía es el órgano principalmente encargado del desarrollo de la investigación de una situación, el art. 19(11) ER la faculta para analizar de oficio la admisibilidad de dicha situación. Además, el ER no prevé expresamente que la SCP pueda realizar de oficio análisis de admisibilidad durante esta fase procesal. Sin embargo, una vez que se inicia formalmente el proceso penal, la Fiscalía se convierte en parte *stricto sensu* en las actuaciones y, por lo tanto, deja de estar facultada para desarrollar las funciones quasi-jurisdiccionales que había desempeñado hasta ese momento, incluyendo la realización de análisis de admisibilidad con el fin de suspender o cerrar una investigación. Del mismo modo, la SCP se convierte en el órgano que dirige las actuaciones y como tal puede llevar a cabo de oficio análisis de admisibilidad del caso del que se trate. Como resultado, la interpretación del art. 19(3) ER en el sentido de facultar a la Fiscalía para plantear una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad ante la SCP durante la fase de investigación de una situación no parece ajustarse a las funciones atribuidas a ambos órganos durante dicha etapa procesal. Por el contrario, la interpretación del art. 19(3) ER en el sentido de legitimar a la Fiscalía para plantear cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad una vez que, tras el inicio del proceso penal, la misma haya asumido la posición procesal de parte parece ajustarse mucho mejor a las respectivas funciones de la SCP y de la Fiscalía en el proceso penal ante la Corte (ver, HALL, C.K., Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Triffterer, O. (Coord), Nomos (1999); pp. 405-418, p. 418).

revisión de una decisión de inadmisibilidad de un caso sobre la base de “nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo”³⁸³.

383.El art. 19(1) ER no establece ninguna limitación temporal para que la SCP o la Sala de Primera Instancia (en adelante “SPI”) revisen de oficio la admisibilidad de la causa durante las distintas etapas del proceso penal. Igualmente, el art. 19(3) ER tampoco impone ninguna limitación temporal para que la Fiscalía solicite el pronunciamiento de la SCP o de la SPI sobre una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad. Como en los casos anteriores, el art. 19(10) ER tampoco establece limitación temporal alguna para solicitar a la SCP o a la SPI la revisión de una decisión que declare la inadmisibilidad de la causa.

A los efectos de evitar que sucesivas impugnaciones de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa pudieran privar a las actuaciones penales ante la Corte de toda eficacia, el art. 19(4) ER impone ciertas limitaciones temporales para su presentación. En primer lugar, cualquiera de las personas o Estados a que se refiere el art. 19(2) ER está únicamente legitimado para realizar una única impugnación de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa. En segundo lugar, conforme al art. 19(5) ER, los Estados afectados deben presentar sus impugnaciones “lo antes posible”. En tercer lugar, cualquier impugnación de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa deberá presentarse a más tardar al inicio del juicio oral. En cuarto lugar, las impugnaciones de la admisibilidad de la causa que se presenten con posterioridad al inicio del juicio oral con el permiso de la SPI podrán fundamentarse, exclusivamente, en el pronunciamiento de sentencia firme por los tribunales nacionales. Además, la regla 58(2) RPP otorga a la SCP y a la SPI la facultad para retrasar la consideración de las impugnaciones de la jurisdicción de la Corte o de la admisibilidad de la causa hasta el inicio de la confirmación de cargos o, en su caso, del juicio oral, “siempre que ello no cause una demora indebida”.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, los límites previstos en el art. 19(4) ER continúan siendo demasiado amplios. Esta situación se ve agravada por la facultad de la Sala competente para autorizar en circunstancias excepcionales que se realice más de una impugnación o que las mismas se presenten con posterioridad al inicio del juicio oral. De esta manera, se puede prever desde ahora que las actuaciones

II.2.4. El tratamiento del proceso de activación de la Corte en la Ley Española de Cooperación con la Corte Penal Internacional

II.2.4.1. La inversión del principio de complementariedad en relación con los delitos recogidos en el ER, presuntamente cometidos por no españoles fuera de territorio español

El funcionamiento práctico del principio de complementariedad fue una de las cuestiones que acapararon mayor atención durante el proceso parlamentario en España, que concluyó con la aprobación de la LOCCPI. Los debates parlamentarios tuvieron siempre como referente la interpretación que el Tribunal Supremo español había realizado en sus sentencias más recientes del artículo 23 (4) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”), el cuál dispone lo siguiente:

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- (a) Genocidio.
- (b) Terrorismo.
- (c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- (d) Falsificación de moneda extranjera.

del art. 19 ER darán lugar a continuas disputas procesales (HALL, C.K., Article 19. Challenges to the Jurisdiction of the Court or the Admissibility of a Case en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, *Triffterer, O.* (Coord), Nomos (1999), pp. 405-418, p. 412).

(e) Los relativos a la prostitución.

(f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

(g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

A pesar de las interpretaciones más amplias, previamente adoptadas por la Sala de lo Penal de la *Audiencia Nacional*³⁸⁴, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 (“STS de 20 de mayo de 2003”) introduce el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española, como prerrequisito para la actuación con base en el principio de justicia universal³⁸⁵.

Conforme a este prerrequisito, el querellante debe mostrar la existencia de indicios serios y razonables de que los hechos incluidos en su querrela no han sido perseguidos penalmente de manera efectiva con anterioridad al momento de presentación de la querrela por los órganos competentes del estado territorial³⁸⁶. Además, las razones por las que esta situación se haya podido presentar no tienen relevancia alguna en el cumplimiento de dicho prerrequisito³⁸⁷.

El querellante, sin embargo, no necesita ir más allá de mostrar indicios serios y razonables, sin que, por lo tanto, le sea exigible (tal y como la Sentencia de Sala de lo Penal del Tribu-

384. Ver por ejemplo los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de Noviembre de 1998.

385. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 712/2003, de 20 de mayo de 2003, fundamento jurídico sexto.

386. *Idem*.

387. *Idem*.

nal Supremo de 25 de febrero de 2003 (“STS de 25 de febrero de 2003”) parecía requerir, en un primer momento, a través del llamado principio de subsidiariedad de la jurisdicción española³⁸⁸) el tener que convencer al órgano competente de la jurisdicción española de la inactividad o de la ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el estado territorial. A juicio de la STS de 20 de mayo de 2003, esta última exigencia supondría imponer al querellante una carga insuperable en la fase inicial de las actuaciones, lo que conllevaría a que los órganos jurisdiccionales españoles se vean impedidos de actuar con base en el principio de justicia universal³⁸⁹.

Además, la STS de 20 de mayo de 2003, se aparta también de la STS de 25 de febrero de 2003, en cuanto que considera contrario a la propia naturaleza del principio de justicia universal la exigencia de la concurrencia de uno de los dos siguientes criterios alternativos para que los órganos jurisdiccionales españoles puedan actuar con base en el mismo: (i) que la persona imputada se encuentre en territorio español y España decida no extraditarla a ninguno de los estados que, de acuerdo con el tratado correspondiente, podrían ejercer su jurisdicción sobre los delitos que se le imputan; o (b) que haya una conexión entre los hechos imputados y los intereses nacionales españoles.

Con posterioridad al debate parlamentario que concluyó con la aprobación de la LOCCPI, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, ha rechazado la doctrina contenida en la STS de 25 de febrero de 2003, tanto en

388.Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 327/2003 (de 25 de febrero de 2003), fundamento jurídico sexto.

389.Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 712/2003 (de 20 de mayo de 2003); fundamento jurídico sexto.

lo que se refiere al alcance de la prueba de la inactividad o ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el estado territorial, como en lo que se refiere a la imposibilidad de actuar con base en el principio de justicia universal a falta de un segundo vínculo de conexión entre los hechos o la persona imputada y la jurisdicción española (ya sea la custodia de la persona, ya sea la afectación de los intereses nacionales españoles)³⁹⁰. Además, en opinión del autor, el Tribunal Constitucional ha reafirmado, de manera implícita, el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española, como prerequisite para la actuación con base en el principio de justicia universal³⁹¹.

En cualquier caso, el debate parlamentario se centró en el art. 7(2) del proyecto de LOCCPI que instruía a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstuviesen de actuar cuando les fuera comunicada la *notitia criminis* o cuando se les presentara una petición administrativa en relación con delitos previstos en el ER, cometidos por no españoles fuera de España. El órgano afectado debería, por lo tanto, limitarse a informar a las personas físicas o jurídicas que presentaron la denuncia o solicitud de la posibilidad de presentar la misma directamente ante la Fiscalía de la Corte, de acuerdo con lo previsto en el art. 13(c) y 15 ER.

Además, el art. 7(2) del proyecto de LOCCPI prohibía también a los órganos judiciales y a los miembros del Ministerio Fiscal que actuasen de oficio cuando tuvieran conocimiento

390.Sentencia del Tribunal Constitucional 230/2005, (de 26 de septiembre de 2005); fundamentos jurídicos 6 a 9.

391.Idem.

de la posible comisión de alguno de los delitos, previstos en el ER por no españoles fuera de territorio español.

El proyecto de LOCCPI preveía, sin embargo, una excepción en la aplicación del art. 7 (2) cuando pudiese afectar: (i) a la jurisdicción de los órganos de la jurisdicción militar española sobre acciones u omisiones cometidas por las tropas nacionales fuera de España; o (ii) al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los órganos judiciales españoles que acompañan a las tropas de este país fuera del mismo³⁹².

Durante el debate parlamentario, algunos apuntaron que este proyecto restringía el alcance del principio de justicia universal, tal y como se recoge en el art. 23(4) LOPJ, puesto que impediría su aplicación en relación con los delitos previstos en el ER. Como resultado, paradójicamente, la creación de la Corte supondría el principio del fin del principio de justicia universal en España³⁹³.

Otros, apoyados por una parte importante de la doctrina³⁹⁴, afirmaron que esta propuesta no se encontraba en línea con el

392. Esta excepción fue finalmente incluida en el párrafo segundo de la tercera disposición adicional de la LOCCPI.

393. Enmienda Núm. 1 a la LOCCPI, presentada por B. Lasagabáster del Grupo Parlamentario Mixto.

394. Ver entre otros, BUJOSA VADELL, L. La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional, (en prensa), sección 2.5, pp. 97-102; OLÁSULO, H. Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especia Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación, Valencia, 2003, pp. 192-198 y 210; POZO SERRANO, M.P. Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un balance provisional, en Anuario de Derecho Internacional, (2003), pp. 299-346, 345; y PUEYO LOSA, J. Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional, en Cooperación Jurídica Internacional, Álvarez González/Remacha y Tejada (Coord.), Madrid, 2001, pp. 141-203 and 145.

objeto y la finalidad de la creación de una Corte Penal Internacional, informada por el principio de complementariedad. Para quienes se encontraban en este segundo grupo, la Corte no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes, ya sea a nivel nacional o internacional, para luchar contra la impunidad en relación con los delitos que más gravemente menoscaban los valores superiores de la comunidad internacional. Por el contrario, la Corte constituye un mecanismo adicional que se dirige a incentivar a las jurisdicciones nacionales para que los mecanismos existentes, para la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos a nivel nacional, sean más efectivos. Por ello, la Corte sólo actúa directamente cuando las jurisdicciones nacionales, a pesar de los incentivos recogidos en el ER, permanecen inactivas o no tienen disposición o capacidad para afrontar la lucha contra la impunidad. Por lo tanto, la creación de la Corte no podía ser de ninguna manera la excusa para limitar el alcance de algunos de los mecanismos existentes en la ley española, para investigar y enjuiciar los delitos previstos en el ER. Más bien, al contrario, la creación de la Corte debería promover su ejercicio más efectivo.

Sin embargo, la gran mayoría de los parlamentarios españoles, junto con una parte de la doctrina³⁹⁵, entendían que la primacía formal de la jurisdicción española, tal y como se deriva del principio de complementariedad, se encuentra limitada a los delitos cometidos en el territorio español o por españoles en el extranjero³⁹⁶.

395.SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004, p. 394; y LATTANZI, F., *Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des états*. En *Revue Générale de Droit International Public*, (1999); pp. 425-444 and pp. 430-431.

396.BUJOSA VADELL, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, (en prensa), sección 2.5, p. 100.

Como consecuencia de este debate, el artículo 7(2) del proyecto de LOCCPI fue aprobado con la inclusión de un párrafo que permitía a los órganos judiciales competentes y al Ministerio Fiscal adoptar las medidas cautelares urgentísimas que fueran necesarias para, entre otras cosas, evitar la pérdida de la prueba.

Además, se introdujo el art. 7(3) LOCCPI para permitir que las denuncias o solicitudes, inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles, pudieran ser nuevamente presentadas ante los mismos, y esta vez sí tramitadas, cuando la Corte se abstuviese de actuar, ya sea porque la Fiscalía decide no iniciar una investigación sobre la situación a la que refieren las mismas o porque se produce una declaración de inadmisibilidad. De esta manera, se aseguraba la posibilidad de aplicar el principio de justicia universal en relación con delitos previstos en el ER, sólo después de que la Corte hubiera decidido abstenerse.

A pesar de las mejoras resultantes del debate parlamentario, y al margen de ciertos problemas técnicos apuntados por Bujosa Vadell³⁹⁷, el autor tiende a compartir la posición de aquéllos que consideran que los párrafos segundo y tercero del art. 7 de la LOCCPI invierten el contenido de la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales construida sobre el principio de complementariedad.

En opinión del autor, la prohibición de actuar impuesta a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales, así como la obligación de informar a los denunciantes o solicitantes de la posibilidad de transmitir la *notitia criminis* a la Fiscalía de la Corte, tiene su origen en

397. Ibid, pp. 96-98.

una visión de la Corte, como sustituto de la jurisdicción española, en la persecución penal de los delitos cometidos por no españoles fuera de España.

Incluso si el legislador español ha basado su elección en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que establece la necesidad de intervención de la jurisdicción española como prerequisite para la aplicación del principio de justicia universal, dicho legislador no parece haber dado la importancia suficiente a la distinción entre lo que constituye, por un lado, una jurisdicción de *ultima ratio* como aquella de la Corte y, por otro lado, el principio de que las jurisdicciones nacionales de los estados, en cuyo territorio se cometen los crímenes más graves para la comunidad internacional, tienen una responsabilidad primaria en su investigación y enjuiciamiento.

Por otra parte, el art. 7 (2) LOCCPI parece haber sido redactado en el entendimiento de que, conforme al ER, la Corte puede abrir directamente una investigación sobre un caso concreto (es decir contra un individuo determinado en relación con uno o varios incidentes específicos). Sin embargo, esta presunción ni se corresponde con la distinción entre situaciones y casos recogida en el ER, ni con el hecho de que situaciones de crisis (y no casos) sean el objeto del proceso de activación y de la fase de investigación de una situación que antecede al inicio del proceso penal ante la Corte mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia³⁹⁸. Como resultado, nos encontramos con que:

- (a) Una primera denuncia o solicitud administrativa será presentada ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los órganos judiciales españoles;

398. OLÁSOLO, H. *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. pp. 40-41.

- (b) El órgano ante el que se presenta la denuncia o solicitud informará al denunciante o solicitante de la posibilidad de comunicar la *notitia criminis* ante la Fiscalía de la Corte;
- (c) El denunciante o solicitante enviará una nueva denuncia a la Fiscalía de la Corte, conforme al art. 15 (1) ER;
- (d) La Fiscalía de la Corte, conforme al art. 15(2) ER, procederá durante meses, o incluso años, al examen preliminar de la situación de crisis en cuyo contexto se hayan cometido los hechos denunciados;
- (e) Tras el examen preliminar de la situación en su conjunto, la Fiscalía de la Corte, dada la limitación de recursos materiales y a no ser que la gravedad de los delitos cometidos de manera sistemática o generalizada en la situación de que se trate así lo requiera, decidirá, muy probablemente, no solicitar la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre dicha situación;
- (f) La Fiscalía de la Corte procederá, conforme al art. 15 (6) ER, a informar al denunciante o solicitante de su decisión de no pedir la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre la situación de que se trate;
- (g) El denunciante o solicitante no tendrá más remedio que acudir de nuevo, años más tarde, a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal o a los departamentos ministeriales españoles, que en esta ocasión, de acuerdo con lo previsto en el art. 7(3) ER, sí podrán proceder a tramitar la denuncia o la solicitud y, por tanto, a investigar los hechos denunciados.

En consecuencia, en opinión del autor, la inversión del principio de complementariedad y la falta de cuidado en ajustar la LOCCPI a la distinción entre situaciones y casos provocará

que sean los mismos órganos judiciales españoles (o el Ministerio Fiscal) los que tengan que abstenerse al recibir la primera denuncia, los que en última instancia deberán investigar y enjuiciar los hechos imputados en aplicación del principio de justicia universal, previsto en el art. 23 (4) LOPJ. Sobra decir que esta regulación pone gravemente en peligro la eficacia de los sumarios instruidos años después de la presentación de la denuncia por primera vez .

Pero todavía son más graves aquellos casos en los que órganos judiciales españoles o el Ministerio Fiscal tienen conocimiento de oficio de la presunta comisión por no españoles fuera de su territorio español de delitos previstos en el ER. En estos casos, el art. 7 (2) LOCCPI les prohíbe practicar de oficio, con base en el principio de justicia universal, las diligencias de investigación necesarias para la comprobación del carácter delictivo de los hechos y la determinación de sus presuntos responsables. Además, en tanto la LOCCPI no legitima a los órganos judiciales españoles ni al Ministerio Fiscal a transmitir a la Fiscalía de la Corte la *notitia criminis* de estos delitos, aquéllos deberán permanecer impasibles ante el conocimiento de tales delitos. Y esto a pesar de que es el principio de legalidad, y no el de oportunidad (ya sea esta pura o reglada) el que, según lo previsto en el los arts. 105 y 299 et seq de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, informa la práctica de diligencias de investigación.

II.2.4.2. Remisión de una situación de crisis a la Fiscalía de la Corte por el estado español y solicitud de revisión de la decisión de la Fiscalía de la Corte de no proceder a su investigación

El preámbulo de la LOCCPI señala que uno de los objetivos de la misma es regular, de manera particularmente cuidadosa,

el procedimiento para la remisión por las autoridades españolas de situaciones de crisis a la Corte, conforme a los arts. 13(a) y 14 ER.

El art. 7(1) LOCCPI regula esta materia mediante la atribución al Gobierno (acuerdo del Consejo de Ministros), en cuanto que órgano constitucionalmente responsable de la política exterior española³⁹⁹, de la postestad última para decidir sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte, de manera que puedan valorarse adecuadamente las implicaciones que en la política exterior del estado pueda tener dicha remisión.

La competencia para proponer ante el Consejo de Ministros la remisión de una situación a la Corte se atribuye conjuntamente a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores. El mismo procedimiento debe ser seguido en caso de que se pretenda solicitar a la SCP, de acuerdo con lo previsto en el art. 53(3)(a) ER, que revise la decisión de la Fiscalía de no proceder a la investigación de una situación remitida por el Estado español o de poner fin a la investigación de dicha situación sin proceder a enjuiciamiento alguno⁴⁰⁰.

Un sector de la doctrina española ha mostrado su preocupación con el art. 7(1) LOCCPI, puesto que deja exclusivamente en manos del Ejecutivo la propuesta y decisión sobre la remisión de situaciones de crisis a la Corte, o de revisión de las decisiones de la Fiscalía de no investigar o de finalizar una investigación sin iniciar enjuiciamiento alguno⁴⁰¹.

399. Art. 97 Constitución Española.

400. Art. 7.1 LOCCPI.

401. Ver entre otros BUJOSA VADELL, *L.*, La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional, (en prensa), sección 4.3, pp. 183-184.

En opinión del autor, el proceso debiera haber incluido también el dictamen consultivo del Consejo General del Poder Judicial y así dar entrada a otras consideraciones al margen de las meramente políticas puesto que, como hemos visto en apartados anteriores, algunos de los prerequisites para la activación de la jurisdicción latente de la Corte, con respecto a una determinada situación de crisis, consisten en la existencia de indicios razonables de criminalidad y en la admisibilidad de dicha situación.

Sin embargo, parece adecuado que el legislador haya optado por atribuir al Consejo de Ministros la decisión última sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte. Así, en primer lugar, conforme a los arts. 13(a) y 14 ER, el objeto de la remisión son situaciones de crisis definidas por criterios territoriales, temporales y/o personales⁴⁰².

En segundo lugar, la remisión de una situación automáticamente inicia el procedimiento de activación para determinar si se activa o no la jurisdicción latente de la Corte en relación con la situación de crisis en juego y, por lo tanto, si la Corte inicia o no una investigación de los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate⁴⁰³.

En tercer lugar, mediante la remisión bajo los arts. 13(a) y 14 ER, el estado español se convertiría en una parte del proceso de activación ante la Corte, y los Estados afectados por el conflicto o situación remitida por España se convertirían muy probablemente en partes pasivas de dicho proceso, de acuerdo a lo previsto en el art. 18 (2) ER. Como resultado, en opinión del autor, la remisión de una situación, conforme a

402. OLÁSOLO, H. *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 106.

403. *Ibid*, p. 107 and 391-403.

los arts. 13(a) y 14 ER, tiene mayores implicaciones para la política exterior española que las que hipotéticamente podría tener la transmisión a la Corte de una denuncia contra un particular por un conjunto limitado de hechos imputados.

II.2.5. El tratamiento en la LOCCPI del requerimiento de inhibición de la Corte del art. 18 (2) ER y del incidente de admisibilidad del art. 19 (2) ER

Como se puede leer en el preámbulo de la LOCCPI,

La ley pone particular cuidado en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los tribunales españoles, estableciendo así el deber del Ejecutivo de sostener la competencia española cuando ésta ha sido ejercida o se está ejerciendo, pero se establece un matices o gradación en los deberes del Ejecutivo, inspirado en la reciente doctrina tanto de la Sala Segunda como de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en orden al deber de recurrir o la facultad de hacerlo ante órganos judiciales externos. Cuando la causa se halla en un estadio inicial, en el momento procesal en que el Fiscal de la Corte reclama la competencia, el Gobierno tiene el deber de recurrir ante la Sala de Cuestiones Preliminares, pero cuando ésta ya se ha pronunciado sosteniendo la competencia de la Corte, el Gobierno tiene la facultad de apreciar soberanamente si se aquieta a esta decisión o interpone recurso ante la Sala de Apelaciones.

Como resultado, la LOCCPI recoge varias disposiciones regulando este fenómeno, el primer grupo de las cuales se contiene en los apartados segundo y tercero del art. 7 LOCCPI, a los que ya nos hemos referido en el apartado anterior.

Los arts. 8, 9 y 10 LOCCPI constituyen el segundo conjunto de disposiciones que regulan esta materia. El art. 8 LOCCPI

prevé que el procedimiento para decidir si, conforme a lo previsto en el art. 18 (2) ER, las autoridades españolas solicitan la inhibición de la Corte con respecto a la investigación de una determinada situación que ha sido provisionalmente iniciada, conforme a lo previsto en los arts. 15(4) o 53 (1) ER⁴⁰⁴.

II.2.5.1. El requerimiento de inhibición de la Corte del art. 18 (2) ER

Conforme al art. 18 (1) ER, activada provisionalmente la jurisdicción latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis (o, lo que es lo mismo, iniciada provisionalmente su investigación), la Fiscalía de la Corte debe notificar a todos los Estados Partes y a aquellos estados no partes que ejercitarían normalmente su jurisdicción sobre los delitos cometidos en la misma. Recibida esta notificación por el órgano de relación entre la Corte y España (que de acuerdo al art. 6 LOCCPI es el Ministerio de Justicia) el art. 8 (1) LOCCPI prevé que el propio Ministerio de Justicia solicitará al Fiscal General del Estado que recabe toda la información relacionada con las investigaciones o enjuiciamientos que se hayan realizado, se estén realizando o se hayan iniciado a raíz de la notificación del art. 18 (1) ER en relación con los delitos previstos en el ER que hayan sido presuntamente cometidos en territorio español o por nacionales españoles en la situación de crisis a que se refiere la notificación de la Corte.

404. Una exposición más detallada de las razones por las que el art. 18 ER se configura como la segunda parte del proceso de activación se puede encontrar en OLÁSULO, H., Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma. En: Revista Española de Derecho Militar, (2003), pp. 47-76, pp. 57-60.

Si el Fiscal General del Estado informa que los órganos de la jurisdicción española han actuado, están actuando o acaban de iniciar una investigación a raíz de la notificación de la Corte, el Ministerio de Justicia junto con el Ministerio de Asuntos Exteriores deberán enviar al Consejo de Ministros, en un plazo máximo de 20 días desde la recepción de dicha notificación, una propuesta para solicitar la inhibición de la Corte⁴⁰⁵.

Si bien el art. 8(2) LOCCPI no es completamente claro en este punto, su interpretación, a la luz del preámbulo de la LOCCPI, impone al Consejo de Ministros el deber de defender la jurisdicción de los tribunales españoles y, por lo tanto, de solicitar la inhibición de la Corte.

Aprobada la propuesta de solicitud de inhibición por el Consejo de Ministros, corresponderá al Ministerio de Justicia solicitar de manera urgente (recordemos que el art. 18 (2) ER sólo otorga el plazo de un mes desde la recepción por los Estados Partes de la notificación de la Corte) a la Corte su inhibición en relación con la investigación de la situación de crisis que se trate⁴⁰⁶.

Es de resaltar que el procedimiento que acabamos de describir no es aplicable en relación con los delitos cometidos por ciudadanos no españoles, fuera del territorio español. De manera que, el imperativo recogido en el preámbulo de la LOCCPI en el sentido de defender la jurisdicción de los tribunales españoles se limita únicamente a aquellos supuestos en que dicha jurisdicción se ejercita con base en los principios de territorialidad y nacionalidad del imputado.

405.Art. 8 (2) LOCCPI.

406.Art. 8 (3) LOCCPI. Ver también el art. 18 (2) ER y la regla 53 RPP.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 23 LOPJ, estos no son los únicos principios que determinan la extensión de la jurisdicción española. Por el contrario, el art. 23 LOPJ permite también a los tribunales españoles actuar sobre la base de los principios de nacionalidad de la víctima, de titularidad del bien jurídico protegido y de justicia universal.

De esta manera, el legislador español parece distinguir entre principios de primera y de segunda categoría, en cuanto que sólo las actuaciones realizadas con base en los principios de territorialidad y de nacionalidad del imputado son merecedoras de ser defendidas ante la Corte, mediante la presentación de la solicitud de inhibición del art. 18 (2) ER.

Además, la regulación contenida en el art. 8 LOCCPI desvirtúa en buena medida la finalidad última del mecanismo de inhibición, previsto en el art. 18 (2) ER. Este mecanismo pretende evitar el desarrollo de investigaciones por la Corte cuando las jurisdicciones nacionales hayan realmente investigado o estén realmente investigando los delitos presuntamente cometidos en las mismas. Se trata, en definitiva, de un mecanismo procesal para garantizar la aplicación efectiva del principio de complementariedad de la Corte, de manera que la actuación de esta última se limite a los supuestos de inacción, de falta de disposición o de incapacidad de la jurisdicciones nacionales, y con ello se eviten actuaciones paralelas de la Corte y de los tribunales nacionales sobre los mismos delitos.

Ahora bien, si como en el caso español, el art. 23 LOPJ permite a los tribunales españoles conocer de los delitos previstos en el ER sobre la base de los principios de nacionalidad de la víctima, de titularidad del bien jurídico protegido y de justicia universal, y el procedimiento para la solicitud de la inhibición de la Corte, previsto en el art. 8 LOCCPI, simplemente desconoce esta realidad, es perfectamente factible que

la Corte y los tribunales nacionales lleven a cabo durante meses, o incluso años, actuaciones paralelas sobre los mismos delitos. De hecho, esta situación no podrá resolverse hasta que no se haga evidente, ya sea a raíz de la presentación de la excepción de litispendencia frente a las solicitudes de cooperación dirigidas por la Corte a España, ya sea a raíz de la impugnación de la admisibilidad del caso por el imputado sobre la base de las actuaciones desarrolladas en España.

Por otra parte, como se dijo antes en relación con la remisión de situaciones de crisis a la Corte o la solicitud de revisión de la decisión de la Fiscalía de la Corte de no iniciar la investigación sobre la situación remitida o de finalizar la investigación sin proceder a enjuiciamiento alguno, el procedimiento del art. 8 LOCOPI tampoco prevé ninguna participación, ni tan siquiera mediante un dictamen no vinculante, del Consejo General del Poder Judicial o de los órganos judiciales que hayan instruido, o estén instruyendo, el sumario por los delitos cometidos en la situación objeto de la notificación de la Corte.

De esta manera, queda exclusivamente en la esfera del Ejecutivo el recurso a un mecanismo como el de la inhibición, que está principalmente dirigido a evitar las actuaciones paralelas de la Corte y de los tribunales españoles. Ahora bien, en cuanto el mecanismo de inhibición del art. 18 (2) ER se dirige a asegurar el correcto funcionamiento del principio que regula las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, las implicaciones para la política exterior del Estado, que se derivan de su planteamiento, son sin duda menores que las derivadas de la remisión de una situación de crisis. Esto es implícitamente reconocido por la propia LOCCPI al imponer al Ejecutivo el deber de solicitar la inhibición de la Corte cuando los tribunales españoles hayan actuado o estén actuando con respecto a

delitos presuntamente cometidos en el marco de la situación de que se trate, dentro del territorio español o por ciudadanos españoles.

II.2.5.2 El incidente de admisibilidad del art. 19 (2) ER

El art. 9 (1) LOCCPI atribuye al Consejo de Ministros, sobre la base de una propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores, la competencia para decidir en relación con un caso concreto el planteamiento del incidente de jurisdicción o admisibilidad, previsto en el art. 19 (2) ER.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría en relación con la solicitud de inhibición, prevista en el art. 18 (2) ER, el Consejo de Ministros no tiene el deber de aprobar la presentación de una impugnación de jurisdicción o admisibilidad, incluso en el supuesto de que los tribunales españoles hayan actuado o estén actuando con respecto al caso de que se trate.

Como el preámbulo del LOCCPI afirma, la diferencia entre lo dispuesto en los arts. 8 y 9 LOCCPI se basa en la reciente jurisprudencia de las Salas segunda y tercera del Tribunal Supremo español, relativas al deber en unos supuestos, y al derecho en otros, de recurrir ante órganos judiciales externos. Como resultado, si la SCP no ha realizado ninguna declaración de admisibilidad de la situación, bajo investigación conforme al art. 18 (2) ER, el Ejecutivo estará obligado a defender la jurisdicción de los tribunales españoles y, por lo tanto, a presentar una impugnación de la admisibilidad del caso de que se trate, conforme al art. 19 (2) ER.

Sin embargo, si la Sala competente de la Corte ha declarado la admisibilidad de la situación bajo investigación al decidir sobre una solicitud de inhibición, conforme al art. 18 (2) ER, el Ejecutivo deja de estar obligado a defender la jurisdic-

ción de los tribunales españoles, con respecto a cualesquiera de los casos que se puedan derivar de la investigación de dicha situación, y, por lo tanto, se deja a la discreción del Ejecutivo la impugnación o no de su admisibilidad.

Es evidente que el legislador español ha asumido que el objeto de las declaraciones de admisibilidad de la Corte, conforme al art. 18 (2) ER es el mismo que el de sus declaraciones de admisibilidad, conforme al art. 19 ER. Así, debido a que el preámbulo de la LOCCPI y el art. 8 LOCCPI obligan al Ejecutivo a solicitar la inhibición de la Corte, conforme al art. 18 (2) ER, el legislador español ha supuesto que, para el momento en que el estado español pudiera nuevamente alegar la inadmisibilidad de la causa, conforme al art. 19 ER, la Corte debería haber emitido ya una declaración previa de admisibilidad.

Sin embargo, en opinión del autor, la premisa sobre la que el art. 9 (1) LOCCPI ha sido redactado no se ajusta a la realidad del ER y desconoce completamente la fundamental distinción entre situaciones y casos, como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte.

Como hemos visto, el mecanismo de inhibición del art. 18 ER se encuentra a caballo entre la activación provisional de la jurisdicción latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis (o, lo que es lo mismo, la apertura provisional de una investigación sobre dicha situación) y la fase propiamente dicha de investigación de dicha situación⁴⁰⁷. En

407. De ahí que se configure como la segunda parte del proceso de activación de la jurisdicción latente de la Corte sobre una determinada situación de crisis (ver a este respecto OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 72-89).

consecuencia, su objeto está formado por situaciones de crisis definidas en abstracto a través de parámetros territoriales, temporales y/o personales.

Por su parte, como vimos en la primera parte de este estudio, los estados pueden sólo impugnar la admisibilidad de un caso, conforme al art 19(2) ER, una vez que el proceso penal ante la Corte se ha iniciado formalmente mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia. En consecuencia, el incidente de admisibilidad del art. 19 (2) ER tendrá necesariamente por objeto casos en los que se imputa a una o varias personas identificadas la comisión, en uno o varios incidentes determinados, de alguno de los delitos previstos en el ER.

Lógicamente, la variación en el objeto de los análisis de admisibilidad de los arts. 18 (2) ER y 19(2) ER (lo que a su vez repercute en que el nivel de escrutinio de las actuaciones penales nacionales y el grado de información necesario para llevarlos a cabo sea también distinto) impide que las decisiones de la SCP y de la Sala de Apelaciones, sobre la admisibilidad de una determinada situación de crisis, produzcan efectos de cosa juzgada en relación con ulteriores controles de la admisibilidad de cualesquiera de los casos que puedan derivarse de la investigación de dicha situación⁴⁰⁸. Esta realidad es reconocida en el propio encabezamiento del artículo 18 ER, al referirse a las “decisiones preliminares relativas a la admisibilidad”.

Otra cosa muy distinta es la práctica establecida por las SCP I⁴⁰⁹ y II⁴¹⁰ con posterioridad a la aprobación de LOCCPI

408. OLÁSULO, H., Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 447-448.

conforme a la cuál se supedita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia a la previa declaración de admisibilidad, conforme al art. 19 (1) ER, del caso presentado por la Fiscalía. Ahora bien, es importante señalar en este sentido que, mientras la declaración de admisibilidad emitida por la SCP II no tiene un carácter definitivo sino preliminar en cuanto que utiliza un estándar *prima facie*⁴¹¹, la declaración de admisibilidad emitida por la SCP I tiene un carácter definitivo (y por lo tanto no considera apropiado utilizar en esta fase procesal el estándar *prima facie*), si bien se encuentra limitada a la información presentada por la Fiscalía (ya sea *motu proprio* ya sea a petición de la SCP) en su solicitud de orden de arresto⁴¹². De esta manera, dado el carácter di-

409. Ver párrafos 17-20 de la la Decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 que se encuentra en el anexo I a la decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*.

410. Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005, PTC II, ICC-01/04-01/05-53, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 38; Warrant of Arrest for Vincent Otti, PTC II, ICC-01/04-01/05-54, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 38; Warrant of Arrest for Laska Lukwiya, PTC II, ICC-01/04-01/05-55, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 26; "Warrant of Arrest for Okot Odhiambo", PTC II; ICC-01/04-01/05-56, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 28; y "Warrant of Arrest for Dominic Ongwen", PTC II, ICC-01/04-01/05-57, versión pública de 13 de octubre de 2005, párrafo 26.

411. Idem.

412. Ver párrafo 20 de la Decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006 que se encuentra en el anexo I a la decisión de la SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*.

námico del principio de complementariedad, la SCP I deja abierta la posibilidad de volver sobre la admisibilidad del caso si surge información adicional sobre las actuaciones que en relación al mismo, pueden estar llevando a cabo las jurisdicciones nacionales⁴¹³.

La pregunta que se plantea es aquélla relativa a si la determinación *prima facie* de la admisibilidad de un caso sería suficiente, de acuerdo con el art. 9 LOCCPI, para que la obligación del Ejecutivo español de defender la primacía de la jurisdicción de su país, mediante el recurso al incidente de admisibilidad del art.19 (2) ER, se transforme en una mera facultad discrecional cuya utilización dependerá de criterios de conveniencia política no reglados.

La misma cuestión se plantea cuando, siguiendo la práctica de la SCP I, se realiza una declaración de admisibilidad con base en la limitada información presentada por la Fiscalía en su solicitud de emisión de una orden de arresto o de comparecencia, que por lo demás puede haber obviado, perfectamente, las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española.

En nuestra opinión, la regulación del art. 9 (1) LOCCPI responde a la asunción del legislador español de que toda declaración de admisibilidad previa a la posible impugnación, por el estado español, de la admisibilidad de un caso, conforme al art. 19 (2) ER, habrá necesariamente tenido en consideración las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española. Sin embargo, del mismo modo que sé que la asunción del legislador español de que las actuaciones de los art. 18 y 19 ER tienen un mismo objeto procesal no se ajusta a la realidad, la práctica de las SCP I y II también demuestra

413.Idem.

que es perfectamente posible la previa declaración de admisibilidad de un caso, sin que se hayan tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española.

Por ello, entendemos que no cualquier declaración de admisibilidad de un caso debería transformar la obligación del Ejecutivo de defender la primacía de la jurisdicción española ante la Corte en una mera facultad discrecional. Por el contrario, el art. 9 (1) LOCCPI debería ser interpretado en el sentido de que dicha transformación sólo se produce cuando de la declaración de admisibilidad de la Corte, con respecto al caso de que se trate, se deduce que aquélla ha tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española con respecto a dicho caso. De lo contrario, entendemos que la finalidad de la LOCCPI, que no es otra, tal y como se expresa en su preámbulo, que promover la primacía formal de la jurisdicción española *vis-a-vis* la Corte de acuerdo con el principio de complementariedad de esta última, se vería truncada.

Hemos dejado para el final el problema relacionado con la total exclusión tanto de los órganos judiciales españoles como del Consejo General del Poder Judicial del proceso de presentación del incidente de admisibilidad del art. 19 (2) ER, de manera que el mismo se desarrolla exclusivamente en la esfera del ejecutivo. Esta exclusión ha sido una vez más justificada por las posibles implicaciones que pudieran derivarse para la política exterior española como consecuencia de la impugnación de la admisibilidad de un caso ante la Corte.

Sin embargo, en opinión del autor, el incidente del art. 19 (2) ER, a diferencia de los mecanismos de remisión de situaciones a la Corte y de solicitud de inhibición de esta última, con respecto a una investigación, se trata de un mecanismo procesal que pretende asegurar el correcto funcionamiento del

principio de complementariedad (y en particular el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales) en relación con un caso concreto.

Vendría, por lo tanto, a cumplir una función similar a aquella que dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales cumplen las cuestiones de competencia y las solicitudes de inhibición. La única diferencia es que al tratarse la Corte de una jurisdicción distinta, que opera en la esfera internacional, no puede faltar quien observe implicaciones políticas en una actividad puramente jurisdiccional como es la de solicitar a la Corte que se inhiba de conocer acerca de un determinado asunto, porque los tribunales nacionales están conociendo o han conocido del mismo.

II.2.5.3. Transferencia a la Corte de las actuaciones de los órganos de la jurisdicción española y renuncia a la primacía formal de la jurisdicción española

Es importante referirse, siquiera brevemente, a la cuestión de la transferencia a la Corte de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española, así como a la llamada renuncia a la complementariedad, que no consiste sino en una declaración expresa de las autoridades españolas por las que renuncian a impugnar la admisibilidad de una determinada situación de crisis o de un caso concreto.

Son estas figuras que no aparecen expresamente recogidas en el ER y que en opinión del autor plantean problemas de compatibilidad, con el objetivo último del principio de complementariedad, que no es otro sino incentivar a las jurisdicciones nacionales para que sean ellas mismas las que in-

vestiguen y enjuicien los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto⁴¹⁴.

En cualquier caso es importante subrayar que, en opinión del autor, la LOCCPI no deja espacio alguno para la transferencia a la Corte de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de la jurisdicción española ni para la emisión de una declaración expresa, renunciando al principio de primacía formal de la jurisdicción española. En primer lugar, la LOCCPI no se refiere expresamente a esta posibilidad.

En segundo lugar, como ya hemos señalado, la interpretación del art. 8(1) LOCCPI, a la luz del preámbulo de dicha ley, impone en el Ejecutivo español la obligación de solicitar la inhibición de la Corte con respecto a la investigación de los delitos presuntamente cometidos en una determinada situación de crisis a los efectos de defender así la primacía formal de los órganos de la jurisdicción de su país.

En tercer lugar, la discreción conferida al Ejecutivo para recurrir al incidente del art. 19 (2) ER, para defender la primacía formal de la jurisdicción española con respecto a un caso concreto⁴¹⁵, es únicamente el resultado de la inadecuada asunción por el legislador español de que el objeto de los dictámenes de admisibilidad conforme a los art. 18 (2) ER, y 19 (2) ER es el mismo⁴¹⁶.

En opinión del autor, el hecho de que la distinción entre situaciones y casos, como objeto de las distintas actuaciones procesales ante la Corte, provoque que la premisa sobre la

414. OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 169 and 170.

415. Art. 9 LOCCPI.

416. Preámbulo de la LOCCPI.

que el legislador español ha redactado los arts. 8 y 9 LOCCPI no se corresponda con la realidad, no puede utilizarse para interpretar dichas disposiciones en el sentido de conferir al Ejecutivo la facultad de transferir las actuaciones de los órganos de la jurisdicción española a la Corte. Por el contrario, tanto el preámbulo del LOCCPI como la jurisprudencia allí mencionada de las Salas Segunda y Tercera del Tribunal Supremo español apoyan una interpretación bien distinta.

II.2.6. La LOCCPI y la eficacia de las declaraciones de admisibilidad de situaciones y de casos en el ordenamiento jurídico español

Uno de los problemas cruciales con los que ha de enfrentarse toda ley nacional de cooperación con la Corte es el relativo a la eficacia de las resoluciones de admisibilidad dictadas por esta última tras examinar las actuaciones que se han llevado a cabo, o se están llevando a cabo a nivel nacional, en relación con la situación de crisis o el caso de que se trate. Se plantea, en primer lugar, la necesidad de regular que va a ocurrir con las investigaciones y enjuiciamientos nacionales en curso que a juicio de la Corte no cumplen con los requisitos exigidos por art. 17 ER para justificar una declaración de inadmisibilidad. Pero además es necesario determinar que va a ocurrir con aquellas resoluciones firmes adoptadas por los tribunales nacionales que a juicio de la Corte tampoco justifican una declaración de inadmisibilidad.

La LOCCPI regula la primera cuestión en su art. 10. De acuerdo con esta disposición, si a pesar de la solicitud de inhibición del estado español a la Corte conforme al art. 18 (2) ER o de la impugnación de la admisibilidad del caso conforme al art. 19 (2) ER, la Corte declara la admisibilidad de la situación de crisis o del caso de que se trate y decide seguir adelante con sus actuaciones, los órganos judiciales españoles deberán inhibirse a favor

de la Corte y, si esta última así lo solicita, deberán remitir a la Corte lo actuado.

Esta disposición no es sino la consecuencia de reconocer la primacía material de la Corte *vis-a-vis*, *sinembargo* la jurisdicción española se ve también afectada por la falta de consideración puesta por el legislador español a la distinción entre situaciones y casos, como objeto de las actuaciones de los arts. 18(2) y 19(2) ER. Así, no parece razonable que el dictamen de admisibilidad de una cierta situación de crisis pueda impedir a los órganos de la jurisdicción española desarrollar actuaciones con respecto a cualquiera de los delitos presuntamente cometidos en la situación, bajo investigación.

En opinión del autor, el archivo de las actuaciones nacionales y la remisión de lo actuado a la Corte, a raíz de una declaración de admisibilidad es un instrumento necesario para que el carácter dinámico del principio de complementariedad no termine por paralizar las actuaciones ante la Corte. De otra forma, se corre el peligro de que ante una declaración de admisibilidad, las jurisdicciones nacionales afectadas “re-activen” sus actuaciones, con el fin de lograr hacer valer con posterioridad su primacía formal sobre la Corte.

Ahora bien, al mismo tiempo no se puede olvidar que el carácter dinámico del principio de complementariedad, y la posibilidad de alegar la primacía formal de las jurisdicciones nacionales, hasta el mismo momento del inicio del juicio oral conforme al art. 19 (4) ER, tiene por finalidad última incentivar la puesta en marcha de los mecanismos nacionales para la persecución penal de los delitos que más gravemente afectan a la comunidad internacional.

Por ello, la aplicación estricta del art. 10 LOCCPI parece ir en una dirección contraria a la consecución de esta finalidad, puesto que la mera declaración de admisibilidad de una situación de

crisis en una fase tan inicial de las actuaciones ante la Corte, como es aquélla del art. 18 ER, impediría a los órganos de la jurisdicción española, cuando apenas ha comenzado la Corte a investigar la situación afectada y cuando ningún caso ha surgido todavía de dicha investigación, actuar en relación con cualesquiera de los delitos previstos en el ER que hayan podido cometerse en dicha situación.

En consecuencia, en opinión del autor, el ámbito de aplicación del art. 10 LOCCPI debería haberse limitado expresamente a las declaraciones de admisibilidad de casos, conforme al art. 19 ER. Es precisamente en el marco del proceso penal propiamente dicho, que tiene por objeto casos dirigidos contra personas identificadas por uno o más incidentes concretos, donde el archivo de las actuaciones por los órganos de la jurisdicción española y la remisión de lo actuado a la Corte a resultas de una declaración de admisibilidad es perfectamente compatible con la finalidad última del principio de complementariedad.

Ahora bien, al abordar esta cuestión es importante tener también en consideración la práctica de la SCP I y de la SCP II que, como ya hemos señalado, nos muestra que es perfectamente posible la emisión de una declaración de admisibilidad de un caso sin que se hayan tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española.

Lógicamente, en estas circunstancias, el archivo de las actuaciones de los órganos de la jurisdicción española y la remisión de lo actuado a la Corte, conforme a lo dispuestos en el art. 10 LOCCPI, sería contrario tanto al principio de primacía de la jurisdicción española *vis-a-vis* la Corte como a la finalidad última del principio de complementariedad, consistente en que sean las jurisdicciones nacionales, incluida la española, las que investiguen y enjuician primariamente los delitos

recogidos en el ER. De hecho si el art. 10 LOCCPI se aplicare en estas circunstancias, los órganos de la jurisdicción española no tendrían más remedio que archivar sus actuaciones y remitir lo actuado a la Corte, sin que esta última hubiera declarado su incapacidad o falta de disposición para llevarlas realmente a cabo.

Por ello, en opinión del autor, para evitar cualquier disfuncionalidad en la aplicación del principio de complementariedad, el art. 10 LOCCPI debería ser únicamente aplicable cuando de la declaración de admisibilidad de un caso por la Corte, conforme al art. 19 ER, se deduzca que aquélla ha tenido en consideración las actuaciones desarrolladas por los órganos de la jurisdicción española con respecto al caso en cuestión. De no ser así, el Ejecutivo, en aplicación del art. 9(1) LOCCPI, interpretado a la luz de su preámbulo, debería, conforme al art. 19 (2) ER, impugnar tan pronto como fuera posible la admisibilidad del caso, y sólo cuando la Corte reafirmara su previa decisión de admisibilidad a resultas de la falta de capacidad o de disposición de los órganos de la jurisdicción española, para llevar realmente a cabo sus actuaciones, éstos últimos deberían, en aplicación del art. 10 LOCCPI, archivar dichas actuaciones y remitir lo actuado a la Corte.

La LOCCPI, como prácticamente todas las leyes de cooperación con la Corte aprobadas hasta el momento, mantiene absoluto silencio sobre la eficacia de aquellas resoluciones firmes dictadas por los órganos judiciales españoles que se vean afectadas por una declaración de admisibilidad. Los problemas derivados de este vacío legislativo hace tiempo ya que han sido subrayados en los siguientes términos:

Desde una perspectiva exclusivamente nacional, las actuaciones de la CPI, sobre hechos que han sido objeto de una resolución firme de las jurisdicciones nacionales, constituirán una violación del principio *ne bis in idem*, recogido en los

ordenamientos jurídicos internos, a no ser que en estos últimos se establezca un mecanismo que prive de eficacia a las resoluciones firmes nacionales cuando la CPI las declara ineficaces a los efectos del ER. Esta violación del principio *ne bis in idem* impedirá a los Estados afectados cumplir con sus obligaciones de cooperación con la CPI, especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos en los que las garantías derivadas de mismo tengan rango constitucional⁴¹⁷.

En opinión del autor, la presencia de este vacío en la LOCCPI, así como en las otras leyes nacionales de cooperación con la Corte, aprobadas hasta el momento, es fruto de la resistencia de los legisladores nacionales ha reconocer las consecuencias últimas del principio de primacía material de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales.

A la hora de poner fin a este vacío legislativo la diferencia entre situaciones y casos vuelve a jugar un papel fundamental en cuanto que la nulidad de las resoluciones firmes de los órganos judiciales nacionales debería estar supeditada a la existencia de una declaración de admisibilidad de un caso, conforme al art. 19 ER, de la que pudiera deducirse que la resolución nacional firme afectada ha sido tomada en consideración por la Corte a la hora de emitir su declaración.

Sobre esta premisa entiende el autor que sería necesario añadir, de acuerdo con las peculiares características del ordenamiento jurídico español, un quinto supuesto de nulidad de pleno derecho a los cuatro actualmente recogidos en el art. 238 LOPJ.

417. OLÁSULO, H. Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 223-224.

II.3. Legislación española de Cooperación con la Corte Penal Internacional⁴¹⁸

II.3.1. Proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma en España

El 4 de octubre de 2000 la ley Orgánica 6/2000, por la que se autoriza al gobierno español el Estatuto de Roma (“ER”) de la Corte Penal Internacional (“CPI/Corte”), fue aprobada de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Española (“CE”)⁴¹⁹. Días después, el 25 de octubre de 2000, el instrumento de ratificación del ER fue depositado con el Secretario General de las Naciones Unidas con lo que España pasó a convertirse en el estado miembro número 22 del ER⁴²⁰.

418.Publicado en el libro *Cooperación Internacional y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional*, Ambos, K./Malarino, E., (Eds.), publicado por la Fundación Konrad Adenauer/Universidad de Göttingen, Montevideo (Uruguay), 2007 pp. 315-350

419.YÑEZ BARNUEVO, J.A. Y Roldán, A. *Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court*. En: *The Rome Statute and Domestic Legal Orders.: General Aspects and Constitutional Issues*, Kress, C. Y Lattanzi F. (eds.), Ripa di Fagnano Alto/Baden Baden, Vol. I, (2003). pp. 201-203.

420.El instrumento de ratificación contenía la siguiente declaración a los efectos del artículo 103 (1)(b) ER, la cuál había sido autorizada por la disposición adicional de la Ley Orgánica 6/2000: “España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la

El artículo 96 CE establece un sistema monista en relación con la recepción en el ordenamiento jurídico español de los tratados internacionales concluidos por España, que sólo requiere la publicación del tratado de que se trate en el Boletín Oficial del Estado. El ER fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 27 de Mayo de 2002⁴²¹, de manera que a partir de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 ha formado parte en su integridad del ordenamiento jurídico español y las autoridades administrativas y judiciales españolas han estado obligadas a aplicar aquellas disposiciones del ER que son lo suficientemente específicas como para ser aplicadas directamente (disposiciones auto-ejecutivas). Además, debido al lugar de privilegio que, conforme al artículo 96 CE, las disposiciones recogidas en los tratados internacionales, de los que España es parte, ocupan en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, ninguna ley posterior puede derogar, modificar o suspender disposición alguna del ER a no ser que España lo denuncie previamente, de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas finales del propio ER⁴²².

pena impuesta no exceda del más elevado, previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española”.

Además, en el momento de depositar el instrumento de ratificación, España realizó también la siguiente declaración adicional: “En relación con el párrafo 1 del artículo 87 del Estatuto, el Reino de España declara que, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Justicia será la autoridad competente para tramitar las solicitudes de cooperación que formule la Corte y aquellas que se dirigieren a la misma. En relación con el párrafo 2 del artículo 87 del Estatuto, el Reino de España declara que las solicitudes de cooperación que le dirija la Corte y los documentos que las justifiquen deberán estar redactados en español o acompañados de una traducción al español”.

421. Artículo 126(1) ER.

422. YAÑEZ BARNUEVO, J.A. / ROLDÁN, A. *Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court*, en *The Rome Statute and Domestic*

Ciertos instrumentos legislativos suplementarios del ER, y en particular las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) y el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (“APIC”), son también relevantes en relación con el procedimiento que los Estados Partes han de seguir en cumplimiento de sus obligaciones de cooperación con la Corte.

Las RPP entraron en vigor tras su adopción por unanimidad por la Asamblea de los Estados Partes, celebrada en Nueva York entre el 3 y el 10 de septiembre de 2002⁴²³. Sin embargo, a pesar de que la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre de 2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional (“LOCCPI”) afirma con buen sentido que “las Reglas de Procedimiento y Prueba así como sus enmiendas se publicarán en el ‘Boletín Oficial del Estado’”, dicha publicación no se ha producido todavía a la fecha de conclusión del presente artículo. Por lo tanto, de acuerdo con la legislación española, las RPP no forman parte todavía del ordenamiento jurídico español y las autoridades administrativas y judiciales españolas no se encuentran obligadas a aplicar directamente sus disposiciones auto-ejecutivas.

El 21 de abril de 2003, España firmó el APIC, que había sido elaborado entre 1999 y 2002 por la Comisión Preparatoria y que se abrió a la firma de los Estados el 10 de septiembre de 2002. Sin embargo, a pesar de su entrada en vigor el 22 de julio de 2004⁴²⁴, España no lo ha ratificado todavía.

Legal Orders.: General Aspects and Constitutional Issues, Kress, C./Lattanzi F. (eds.), Ripa di Fagnano Alto/Baden Baden, Vol. I, 2003, p. 203.

423.El artículo 51 ER requiere una mayoría de dos tercios.

424.Conforme al artículo 35 (1) APIC, el APIC entró en vigor 30 días después de que Canadá depositará su instrumento de ratificación con el Secretario General de las Naciones Unidas el 22 junio de 2004.

Conviene también subrayar que la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de 2003 que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, implementa las disposiciones del ER relativas a los delitos y a los principios generales de derecho penal recogidos en el ER.

Por su parte, la LOCCPI regula los órganos competentes y el procedimiento a seguir en materia de cooperación entre España y la Corte⁴²⁵, y reafirma la siguiente jerarquía normativa⁴²⁶: i) el ER⁴²⁷; (ii) sus instrumentos legislativos suplementarios, y en particular las RPP⁴²⁸; (iii) los acuerdos específicos de cooperación que España pueda firmar con la Corte en materias tales como la ejecución de sentencias⁴²⁹; (iv) la LOCCPI; y (v) las leyes orgánicas y procesales de aplicación general en el ordenamiento jurídico español⁴³⁰.

425. Artículo 1 LOCCPI.

426. Idem.

427. Tras la ratificación por España del ER, su entrada en vigor y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, aquellas disposiciones en materia de cooperación entre España y la Corte cuyo contenido es lo suficientemente específico (disposiciones auto-ejecutivas) son directamente aplicables por los órganos judiciales y administrativos españoles. De ahí que el artículo 1 LOCCPI afirme que, de acuerdo con la CE, las disposiciones auto-ejecutivas contenidas en el ER en materia de cooperación constituyen la primera fuente normativa en la regulación del régimen de cooperación de España con la Corte.

428. Los instrumentos legislativos que suplementen el ER en materia de cooperación de España con la Corte, y en particular las RPP, constituirán una vez publicados en el BOE, la segunda fuente normativa del régimen de cooperación de España con la Corte. .

429. Estos acuerdos sólo se incorporarán al ordenamiento jurídico español tras su ratificación por España, su entrada en vigor y su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

430. Artículo 1 LOCCPI.

La LOCCPI sigue en la medida de lo posible la estructura de las Leyes Orgánicas 15/1994 de 1 de junio de 1994 y 4/1998 de 1 de julio de 1998 de cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) y con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”)⁴³¹. Además, en su redacción, el legislador español ha intentado evitar repeticiones, teniendo en cuenta la naturaleza auto-ejecutiva de numerosas disposiciones recogidas en el ER y en las RPP⁴³².

431. Preámbulo LOCCPI. Ver también YAÑEZ BARNUEVO, J.A. / ROLDÁN, A. *Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court*, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders.: General Aspects and Constitutional Issues*, Kress, C./Lattanzi F. (eds.), Ripa di Fagnano Alto/Baden Baden, Vol. I, 2003, p. 205.

432 Sin embargo, una parte de la doctrina española sostiene que hubiera sido preferible elaborar un texto comprensivo que hubiese integrado todas las disposiciones que los órganos nacionales competentes deben tener en cuenta al ejecutar las solicitudes de cooperación de la Corte. En opinión de estos autores, esta última opción presenta importantes ventajas debido a: (i) la complejidad del régimen de cooperación previsto en el ER y en las RPP; (ii) el número de disposiciones auto-ejecutivas existentes en ambos textos; (iii) el hecho de que las RPP no han sido publicadas todavía en el Boletín Oficial del Estado; (iv) la multiplicidad de fuentes que hay que tener en consideración para la interpretación y aplicación de la LOCCPI; y (v) la falta de costumbre de las autoridades judiciales y administrativas españolas a la hora de aplicar la normativa derivada de los tratados internacionales, particularmente en material procesal penal. Ver a este respecto, BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), Sección 1, p. 36 y 37.

II.3.2. Remisión de situaciones y comunicaciones a la Corte y principio de complementariedad

II.3.2.1. La inversión del principio de complementariedad en relación con los delitos recogidos en el ER presuntamente cometidos por no españoles fuera de territorio español

El funcionamiento práctico del principio de complementariedad fue una de las cuestiones que acapararon mayor atención durante el proceso parlamentario en España que concluyó con la aprobación de la LOCCPI. El debate parlamentario tuvo siempre como referente la interpretación que el Tribunal Supremo español había realizado en sus sentencias más recientes del artículo 23 (4) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”) ⁴³³, que recoge el principio de justicia universal⁴³⁴.

433.A pesar de las interpretaciones más amplias previamente adoptadas por la Sala de lo Penal de la *Audiencia Nacional* (ver por ejemplo los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de Noviembre de 1998), la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 (“STS de 20 de mayo de 2003”) introduce el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española como presupuesto para la actuación con base en el principio de justicia universal. Conforme a este presupuesto, el querellante debe mostrar la existencia de indicios serios y razonables de que los hechos incluidos en su querrela no han sido perseguidos penalmente de manera efectiva con anterioridad al momento de presentación de la querrela por los órganos competentes del estado territorial. Además, las razones a que esta situación se haya podido deber no tienen relevancia alguna cara a la concurrencia de dicho presupuesto. Ver Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 712/2003, de 20 de mayo de 2003, fundamento jurídico sexto.

El querellante, sin embargo, no necesita ir más allá de mostrar indicios serios y razonables, sin que, por lo tanto, le sea exigible (tal y como la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febre-

ro de 2003 (“STS de 25 de febrero de 2003”) parecía requerir en un primer momento a través del llamado principio de subsidiariedad de la jurisdicción española) el tener que convencer al órgano competente de la jurisdicción española de la inactividad o de la ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el estado territorial. A juicio de la STS de 20 de mayo de 2003, esta última exigencia supondría imponer al querrelante una carga insuperable en la fase inicial de las actuaciones, lo que conllevaría que los órganos jurisdiccionales españoles se vean impedidos de hecho de actuar con base en el principio de justicia universal. Además, la STS de 20 de mayo de 2003, se aparta también de la STS de 25 de febrero de 2003, en cuanto que considera contrario a la propia naturaleza del principio de justicia universal la exigencia de la concurrencia de uno de los dos siguientes criterios alternativos para que los órganos jurisdiccionales españoles puedan actuar con base en el principio de justicia universal: (i) que la persona imputada se encuentre en territorio español y España decida no extraditarla a ninguno de los estados que, de acuerdo con el tratado correspondiente, podrían ejercer su jurisdicción sobre los delitos que se le imputan; o (b) que haya una conexión entre los hechos imputados y los intereses nacionales españoles. Ver, a este respecto, el fundamento jurídico sexto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 712/2003 de 20 de mayo de 2003 en relación con el fundamento jurídico sexto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Núm. 327/2003 de 25 de febrero de 2003.

Con posterioridad al debate parlamentario que concluyó con la aprobación de la LOCCPI, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, ha rechazado la doctrina contenida en la STS de 25 de febrero de 2003, tanto en lo que se refiere al alcance de la prueba de la inactividad o ineficacia de las actuaciones desarrolladas en el estado territorial, como en lo que se refiere a la imposibilidad de actuar con base en el principio de justicia universal a falta de un segundo vínculo de conexión entre los hechos o la persona imputada y la jurisdicción española (ya sea la custodia de la persona, ya sea la afectación de los intereses nacionales españoles). Además, en opinión del autor, el Tribunal Constitucional ha reafirmado de manera implícita el criterio de la necesidad de la intervención de los órganos de la jurisdicción española, como presupuesto para la actuación, con base en el principio de justicia universal. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 230/2005, de 26 de septiembre de 2005, fundamentos jurídicos 6 a 9.

434.El artículo 23 (4) LOPJ dispone lo siguiente:

El debate parlamentario se centró en el artículo 7(2) del proyecto de LOCCPI que instruía a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstuviesen de actuar cuando les fuera comunicada la *notitia criminis* o cuando se les presentara una petición administrativa en relación con delitos previstos en el ER cometidos por no españoles fuera de España. El órgano afectado debería, por lo tanto, limitarse a informar a las personas físicas o jurídicas que hubiesen presentado la denuncia o solicitud de la posibilidad de presentarla directamente ante la Fiscalía de la Corte, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13(c) y 15 ER. Además, el artículo 7(2) del proyecto de LOCCPI prohibía también a los órganos judiciales y a los miembros del Ministerio Fiscal que actuaran de oficio cuando tuvieran conocimiento de la posible comisión de alguno de los delitos previstos en el ER por no españoles fuera de territorio español⁴³⁵.

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- (a) Genocidio.
- (b) Terrorismo.
- (c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- (d) Falsificación de moneda extranjera.
- (e) Los relativos a la prostitución.
- (f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- (g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

435. El proyecto de LOCCPI preveía, sin embargo, una excepción en la aplicación de su artículo 7 (2) cuando pudiese afectar: (i) a la jurisdicción de los órganos de la jurisdicción militar española sobre acciones u omisiones cometidas por las tropas nacionales fuera de España; o (ii) al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los órganos judiciales españoles que acompañan a las tropas españolas fuera de su país.

Durante el debate parlamentario, algunos apuntaron que este proyecto restringía el alcance del principio de justicia universal, tal y como se recoge en el artículo 23(4) LOPJ, puesto que impediría su aplicación en relación con los delitos previstos en el ER. Como resultado, paradójicamente, la creación de la Corte supondría el principio del fin del principio de justicia universal en España⁴³⁶.

Otros, apoyados por una parte importante de la doctrina⁴³⁷, afirmaron que esta propuesta no se encontraba en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una Corte Penal Internacional informada por el principio de complementariedad. Para quienes se encontraban en este segundo grupo, la Corte no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes (ya sean de carácter nacional o internacional) para luchar contra la impunidad en relación con los delitos que más gravemente menoscaban los valores superiores de la comunidad internacional. Por el contrario, la Corte constituye un mecanismo adicional que se dirige a incentivar a las jurisdicciones nacionales para que los mecanismos existentes, para la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos a nivel nacional,

Esta excepción fue finalmente incluida en el párrafo segundo de la tercera disposición adicional de la LOCCPI.

436. Enmienda Núm. 1 a la LOCCPI, presentada por B. Lasagabáster del Grupo Parlamentario Mixto.

437. Ver entre otros, BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 2.5, pp. 97-102; POZO SERRANO, M.P. *Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: Un balance provisional*, en *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pp. 299-346, 345; y PUEYO LOSA, J. *Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional*. En: *Cooperación Jurídica Internacional*, Álvarez González / Tejada (Coord.), Madrid. (2001), pp. 141-203, 145.

sean más efectivos. Por ello, la Corte sólo actúa directamente cuando las jurisdicciones nacionales, a pesar de los incentivos recogidos en el ER, permanecen inactivas o no tienen la disposición o la capacidad para afrontar la lucha contra la impunidad. De esta manera, la creación de la Corte no podía ser utilizada como una excusa para limitar el alcance de algunos de los mecanismos existentes en la ley española para la investigación y enjuiciamiento de los delitos previstos en el ER. Más bien, al contrario, la creación de la Corte debería promover su ejercicio más efectivo.

Sin embargo, la gran mayoría de los parlamentarios españoles, junto con una parte de la doctrina⁴³⁸, entendían que la primacía formal de la jurisdicción española, tal y como se deriva del principio de complementariedad, se encuentra limitada a los delitos cometidos en el territorio español o por españoles en el extranjero⁴³⁹. Como resultado el artículo 7(2) del proyecto de LOCCPI fue aprobado con la inclusión de un párrafo adicional que permitía a los órganos judiciales competentes y al Ministerio Fiscal adoptar las medidas cautelares urgentísimas que fueran necesarias para, entre otras cosas, evitar la pérdida de la prueba.

Además, se introdujo el artículo 7(3) LOCCPI para permitir que las denuncias o solicitudes, inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles pudieran ser nuevamente presentadas ante los mismos, y esta vez sí tramitadas, cuando la Corte

438.SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia, 2004. p. 394; y LATTANZI, F., *Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des états*. En: *Revue Générale de Droit International Public*, (1999); pp. 425-444, pp. 430-431.

439.BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 2.5, p. 100.

se abstuviese de actuar, ya sea porque la Fiscalía decida no iniciar una investigación sobre la situación a la que refieren las denuncias o solicitudes de que se trate, o porque se produce una declaración de inadmisibilidad. Con ello se aseguraba la posibilidad de aplicar el principio de justicia universal en relación con delitos previstos en el ER, si bien sólo después de que la Corte hubiera decidido abstenerse.

A pesar de las mejoras resultantes del debate parlamentario, y al margen de ciertos problemas técnicos apuntados por Bujosa Vadell⁴⁴⁰, el autor tiende a compartir la posición de aquéllos que consideran que los párrafos segundo y tercero del artículo 7 LOCCPI invierten el contenido de la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales tal y como se define por el principio de complementariedad. En opinión del autor, la prohibición de actuar impuesta a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales, así como la obligación de informar a los denunciantes o solicitantes de la posibilidad de transmitir la *notitia criminis* a la Fiscalía de la Corte, tiene su origen en una visión de la Corte como sustituto de la jurisdicción española en la persecución penal de los delitos cometidos por no españoles fuera de España⁴⁴¹.

440.Ibid, pp. 96-98.

441.Incluso si el legislador español ha basado su elección en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español que establece la necesidad de intervención de la jurisdicción española como presupuesto para la aplicación del principio de justicia universal, el legislador español no parece haber dado la importancia suficiente a la distinción entre lo que constituye, por un lado, una jurisdicción de *ultima ratio* como aquélla de la Corte y, por otro lado, el principio de que las jurisdicciones nacionales de los estados en cuyo territorio se cometen los crímenes más graves para la comunidad internacional tienen una responsabilidad primaria en su investigación y enjuiciamiento.

Además, el artículo 7 (2) LOCCPI parece haber sido redactado en el entendimiento de que, conforme al ER, la Corte puede abrir directamente una investigación sobre un caso concreto (es decir contra un individuo determinado en relación con uno o varios incidentes específicos). Sin embargo, esta presunción ni se corresponde con la distinción entre situaciones y casos recogida en el ER, ni con el hecho de que situaciones de crisis (y no casos) sean el objeto del proceso de activación y de la fase de investigación de una situación que antecede al inicio del proceso penal ante la Corte, mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia⁴⁴². Como resultado, es más que probable que el siguiente escenario se produzca:

- (a) Una primera denuncia o solicitud administrativa será presentada ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles;
- (b) El órgano ante el que se presenta la denuncia o solicitud informará al denunciante o solicitante de la posibilidad de comunicar la *notitia criminis* ante la Fiscalía de la Corte;
- (c) El denunciante o solicitante enviará una nueva denuncia a la Fiscalía de la Corte conforme al artículo 15 (1) ER;
- (d) La Fiscalía de la Corte, conforme al artículo 15(2) ER, procederá durante meses, o incluso años, al examen preliminar de la situación de crisis en el contexto de la cuál se hayan cometido los hechos denunciados;

442. OLÁSULO, H. *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Valencia, 2003. pp. 105 *et seq.*

- (e) Tras el examen preliminar de la situación en su conjunto, la Fiscalía de la Corte, dada la limitación de recursos materiales y a no ser que la gravedad de los delitos cometidos de manera sistemática o generalizada en la situación de que se trate así lo requiera, decidirá no solicitar la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre dicha situación;
- (f) La Fiscalía de la Corte procederá, conforme al artículo 15 (6) ER, a informar al denunciante o solicitante de su decisión de no pedir la autorización de la SCP para iniciar una investigación sobre la situación de que se trate; y
- (g) El denunciante o solicitante no tendrá más remedio que acudir de nuevo, años más tarde, a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal o a los departamentos ministeriales españoles, que en esta ocasión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7(3) ER, sí podrán proceder a tramitar la denuncia o la solicitud y, por lo tanto, a investigar los hechos denunciados.

En consecuencia, en opinión del autor, la inversión del principio de complementariedad y la falta de cuidado en ajustar la LOCCPI a la distinción entre situaciones y casos provocará que sean los mismos órganos judiciales españoles (o el Ministerio Fiscal), que tuvieron que abstenerse al recibir la primera denuncia, los que en última instancia deberán investigar y enjuiciar los hechos imputados en aplicación del principio de justicia universal, previsto en el artículo 23 (4) LOPJ. Ni que decir tiene que esta regulación pone gravemente en peligro la eficacia de los sumarios instruidos años después de la presentación por primera vez de la denuncia.

Pero todavía son más graves aquellos casos en los que órganos judiciales españoles o el Ministerio Fiscal tienen conocimiento de oficio de la presunta comisión por no españoles

fuera del territorio español de delitos previstos en el ER. En estos casos, el artículo 7 (2) LOCCPI les prohíbe practicar de oficio, con base en el principio de justicia universal, las diligencias de investigación necesarias para la comprobación del carácter delictivo de los hechos y la determinación de sus presuntos responsables. Además, en tanto la LOCCPI no legitima a los órganos judiciales españoles ni al Ministerio Fiscal a transmitir a la Fiscalía de la Corte la *notitia criminis* de estos delitos, aquéllos deberán permanecer impasibles ante el conocimiento de los mismos. Y esto a pesar de que, según lo previsto en los artículos 105 y 299 *et seq* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (“LECr”), el principio de legalidad, y no el de oportunidad (ya sea esta pura o reglada), es el que informa la práctica de diligencias de investigación.

II.3.2.2. Remisión de una situación de crisis a la Fiscalía de la Corte por el estado español y solicitud de revisión de la decisión de la Fiscalía de la Corte de no proceder a su investigación

El preámbulo de la LOCCPI señala que uno de los objetivos de la misma es regular de manera particularmente cuidadosa el procedimiento para la remisión por las autoridades españolas de situaciones de crisis a la Corte, conforme a los artículos 13(a) y 14 ER.

El artículo 7(1) LOCCPI regula esta materia mediante la atribución al gobierno español (acuerdo del Consejo de Ministros), en cuanto que órgano constitucionalmente responsable de la política exterior española⁴⁴³, de la potestad última

443.Art. 97 CE.

para decidir sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte, de manera que puedan valorarse adecuadamente las implicaciones que en la política exterior del estado pueda tener dicha remisión.

La competencia para proponer ante el Consejo de Ministros la remisión de una situación a la Corte se atribuye conjuntamente a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores. El mismo procedimiento debe ser seguido en caso de que se pretenda solicitar a la SCP, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53(3)(a) ER, que revise la decisión de la Fiscalía de la Corte de no proceder a la investigación de una situación remitida por España o de poner fin a la investigación de dicha situación sin proceder a enjuiciamiento alguno⁴⁴⁴.

Un sector de la doctrina española ha mostrado su preocupación con el artículo 7(1) LOCCPI, puesto que deja exclusivamente en manos del Ejecutivo la propuesta y decisión sobre la remisión de situaciones de crisis a la Corte y sobre la presentación de solicitudes de revisión de las decisiones de la Fiscalía de la Corte de no investigar o de finalizar una investigación sin iniciar enjuiciamiento alguno⁴⁴⁵.

En opinión del autor, el proceso debería haber incluido también el dictamen consultivo del Consejo General del Poder Judicial para así dar entrada a otras consideraciones al margen de las meramente políticas, puesto que algunos de los presupuestos para la activación de la jurisdicción latente de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis con-

444. Art. 7.1 LOCCPI.

445. Ver entre otros BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 4.3, pp. 183-184.

sisten en la existencia de indicios razonables de criminalidad y en la admisibilidad de dicha situación⁴⁴⁶.

Sin embargo, parece adecuado que el legislador haya optado por atribuir al Consejo de Ministros la decisión última sobre la remisión de una situación de crisis a la Corte. Así, en primer lugar, conforme a los artículos 13(a) y 14 ER el objeto de la remisión son situaciones de crisis definidas por criterios territoriales, temporales y/o personales⁴⁴⁷. En segundo lugar, la remisión de una situación automáticamente inicia el procedimiento de activación para determinar si se activa o no la jurisdicción latente de la Corte en relación con la situación de crisis remitida y, por lo tanto, si la Corte inicia o no una investigación sobre delitos presuntamente cometidos en la misma⁴⁴⁸. Finalmente, mediante la remisión prevista en los artículos 13(a) y 14 ER, el estado español se convertiría en parte activa del proceso de activación ante la Corte, y los Estados afectados por el conflicto o situación remitida por España se convertirían muy probablemente en partes pasivas de dicho proceso de acuerdo a lo previsto en el artículo 18 (2) ER. Como resultado, en opinión del autor, la remisión de una situación conforme a los artículos 13(a) y 14 ER tiene mayores implicaciones para la política exterior española que las que hipotéticamente podría tener la transmisión a la Corte de una denuncia en su sentido tradicional.

446.OLÁSOLO, H. *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 40 y 41.

447.OLÁSOLO, H. *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Valencia, 2003, p. 106.

448.Ibid, pp. 107 y 391-403.

II.3.3. Cuestiones generales sobre el régimen de cooperación de España con la Corte

Varias son las cuestiones de carácter general que el régimen de cooperación de España con la Corte suscita. Entre ellas conviene subrayar, en primer lugar, la relativa al impacto de dicho régimen en la distinción en el ordenamiento jurídico español entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria⁴⁴⁹. El párrafo primero de la disposición adicional primera de la LOCCPI regula esta cuestión al establecer que, cuando de acuerdo a lo previsto en las leyes españolas de aplicación general⁴⁵⁰, la ejecución de una solicitud de cooperación de la Corte corresponda a la jurisdicción militar, las referencias contenidas en la LOCCPI al Juzgado Central de Instrucción, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se entenderán realizadas al Juzgado Togado Militar Central Decano, al Tribunal Militar Central, al Fiscal Jurídico Militar y al Juez Togado Militar de Vigilancia Penitenciaria. Igualmente, si bien la LOCCPI no lo recoge expresamente, la ejecución de dichas solicitudes de cooperación, siempre y cuando no se encuentre expresamente regulada por la LOCCPI, se llevará a cabo conforme a lo previsto en las normas procesales de la jurisdicción militar, y en particular en la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril de 1989 sobre el proceso penal en la jurisdicción militar.

Por otra parte, la LOCCPI convierte al Ministerio de Justicia en el órgano de relación entre la Corte y las autoridades judiciales y el Ministerio Público español. Por lo tanto, todas

449. Artículo 117 (5) CE.

450. Principalmente la Ley Orgánica 4/1987, de 15 julio de 1987, sobre la competencia y organización de la jurisdicción militar.

las peticiones de cooperación de la Corte deberán dirigirse al Ministerio de Justicia⁴⁵¹. La designación del Ministerio de Justicia como órgano de relación con la Corte constituye un paso adelante en relación con el conducto diplomático previsto en el artículo 10 de la Ley de Extradición Pasiva de 1985 (“LEP”). Sin embargo, no permite la relación directa entre las autoridades judiciales españolas y la Corte tal y como ocurre en relación entre aquéllas y las autoridades judiciales europeas en la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega. Así, conforme a este último modelo, la Audiencia Nacional, en lugar del Ministerio de Justicia, se configura como el órgano de relación con las autoridades judiciales europeas de que se trate⁴⁵².

451. Artículo 6 (1) LOCCPI que elabora la declaración realizada por España conforme al artículo 87 (1) ER al depositar su instrumento de ratificación. Este modelo sigue el contenido en el artículo 3 (1) de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIY y en el artículo 3 (1) de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIR.

Sin embargo, el artículo 6 LOCCPI deja abierta la posibilidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores pueda actuar como órgano de relación en el marco de las consultas que puedan efectuarse con la Corte sobre cuestiones que puedan afectar la política exterior española. Así, si bien el Ministerio de Justicia se configura como el órgano competente para mantener consultas con la Corte, aquél, antes de comenzar cualquier consulta con la Corte, debe informar al Ministerio de Asuntos Exteriores del contenido de dichas consultas. Además, si este último considera que las mismas incluyen aspectos que afectan a la política exterior española, el propio Ministerio de Asuntos Exteriores se convierte en el órgano competente para llevar a cabo dichas consultas con la CPI. Por otra parte, el artículo 6 (2) LOCCPI exige también que cuando las consultas puedan afectar los asuntos de competencia de otros Ministerios se asegure una adecuada coordinación con estos últimos en el marco del proceso de consulta con la Corte. En este sentido, dicha disposición se refiere expresamente a la coordinación entre los Ministerios de Justicia, de Asuntos Exteriores, de Defensa y de Interior.

452. Artículo 2 de la Ley Orgánica 3/2003 de 14 de marzo de 2003 sobre la orden de detención y entrega europea.

Aunque, como el Consejo de Estado español ha señalado, la Corte actúa en un contexto internacional más amplio con connotaciones significativamente diferentes de aquel en el que se emiten y ejecutan las órdenes de arresto y entrega europeas⁴⁵³, era de esperar que la LOCCPI hubiera apostado por un sistema de cooperación más integrado que permitiera una relación directa entre la Corte y los órganos judiciales españoles. Esta expectativa, que al final no se ha visto cumplida, tenía su fundamento en la aspiración de universalidad del ER, la limitación de la jurisdicción de la Corte a los delitos que más gravemente afectan a los valores superiores de la comunidad internacional y la complejidad procesal del ER⁴⁵⁴.

Finalmente, con respecto a la cuestión de los idiomas, valga señalar que todas las solicitudes de cooperación de la Corte, y su correspondiente documentación suplementaria, deben redactarse en español o, al menos, deben acompañarse de una copia en español⁴⁵⁵.

453. Consejo de Estado, Dictamen 639/2003, de 12 de junio de 2003, pp. 10-11.

454. En el mismo sentido, BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 3.3.2, pp. 122-125.

455. Ver la declaración hecha por España conforme al artículo 87 (2) ER en el momento de depositar su instrumento de ratificación.

II.3.4. Detención y Entrega

II.3.4.1. Detención de personas buscadas por la Corte

II.3.4.2. Ejecución de las órdenes de detención emitidas por la Corte

Cualquier solicitud de cooperación de la Corte para la detención y entrega de una persona, o para su detención provisional, debe incluir la información y documentación requerida por los artículos 89, 91 y 92 ER⁴⁵⁶ y debe dirigirse al Ministerio de Justicia⁴⁵⁷. La LOCCPI no establece el procedimiento a seguir una vez que el Ministerio de Justicia recibe una solicitud de este tipo. Surge de esta manera la cuestión de si debería enviarse al Juez Central de Instrucción a los efectos de que dicte una orden de detención contra la persona contra la que se dirige la solicitud de la Corte o si, por el contrario, debería enviarse directamente al Ministerio de Interior para que la policía proceda a la detención lo antes posible.

En opinión del autor, el envío de la solicitud de la Corte al Juez Central de Instrucción incrementaría las garantías en su ejecución para la persona buscada. Sin embargo, es preciso tener también en consideración argumentos como los dados

456. La LOCCPI no añade nada respecto a la información y documentación requerida por los artículos 89, 91 y 92 ER.

457. Finalmente, en relación con la entrega de personas para la ejecución de penas privativas de libertad, las continuas referencias de los artículos 15 y 17 LOCCPI a los requisitos previstos en los artículos 91 (2) o (3) ER dejan claro que el procedimiento de entrega arriba descrito es también aplicable a las solicitudes de detención y entrega de personas que hayan sido previamente condenadas por la Corte.

por Bujosa Vadell⁴⁵⁸, quien subraya que toda solicitud de la Corte debe fundamentarse en una orden de detención dictada por la Sala competente de la Corte y que, por lo tanto, sería conveniente enviar directamente la solicitud al Ministerio del Interior para evitar la fuga de la persona buscada.

La autoridad que lleva a cabo la detención debe comunicar este hecho inmediatamente al Ministerio de Justicia y al Juez Central de Instrucción⁴⁵⁹. Además, el artículo 11 (1) *in fine* LOCCPI, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 (2) ER, impone a la autoridad que efectúa la detención el deber de poner a la persona buscada a disposición del Juez Central de Instrucción sin retraso y nunca más tarde de las 72 horas siguientes⁴⁶⁰.

458.BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 5.2.2.E, p. 297.

459.Art. 11 (1) LOCCPI.

460.En cuanto *lex specialis*, el artículo 11 (1) LOCCPI hace inaplicable la extensión de 48 horas prevista en el artículo 520 bis LECr. Como la detención se habrá ejecutado sobre la base de una orden de detención de la Corte que describa los delitos imputados al detenido, la autoridad que efectúe la misma no tendrá que practicar, en principio, diligencia preliminar de investigación alguna, por lo que el traslado a Madrid es la única razón que puede provocar un cierto retraso en la puesta de la persona buscada a disposición del Juez Central de Instrucción (lo que en todo caso debería ser inferior a 72 horas). En este sentido hay que señalar que, conforme al artículo 306 LECr, al margen de las diligencias preliminares que pueda practicar la autoridad que efectúa el arresto de acuerdo a lo previsto en el art. 17 CE, el órgano competente para practicar las diligencias de investigación tendentes a la averiguación del delito y de sus presuntos responsables es el juez de instrucción competente. Por lo tanto, en el supuesto en que la Corte hubiese acompañado su solicitud de detención y entrega con alguna otra solicitud adicional de cooperación (como, por ejemplo, la toma de declaración a la persona detenida), el órgano competente para ejecutar la misma

Desde el momento en que la persona buscada es arrestada, los derechos y garantías procesales previstos en el artículo 55 ER y en la regla 117 RPP son plenamente aplicables. Conforme al artículo 89 (1) ER, tales derechos y garantías serán completados por aquéllos previstos en el artículo 520 LECr, que también son aplicables desde el momento en que se efectúa la detención. Además, la autoridad que realiza la detención debe informar inmediatamente a la persona buscada acerca de los delitos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos recogidos en las disposiciones arriba mencionadas⁴⁶¹.

En consecuencia, si la persona buscada así lo solicita, le será permitido ponerse en contacto con abogado de su propia elección a los efectos de que se persone en el lugar donde se encuentra detenido tan pronto como sea posible⁴⁶². Además, si la persona buscada no se pone en contacto con abogado de su elección, la autoridad que efectúa la detención solicitará al Colegio de Abogados del lugar donde se encuentra la persona buscada que designe abogado para que se persone en el lugar de detención en un plazo de ocho horas⁴⁶³.

sería el Juez Central de Instrucción en cuanto que órgano judicial competente para adoptar las decisiones previstas en el artículo 59 (2) ER (artículos 11 y 20 (1) LOCCPI) y a cuya disposición deberá ponerse inmediatamente la persona detenida. En el mismo sentido, Bujosa Vadell, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 5.2.2.E, p. 298.

461.Art. 520 (2) LECr.

462.Idem.

463.Idem. Surge la cuestión de si el abogado elegido por la persona buscada para que le represente en las actuaciones nacionales de entrega debe estar incluido en la lista de abogados de la Corte prevista en las normas 69 y 70 del Reglamento de la Corte (para lo que debería cumplir con los requisitos previstos en la regla 22 RPP), o si, por el contrario, es suficiente con que el abogado en cuestión cumpla con los requisitos exigidos por la legislación española para su admisión al Cole-

Por otra parte, el artículo 520 LECr impone a la autoridad que efectúa la detención el deber de informar inmediatamente a la persona buscada los derechos que le corresponden conforme al artículo 55 (2) (c) ER y la regla 117 (2) y (3) RPP. Entre éstos merece particular atención el derecho de la persona buscada a nombrar abogado de su propia elección, o a solicitar de la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”) el nombramiento de abogado, que le asista en las actuaciones que puedan desarrollarse ante la Corte (en particular la tramitación del recurso contra la orden de detención dictada por la Corte) de manera simultánea a las actuaciones nacionales de entrega. En este sentido, no se puede olvidar que el principal interés de la persona buscada es privar de efecto a la orden de arresto dictada por la Corte con el fin de evitar que las autoridades nacionales españolas procedan a su entrega a la Corte⁴⁶⁴.

gio de Abogados de que se trate. Del mismo modo, surge la cuestión de si las autoridades que efectúan la detención deben solicitar la designación de dicho abogado al Colegio de Abogados de España que corresponda o si, por el contrario, deberán comunicarse urgentemente con el Ministerio de Justicia a los efectos de que este último transmita a la Corte la necesidad de enviar al lugar de detención tan pronto como sea posible un abogado de la lista de abogados de guardia prevista en la norma 73 del Reglamento de la Corte.

En opinión del autor, existen un buen número de razones que exigen que los requisitos previstos en la regla 22 RPP y en la norma 67 del Reglamento de la Corte no se apliquen durante las actuaciones nacionales de entrega, y que por lo tanto sea el Colegio de Abogados de que se trate quien proceda a la designación del abogado que asista de oficio a la persona buscada durante dichas actuaciones. Entre estas razones destaca el hecho de que tales actuaciones son reguladas por la legislación nacional española, y en particular la LOCCPI y la LECr. Además, el art. 58(1) ER impide al Juez Central de Instrucción revisar desde un punto de vista material la decisión de la SCP de dictar la orden de detención.

464. Lógicamente, el abogado que asista a la persona buscada ante la Corte

Una vez que la persona buscada es puesta a disposición del Juez Central de Instrucción, la comparecencia inicial ante este último debe producirse en un plazo de 72 horas⁴⁶⁵. En esta comparecencia inicial la presencia del abogado de la persona buscada, así como del Ministerio Fiscal en cuanto órgano constitucionalmente encargado de la defensa de la legalidad conforme al artículo 125 CE, es obligatoria⁴⁶⁶. Durante la comparecencia inicial, el Juez Central de Instrucción, tras asegurarse de que la orden de detención dictada por la Corte se dirige contra la persona buscada y de que la detención se ha producido conforme al procedimiento previsto y con pleno respeto de los derechos de la persona buscada⁴⁶⁷, informará a esta última del contenido de la orden de detención y de su derecho a solicitar la libertad provisional en tanto se tramita el procedimiento para su entrega a la Corte⁴⁶⁸. El Juez Central de Instrucción se asegurará a su vez

deberá cumplir con los requisitos impuestos por la regla 22 RPE y la norma 67 del Reglamento de la Corte. Como resultado, puede perfectamente ocurrir que la persona buscada deba de ser informada de su derecho a nombrar, o a solicitar que se le nombre de oficio, hasta dos abogados distintos, cada uno de ellos para que le represente en uno de los dos procedimientos que se puedan desarrollar simultáneamente. Además, el Ministerio de Justicia o el Juez Central de Instrucción, después de haber sido informados por la persona buscada, transmitirán tan rápido como sea posible a la SCP la petición de que se le nombre abogado de oficio en relación con las actuaciones ante la Corte.

465. Artículo 11 (2) LOCCPI.

466. Idem.

467. La LOCCPI no contiene ninguna disposición relativa al procedimiento de compensación a resultas de detenciones ilícitas de conformidad con lo previsto en el artículo 85 ER. Las peticiones de cooperación para la ejecución de sentencias indemnizatorias dictadas por la Corte se llevarán a cabo conforme al procedimiento previsto en los artículos 22 (7) y 23 (3) LOCCPI.

468. Artículos 59(2) ER y 11 (2) LOCCPI.

de que la persona buscada es conocedora de su derecho a solicitar a la SCP: (i) la asignación de abogado de oficio en las actuaciones ante la Corte; y (ii) la revocación de la orden de detención dictada por la Corte⁴⁶⁹. Finalmente, al final de la comparecencia inicial, el Juez Central de Instrucción ordenará la prisión provisional de la persona buscada con independencia de que la misma haya solicitado la libertad provisional⁴⁷⁰.

II.3.4.1.2. Libertad Provisional

La persona buscada puede solicitar la libertad provisional mientras se decide su entrega a la Corte durante la primera comparecencia ante el Juez Central de Instrucción⁴⁷¹ o en la audiencia que tendrá lugar en los diez días siguientes⁴⁷². Mientras solicita y se resuelve su petición de libertad provisional la persona buscada permanecerá en prisión.

El artículo 12 (1) LOCCPI sólo regula el procedimiento a seguir si la persona buscada requiere la libertad provisional en la comparecencia inicial ante el Juez Central de Instrucción. Sin embargo, en opinión del autor, el mismo procedimiento deberá seguirse si la solicitud se realiza en la audiencia posterior⁴⁷³. Conforme a dicho procedimiento, el Juez Central

469. BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 5.2.2.3, p. 301.

470. Artículos 497 LECr y 12 (1) OLCCPI.

471. Artículo 12 (1) LOCCPI.

472. Artículo 15 (1) LOCCPI.

473. En este último supuesto, y teniendo en cuenta que la LOCCPI establece un plazo mínimo de 21 días para que la SCP envíe sus observaciones sobre la solicitud de libertad provisional, puede ocurrir que las actuaciones de entrega concluyan antes de que se tome una decisión sobre la solicitud de libertad provisional. Este no será el caso, sin

de Instrucción debe escuchar tanto a la persona buscada como al Ministerio Fiscal sobre la petición de libertad provisional de la primera⁴⁷⁴. A continuación, el artículo 12 (1) LOCCPI impone al Juez Central de Instrucción la obligación de ordenar la prisión provisional de la persona buscada hasta que la SCP envíe su recomendación sobre dicha petición o el periodo de tiempo dado por el Juez Central de Instrucción a la SCP (que no puede ser en ningún caso inferior a 20 días) expire⁴⁷⁵.

Tras la recepción de la recomendación de la SCP⁴⁷⁶ o la expiración del plazo de tiempo dado al efecto⁴⁷⁷, el Juez

embargo, cuando la persona buscada se oponga a la entrega debido a la eficacia de cosa juzgada de un auto de sobreseimiento libre o de una sentencia absolutoria dictada por los órganos jurisdiccionales españoles.

474.El Ministerio Fiscal no participará en cuanto órgano que sostiene la acusación penal sino en cuanto órgano encargado de la defensa de la legalidad conforme al artículo 125 CE.

475.El Juez Central de Instrucción comunicará inmediatamente la petición al Ministerio de Justicia para que este último solicite a la SCP que emita su recomendación dentro del plazo de tiempo establecido por el primero.

476.La LOCCPI no prevé que la persona buscada o el Ministerio Fiscal sean escuchados por el Juez Central de Instrucción en relación con las observaciones presentadas por la SCP. Por lo tanto, sólo podrán presentar sus observaciones sobre dichas recomendaciones si la decisión del Juez Central de Instrucción es apelada de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 (1) LOCCPI.

477.Surge la cuestión de lo que el Juez Central de Instrucción debería hacer si la SCP no presenta sus recomendaciones en el plazo dado al efecto por aquel. En este sentido, conviene señalar que el artículo 59 (4) ER impone en la autoridad nacional competente (el Juez Central de Instrucción en el caso de España) el deber de dar plena consideración a las recomendaciones hechas por la SCP. Además, esta disposición ni prevé la posibilidad de que el órgano nacional competente pueda establecer un plazo para la presentación de tales

Central de Instrucción decidirá sobre la existencia de circunstancias excepcionales y urgentes que justifiquen la concesión de la libertad provisional conforme a los artículos 59 (4) ER y 12 (2) LOCCPI. Si la libertad provisional es otorgada, el Juez Central de Instrucción impondrá las condiciones necesarias para asegurar que España puede cumplir posteriormente con su obligación de entregar a la persona buscada a la Corte. En este sentido, el artículo 12 (2) LOCCPI enfatiza en que el Juez Central de Instrucción deberá adoptar, en particular, aquellas medidas recomendadas por la SCP. Sin embargo, la adopción de tales medidas sólo será posible si las mismas son previstas por la legislación española, y en la actualidad dicha legislación no incluye varias de las medidas previstas en la regla 119 RPP para situaciones de libertad provisional concedida por la Corte conforme al artículo 60 (2) ER⁴⁷⁸.

observaciones por la SCP, ni prevé sanción alguna en caso de incumplimiento de la SCP con dicho plazo. A diferencia del artículo 59 (4) ER, la regla 117 (4) RPP impone a la SCP la obligación de enviar sus observaciones dentro del plazo establecido por el Estado de detención. Sin embargo, esta regla no prevé sanción alguna en caso de que la SCP se retrase en el envío de sus observaciones. Por lo tanto, parece que la autoridad nacional competente tendrá que tener en consideración las recomendaciones de la SCP incluso si las mismas son presentadas tras la expiración del plazo dado al efecto. Sin embargo, como para entonces el Juez Central de Instrucción habrá probablemente decidido ya sobre la petición de libertad provisional, las recomendaciones de la SCP deberán ser tomadas en consideración en el marco de la apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contra la decisión del Juez Central de Instrucción o de una revisión posterior de la situación en la que se encuentra la persona buscada conforme a lo previsto en el artículo 539 LECr.

478. Como BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 5.2.2.E, p. 310. En cualquier caso, si la libertad provisional es concedida, el Juez Central de Instrucción informará al Ministerio de

II.3.4.1.3. Detención provisional mientras se recibe una solicitud formal de detención y entrega

En casos urgentes, la Corte puede solicitar la detención provisional de la persona buscada mientras se envía una

Justicia que a su vez informará a la SCP. Con posterioridad, la SCP será informada a petición de la misma de la situación en que se encuentre la persona buscada (ver artículos 59 (6) ER y 12 (4) LOCCPI).

Si bien el ER y las RPP no dicen nada al respecto, y aunque España se encuentra sólo obligada a respetar el derecho a un recurso de apelación contra sentencias condenatorias (artículo 14 (5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el legislador español, a la vista de la importancia concedida por la legislación española a la libertad provisional, ha previsto un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional contra la decisión del Juez Central de Instrucción (artículo 17 (1) LOCCPI)⁴⁷⁹. Este recurso de apelación se rige por el régimen del artículo 766 LECr para apelaciones contra resoluciones adoptadas en el marco del procedimiento abreviado (artículo 17 (1) LOCCPI). Por lo tanto, la persona buscada, o el Ministerio Público actuando como defensor de la legalidad, tendrán cinco días para presentar su escrito de apelación ante el Juez Central de Instrucción y otros cinco días para responder a dicho recurso. En los dos días siguientes se enviarán las actuaciones relativas a dicha apelación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá en los cinco días siguientes a no ser que decida convocar una audiencia (que será obligatoria si la persona buscada así lo solicita en aquellos casos en los que la decisión apelada haya rechazado conceder la libertad provisional) en un plazo de diez días (artículos 17 (1) LOCCPI y 766 LECr). La decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional será firme (artículo 17 (3) LOCCPI).

En opinión del autor, la situación de la persona buscada puede ser revisada con posterioridad conforme a lo dispuesto en el artículo 539 LECr⁴⁸⁰. En este sentido, conviene no olvidar que varios son los motivos por los que las actuaciones de entrega pueden retrasarse. Entre ellos se pueden mencionar la oposición a la entrega con base en la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones nacionales cuando no exista una declaración previa de admisibilidad emitida por la Corte, los supuestos en los que la Corte no haya decidido aún sobre la im-

solicitud formal de entrega que incluya la documentación precisada por el artículo 91 (2) o (3) ER⁴⁷⁹. Dicha petición debe contener: (i) la información necesaria para identificar a la persona buscada; (ii) la descripción de los delitos por los que se requiere su detención provisional, así como una breve relación de los fundamentos de hecho; (iii) la declaración de la existencia de una orden de detención o de una sentencia condenatoria dictada por la Corte contra la persona buscada; y (iv) la declaración de que una solicitud formal de entrega se realizará en los sesenta días siguientes⁴⁸⁰.

Como se prevé en los artículos 11, 12 y 17 (1) LOCCPI, las solicitudes de detención provisional serán ejecutadas de la misma manera que las solicitudes de detención y entrega en lo que se refiere a la determinación inicial por el Juez Central de instrucción y, en apelación, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de la situación de la persona buscada⁴⁸¹.

pugnación de la admisibilidad del caso, la apertura de investigaciones o enjuiciamientos a nivel nacional sobre el caso de que se trate, o el retraso en la transmisión de la solicitud de entrega o de la documentación suplementaria en los supuestos de detención provisional. De esta manera, el órgano judicial competente para conocer del procedimiento de entrega a la Corte puede *ex officio* o a solicitud de la persona buscada, y tras haber solicitado la recomendación de la SCP según lo dispuesto en el artículo 12 (1) LOCCPI, decretar la libertad provisional o reducir las condiciones bajo las que se concede la misma (artículo 539 LECr). Por otra parte, el órgano judicial competente podrá sólo incrementar las condiciones de la libertad provisional o revocar esta última y decretar la prisión provisional a petición del Ministerio Público en cuanto defensor de la legalidad y tras haber escuchado a la persona buscada en audiencia pública (artículo 539 LECr).

479. Artículo 92(1) ER.

480. Artículo 92(2) ER y regla 188 RPP.

481. Durante la comparecencia inicial, el Juez Central de Instrucción se asegurará de que la petición de detención provisional se refiere a la

Sin embargo, el Juez Central de Instrucción no comenzará con el procedimiento de entrega previsto en el artículo 15 LOCCPI hasta que la Corte haya realizado la petición formal de entrega y haya enviado la documentación requerida por el artículo 91 (2) o (3) ER⁴⁸².

Sólo si durante la comparecencia inicial, o en los quince días siguientes, la persona buscada consiente libremente ser entregada a la Corte, el Juez Central de Instrucción autorizará dicha entrega (denominada entrega simplificada) sin necesidad de ningún tipo de documentación adicional⁴⁸³.

persona que se encuentra ante el mismo y le informará de su derecho a solicitar la libertad provisional. Asimismo, le informará de su derecho a impugnar en cualquier momento conforme a la regla 188 RPP (incluso con anterioridad a que la Corte emita su solicitud formal de entrega) ante la SCP la orden de detención emitida por la Corte, (artículo 12 (1) LOCCPI).

482. Si durante los sesenta días siguientes a la detención, la Corte no envía la documentación necesaria y la persona buscada se encuentra todavía en prisión, el Juez de Instrucción puede *ex officio* ordenar la libertad provisional con la imposición de las condiciones necesarias para asegurar que España puede posteriormente cumplir con su obligación de entregar a la persona buscada a la Corte (artículo 12 (3) LOCCPI). A pesar del retraso de la Corte en enviar la documentación adicional necesaria, estas condiciones pueden mantenerse hasta por 180 días (artículo 12 (3) LOCCPI).

Una vez que la documentación necesaria haya sido recibida, la situación de la persona buscada será revisada, y su libertad provisional sólo podrá ser extendida si, como se prevé en los artículos 59 (4) ER y 12 (2) LOCCPI, existen circunstancias excepcionales y urgentes que justifiquen la extensión de dicha medida (artículos 12 (3) LOCCPI y 539 LECr). En este momento, el Juez Central de Instrucción iniciará también el procedimiento de entrega mediante la convocatoria de la audiencia prevista en el artículo 15 (1) LOCCPI.

483. Artículo 13 (1) y (2) LOCCPI y regla 189 RPP. El artículo 13 LOCCPI regula la llamada entrega simplificada. El Juez Central de Instrucción debe abordar esta cuestión durante la comparecencia inicial de la persona buscada (artículo 13

II.3.4.2. Procedimiento de Entrega

La regulación contenida en la LOCCPI del procedimiento de entrega tiene tres características principales: (i) se elimina

(1) LOCCPI). Durante la misma, el juez informará a la persona buscada acerca de las consecuencias de dar su consentimiento a la entrega a la Corte, de la posibilidad de consentir durante los quince días siguientes a la comparecencia inicial (artículo 13 (1) y (3) LOCCPI) y de la irrevocabilidad del consentimiento dado libre y conscientemente (artículo 13 (1) y (4) LOCCPI). Inmediatamente después, el juez preguntará a la persona buscada si consiente en ser entregada a la Corte (artículo 13 (1) LOCCPI).

El artículo 13 (2) LOCCPI prohíbe el consentimiento parcial. Por lo tanto, el consentimiento de la persona buscada sólo es válido si cubre como mínimo todos los hechos recogidos en la solicitud de entrega de la Corte. El consentimiento puede también extenderse a otros hechos no contenidos en dicha solicitud que se prevé surgirán en el marco de las actuaciones ante la Corte (artículo 13 (1) LOCCPI). Ahora bien, si la persona buscada no consiente a su entrega por estos hechos adicionales, su consentimiento será en todo caso válido sin perjuicio de la posterior aplicación del principio de especialidad recogido en los artículos 101 (2) ER y 19 LOCCPI (artículo 13 (1) LOCCPI). En este sentido hay que señalar que, conforme al artículo 101 (2) ER, la Corte debe obtener primero el consentimiento de España antes de proceder al enjuiciamiento de la persona buscada por hechos anteriores a su entrega que no constituyan el fundamento fáctico de los delitos por los que dicha persona fue entregada por España a la Corte. Al mismo tiempo, España deberá tratar de dar su consentimiento a este respecto si así lo solicita la Corte (artículo 101(2) ER). Desde una perspectiva procesal, si la Corte requiere de España dicho consentimiento (artículo 101(2) ER y regla 197 RPP), el Ministerio de Justicia solicitará a la Corte que le envíe las observaciones de la persona entregada (artículo 19 (1) LOCCPI). Estas observaciones y la solicitud de la Corte serán enviadas al Juez Central de Instrucción, o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional si nos encontramos ante un supuesto de solicitudes concurrentes, que decidirá sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 101 (2) LOCCPI.

En cualquier caso, si el Juez Central de Instrucción considera que el consentimiento dado por la persona buscada es libre y con conocimiento de sus consecuencias, autorizará la entrega a la Corte sin necesidad de continuar con el procedimiento de entrega ni de esperar a que llegue la documentación adicional prevista en el artículo 91 ER (artículo 13 (1) LOCCPI). El Ministerio de

la fase gubernamental prevista en la LEP de 1985, de manera que el procedimiento de entrega a la Corte está compuesto por una única fase de carácter judicial; (ii) se prevé, salvo en circunstancias excepcionales y urgentes, la prisión provisional de la persona buscada; y (iii) se limitan de manera significativa los motivos para rechazar la solicitud de entrega de la Corte⁴⁸⁴.

El comienzo del procedimiento de entrega depende de la recepción por la Secretaría del Juzgado Central de Instrucción competente de todos los documentos previstos en el artículo 91 (2) o (3) ER⁴⁸⁵. La única excepción son los supuestos de entrega simplificada donde la persona buscada consiente de manera libre e informada a que se lleve a cabo su entrega a la Corte⁴⁸⁶. Dentro de los 10 días siguientes a la recepción de dicha documentación, el Juez Central de Instrucción convocará una audiencia en la que deberán estar presentes la persona buscada con su abogado, así como el Ministerio Público en cuanto defensor de la legalidad⁴⁸⁷, y en la que podrá también participar un representante de la Fiscalía de la Corte⁴⁸⁸.

Justicia informará a la Corte de esta circunstancia y transmitirá al Juez Central de Instrucción y al Ministerio del Interior las instrucciones operativas que lleguen de la Corte para hacer efectiva la entrega (artículo 13 (2) LOCCPI).

484 Preámbulo de la LOCCPI.

485 Art. 15(1)LOCCPI.

486 Idem.

487. Idem.

488. La última frase del artículo 15 (1) LOCCPI parece haber sido redactada sobre la premisa de que la Fiscalía de la Corte es el órgano encargado de transmitir las solicitudes de detención y entrega. Sin embargo, esta premisa es equivocada en cuanto que el ER y las RPP prevén que el órgano competente a este respecto es la SCP. Esto ha sido ratificado por la decisión de la SCP I de 10 de febrero de 2006. La versión pública de esta decisión se encuentra en el anexo I a la decisión de la

En la audiencia, la persona buscada puede oponerse a la entrega solamente con base en los siguientes motivos: (i) error de identidad puesto que no se trata de la persona contra la que se dirige la orden de detención dictada por la Corte; (ii) ausencia de alguno de los documentos requeridos por el artículo 91(2) o (3) ER; y (iii) la eficacia de cosa juzgada producida por sentencia o auto de sobreseimiento firme dictado por los órganos judiciales españoles⁴⁸⁹.

SCP I de 24 de febrero de 2006 titulada *Decision concerning Pre Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*. Ver en particular los párrafos 103-129 de dicho anexo I.

489. Artículo 15(1) y (2) LOCCPI. En este sentido hay que señalar que los artículos 15(1) y (2) y 17(2) LOCCPI, interpretados a la luz del preámbulo de la LOCCPI, podrían ser vistos como demasiado restrictivos al no incluir entre los motivos que la persona buscada puede oponer a la entrega el hecho de que los órganos judiciales españoles se encuentren conociendo del asunto (litispendencia). Sin embargo, en opinión del autor, el Ministerio Fiscal, en cuanto órgano constitucionalmente encargado de defender la legalidad, deberá plantear la cuestión ante el Juez Central de Instrucción. Además, si después de haber obtenido la información adicional necesaria se confirma la existencia de dicha circunstancia, nada en la LOCCPI impediría al Juez Central de Instrucción suspender el procedimiento de entrega hasta que la Corte le informe sobre la existencia de una decisión que declare la admisibilidad del caso.

De todas formas, la limitación de los motivos de oposición a la entrega a los tres arriba mencionados constituye, sin duda, una de las características más sobresalientes de la LOCCPI, particularmente a la luz de la competencia de la Corte en la interpretación del alcance de las disposiciones del ER. A lo que hay que añadir el hecho de que el artículo 21 (3) LOCCPI prevea un régimen más favorable en relación con el previsto en el artículo 89 (3) LOCCPI al afirmar que cualquier persona en tránsito en España por razón de su comparecencia ante la Corte disfrutará de inmunidad.

A este respecto conviene señalar que, tal y como se recoge en los artículos 86 y 89 ER, los Estados Partes están obligados a ejecutar las

solicitudes de entrega de acuerdo con lo previsto en la parte IX ER y de conformidad con los procedimientos recogidos en su legislación nacional. Además, el artículo 88 ER impone a los Estados Partes la obligación de que su legislación interna prevea los procedimientos necesarios para poder ejecutar las solicitudes de cooperación emitidas por la Corte. Por otra parte, el ER no establece una lista de motivos que los Estados Partes puedan alegar para rechazar la ejecución de las solicitudes de entrega de la Corte. De hecho, el ER no recoge expresamente ni tan siquiera la propia noción de rechazo a la ejecución de una solicitud de entrega de la Corte, porque el ER asume que cualquier problema que pueda surgir al respecto será resuelto a través del proceso de consultas entre la Corte y el estado requerido previsto en el artículo 97 ER.

Sin embargo, a lo largo del ER se pueden encontrar ciertas disposiciones que permiten de manera indirecta rechazar (artículo 98 ER) o retrasar (artículos 94 y 95 ER) la ejecución de las solicitudes de entrega de la Corte. Surge, por lo tanto, la cuestión de si la referencia a la ejecución de una solicitud de entrega conforme a los procedimientos recogidos en la legislación nacional puede ser interpretada de manera que extienda los motivos por los que los Estados Partes pueden rechazar o retrasar la ejecución de dichas solicitudes, particularmente si se tiene en cuenta que el artículo 91(1)(c) ER requiere que las solicitudes de entrega contengan “los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega; sin embargo, esos requisitos no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte”.

La redacción del artículo 15 (1) LOCCPI, que permite a la persona buscada oponerse a la entrega por el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 91 (2) o (3) ER, no es completamente clara a este respecto. Como el artículo 91 (2) ER podría ser entendido como referido a los requisitos aplicables en caso de solicitudes de extradición presentadas por terceros, se podría pensar *prima facie* que el legislador español ha introducido por la puerta de atrás de la LOCCPI los numerosos motivos de oposición recogidos en la legislación española de extradición pasiva, entre los que se incluyen: (i) los motivos relativos a la persona buscada como la minoría de edad, la concurrencia de circunstancias que excluyan su responsabilidad penal, la nacionalidad

española; (ii) la naturaleza política, militar o fiscal de los delitos por los que se solicita la extradición; (iii) la no consideración como delito en la legislación española de las acciones u omisiones por las que se solicita la extradición; (iv) la expiración del plazo de prescripción previsto en la legislación española para el delito o la pena objeto de la solicitud de extradición; (v) la concesión por las autoridades españolas de una amnistía o de un perdón administrativo con respecto a los hechos contenidos en la solicitud de extradición; (vi) la insuficiente gravedad de los delitos por los que se solicita la extradición o la inconstitucionalidad de la pena prevista para los mismos en el ordenamiento jurídico del estado solicitante; y (vii) motivos procesales como la inexistencia en el ordenamiento jurídico español del criterio para el ejercicio de su jurisdicción alegado por el estado solicitante, la condena en ausencia de la persona buscada, la litispendencia resultante de actuaciones desarrolladas por órganos de la jurisdicción española o la cosa juzgada resultante de resoluciones firmes dictadas por estos últimos órganos. Ahora bien, como resultado de la publicación del ER en el Boletín Oficial del Estado y la aprobación de la legislación interna que lo desarrolla, algunos de los motivos de oposición arriba mencionados han sido expresamente declarados inaplicables a las solicitudes de entrega emitidas por la Corte. Además, en opinión del autor, cualquier incertidumbre que haya podido generarse por la ambigua redacción del artículo 15 (1) LOCCPI debería ser resuelta mediante la interpretación de esta disposición a la luz del preámbulo de la LOCCPI que subraya como una de las principales características del procedimiento de entrega la limitación de los motivos de oposición a la misma.

Por otra parte, la LOCCPI muestra una tendencia inequívoca a reducir en la medida de lo posible las consecuencias negativas que puedan derivarse de otros posibles obstáculos a la entrega. Así, conforme a los artículos 15 (1) y (2) y 17 (2) LOCCPI, la existencia de impugnaciones de admisibilidad pendientes ante la Corte no causan la suspensión automática del procedimiento de entrega. Por su parte, el artículo 16 (1) LOCCPI establece que en los supuestos de solicitudes de entrega o de extradición concurrentes presentadas por la Corte y por terceros estados, incluidas aquellas derivadas de órdenes europeas de detención y entrega, el Juez Central de Instrucción tramitará conjuntamente ambas solicitudes. Una vez recibida la documentación necesaria, las mismas serán enviadas a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que en principio decidirá la cuestión de acuerdo con los principios establecidos

en el artículo 90 ER. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el estado que presenta la solicitud de extradición concurrente es un estado no parte del ER, que no tiene un tratado de extradición con España el artículo 16 (2) LOCCPI prevé un régimen más favorable a la ejecución de la solicitud de entrega de la Corte que el previsto en el artículo 90 ER. En estos supuestos, España dará preferencia a la solicitud de la Corte con independencia de si la Corte se ha pronunciado ya sobre la admisibilidad del caso. Además, conforme a lo previsto en el artículo 17 (3) LOCCPI, el Ministerio de Justicia deberá informar a la Corte si España deniega la solicitud de extradición de un tercer estado después de que la Corte haya declarado la inadmisibilidad del caso.

En relación con las posibles inmunidades derivadas del derecho internacional o de los tratados internacionales suscritos por España conforme al artículo 98 ER, y a diferencia de lo que ocurre en relación con otras formas de cooperación (artículo 20 LOCCPI), la estricta limitación en los artículos 15 y 17 LOCCPI de los motivos de oposición a la ejecución de las solicitudes de entrega de la Corte tiene como consecuencia que dichas inmunidades no constituyan en principio un obstáculo para la entrega (ver también el preámbulo de la LOCCPI).

Finalmente, los artículos 89 (4) y 94 (1) ER y la regla 183 RPP regulan supuestos de actuaciones nacionales simultáneas a aquellas de la Corte con respecto a delitos distintos. Conforme a estas disposiciones, España se encuentra obligada a entregar la persona buscada a la Corte, si bien puede celebrar consultas con esta última en relación con la modalidad y momento de la entrega. En este sentido, el artículo 11 (3) LOCCPI prevé que en el caso específico de que la persona buscada se encuentre sirviendo en España sentencia condenatoria impuesta por los órganos judiciales españoles o de un tercer estado, las autoridades penitenciarias informarán al Juez Central de Instrucción y al Ministerio de Justicia la fecha de puesta en libertad, que será comunicada por este último a la Corte. Además, como resultado de las consultas arriba referidas, y a los efectos de evitar cualquier interferencia en las investigaciones y enjuiciamientos que estén llevando a cabo las autoridades nacionales, España puede retrasar la ejecución de la solicitud de entrega durante el tiempo acordado con la Corte. La LOCCPI no regula, sin embargo, el problema que surgiría si España y la Corte no son capaces de llegar a un acuerdo.

La regla 183 RPP también indica que las consultas arriba mencionadas pueden resultar en la entrega temporal a la Corte de la persona buscada. Sin embargo, el artículo 18 (1) LOCCPI condiciona

Si no se opone la excepción de cosa juzgada, el Juez Central de Instrucción decidirá sobre la solicitud de entrega en un plazo de tres días⁴⁹⁰ a menos que sea necesario obtener información adicional⁴⁹¹. Si por el contrario se opone la excepción de cosa juzgada, el Juez Central de Instrucción suspenderá las actuaciones de entrega mientras el Ministerio de Justicia consulta con la Corte sobre la existencia de alguna decisión, declarando la admisibilidad del caso⁴⁹². Si la Corte ha declarado ya la admisibilidad del caso, el Juez Central de Instrucción levantará la suspensión del procedimiento de entrega. Si, por el contrario, la Corte no ha declarado todavía la admisibilidad del caso, la suspensión de las actuaciones continuará hasta que la Corte- *ex officio*⁴⁹³, a petición de la Fiscalía⁴⁹⁴, de la persona buscada⁴⁹⁵ o de España⁴⁹⁶ - determine la admisibilidad del caso⁴⁹⁷.

esta posibilidad a la falta de oposición del órgano judicial nacional que esté llevando a cabo las actuaciones nacionales o que dictó sentencia condenatoria contra la persona buscada. Sólo en caso de que no se produzca dicha oposición, el Ministerio de Justicia podrá celebrar consultas con la Corte para ver si es posible alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de la entrega provisional y del posterior regreso a España de la persona buscada. En cualquier caso, el tiempo que la persona buscada pase en prisión en la Corte será computado como tiempo de prisión a los efectos de la ejecución de la pena impuesta por los órganos judiciales españoles.

490. Artículo 15 (3) LOCCPI.

491. Artículo 15 (2) LOCCPI *in fine*.

492. Artículo 15 (2) LOCCPI.

493. Artículo 19(1) ER.

494. Artículo 19(3) ER.

495. Artículo 19(2)(a) ER.

496. Artículos 19(2)(b) ER y 9 (1) LOCCPI.

497. La LOCCPI no aborda la relación entre la oposición de la persona buscada basada en la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones

En el supuesto en que se rechace la solicitud de entrega, la persona buscada será liberada inmediatamente y el Ministerio de Justicia informará al respecto a la Corte⁴⁹⁸. Por su parte, si se concede la solicitud de entrega, el Ministerio de Justicia pedirá instrucciones a la Corte en relación con los aspectos operativos de la entrega, que serán enviadas al Juez Central de Instrucción y al Ministerio del Interior tan pronto como sean recibidas⁴⁹⁹.

nacionales y las potenciales impugnaciones de la admisibilidad del caso realizados por el gobierno español como resultado de dicha alegación. En este sentido, es importante tener en cuenta que mientras el artículo 15 (2) LOCCPI sólo requiere la mera oposición de la persona buscada para que el procedimiento de entrega sea suspendido, la impugnación de la admisibilidad del caso por España requiere, conforme al artículo 9 LOCCPI, la previa declaración del órgano judicial competente de que ha dictado resolución firme en el caso de que se trate.

498. Artículo 17 (6) LOCCPI. La decisión del Juez Central de Instrucción puede ser apelada ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 17 (2) LOCCPI). Incluso si el Juez Central de Instrucción decide rechazar la ejecución de la solicitud de entrega, puede extender la prisión provisional de la persona buscada hasta que su resolución sea firme (artículo 15 (4) LOCCPI). La apelación será presentada y tramitada de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 790 LECr para apelaciones contra sentencias en el procedimiento abreviado. Sin embargo, el artículo 17 (3) LOCCPI limita los motivos de apelación a la infracción de las normas y garantías procesales y a la inexistencia en la solicitud de la Corte de alguno de los requisitos previstos en los artículos 89 (2) y 91 (2) o (3) ER. La decisión de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional será final y no puede ser impugnada (artículo 17 (3) OLCCPI).

499. Artículo 17 (5) LOCCPI.

II.3.5. Otras formas de cooperación distintas de la detención y la entrega o de la detención provisional

II.3.5.1. Procedimiento de ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte

Las solicitudes de cooperación para la práctica de diligencias distintas de la detención y la entrega, o de la detención provisional, deben ser enviadas por la Corte al Ministerio de Justicia español en cuanto que órgano de relación entre aquella y las autoridades judiciales y fiscales españolas⁵⁰⁰. Las solicitudes, que se presentarán por escrito y en casos urgentes pueden ser realizadas a través de cualquier medio que deje constancia escrita, deberán describir el tipo de diligencia solicitada (incluyendo los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la solicitud) y la finalidad de la misma. Asimismo, deberá incluir la mayor información posible sobre la localización o identificación de la persona, el lugar o los bienes que deban ser encontrados, identificados o registrados, una breve descripción de los hechos que dan lugar a la solicitud, la descripción de cualquier particularidad procedimental que haya de seguirse en la práctica de la

500. Artículo 20 (1) LOCCPI. En opinión del autor, el legislador español debería haber optado por una mayor integración en el sistema de cooperación de España con la Corte mediante el establecimiento de un sistema más directo de comunicación entre la Corte y las autoridades judiciales españolas a través de la configuración del Juzgado Central de Instrucción como órgano de relación entre aquellas y la Corte. La adopción de esta medida hubiera sido particularmente deseable en relación con aquellas solicitudes de cooperación distintas de la detención y entrega y de la entrega provisional que deban ser ejecutadas por órganos judiciales españoles (particularmente si se tiene en cuenta que para su ejecución será con frecuencia necesario solicitar información adicional a la Corte).

diligencia solicitada (así como las razones para la misma) y cualquier otra información que pueda ser necesaria para la práctica de la diligencia solicitada⁵⁰¹.

Una vez recibida, el Ministerio de Justicia transmitirá la solicitud al órgano competente para su ejecución e informará a la Corte sobre cuál es dicho órgano⁵⁰². A diferencia de las solicitudes de detención y entrega, o de detención provisional, cuya ejecución es atribuida al Juez Central de Instrucción⁵⁰³, la LOCCPI no prevé cuál es el órgano competente para ejecutar las solicitudes de cooperación de la Corte conforme al artículo 93 ER. Por lo tanto, será necesario recurrir a las leyes nacionales de aplicación general para determinar el órgano competente para su ejecución. Así, conforme a los artículos 303 y 306 LECr, el Juez de Instrucción del territorio donde la diligencia solicitada deba practicarse será normalmente el órgano competente para ejecutar la solicitud de cooperación de la Corte (si bien dependiendo de la naturaleza de la medida de cooperación solicitada puede darse el caso de que otras autoridades nacionales sean las competentes).

Del mismo modo, debido a la limitada regulación recogida en la LOCCPI⁵⁰⁴, las solicitudes de cooperación distintas de

501. Artículo 96 LOCCPI.

502. De acuerdo con lo previsto en el artículo 87 (3) y (4) ER, España tiene la obligación de asegurar la confidencialidad de las solicitudes de cooperación y de documentación adjuntada en las mismas y de manejar la información de la manera requerida por la Corte para proteger la seguridad y bienestar de las víctimas, los potenciales testigos y sus familias.

503. Artículos 11 a 15 LOCCPI.

504. La LOCCPI sólo dedica los artículos 20 y 21 a regular los aspectos orgánicos y procedimentales de la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte distintas de la detención y entrega y de la entrega provisional.

la detención y entrega y de la detención provisional serán ejecutadas de acuerdo con lo establecido en las leyes nacionales de aplicación general en España, y en particular en la LECr. Además, y en tanto no se encuentre prohibido por tales leyes nacionales, el Juez de Instrucción o autoridad nacional competente las ejecutarán en la manera especificada en la solicitud de que se trate, “incluidos los procedimientos indicados en ella y la autorización a las personas especificadas allí para estar presentes y prestar asistencia en el trámite”⁵⁰⁵. En consecuencia, el Juez Central de Instrucción o la autoridad nacional competente tendrá la complicada tarea de interpretar las normas auto-ejecutivas del ER y de las RPP junto con un buen número de disposiciones de las leyes nacionales de aplicación general en España (y en particular la LECr). Sólo entonces podrá decidir si la ejecución de la solicitud de la Corte en la manera especificada en la misma es compatible con este cuerpo normativo⁵⁰⁶.

Al margen de cuestiones relativas a asuntos de seguridad nacional (artículo 20 (2) LOCCPI) o que afecten a la política exterior española (artículo 6(2) LOCCPI), donde las consultas con la Corte serán realizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Justicia en coordinación con los demás Ministerios afectados por la cuestión de que se trate, consultará con la Corte para superar cualquier problema que surja de la ejecución de la petición de cooperación⁵⁰⁷.

505. Artículo 99 (1) ER.

506. En el mismo sentido, BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 1, p. 37. Conforme al artículo 6 (1) LOCCPI, cualquier información adicional solicitada por el Juez de Instrucción o la autoridad nacional competente, deberá ser dirigida a la Corte a través del Ministerio de justicia.

507. Artículos 6 (2) y 20 (3) y (4) LOCCPI.

Una vez que la solicitud haya sido ejecutada por el Juez de Instrucción o autoridad nacional competente, el Ministerio de Justicia será informado y recibirá la documentación en la que conste su práctica y las pruebas que se hayan obtenido como resultado de la misma⁵⁰⁸. El Ministerio de Justicia realizará las gestiones necesarias para que se comuniquen a la Corte de acuerdo con lo previsto en el artículo 99 (3) ER⁵⁰⁹. Los documentos y pruebas adquiridas en la práctica de la diligencia solicitada serán transmitidas al Ministerio de Justicia en su lenguaje y forma original⁵¹⁰. El Ministerio, si así lo solicita la Corte, enviará urgentemente los documentos y pruebas obtenidos en respuesta a la solicitud⁵¹¹.

II.3.5.2. Regulación de las formas de cooperación previstas en el artículo 93(1) (a) - (k) ER

El artículo 21 LOCCPI sólo regula ciertos aspectos de la ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte previstas en el artículo 93 (1) (a) a (k) ER. El primer párrafo del artículo 21 (1) LOCCPI se refiere a la solicitud de toma de declaración o de prestación de testimonio por testigos y peritos ante el órgano judicial español competente. Esta disposición señala que los testigos y los peritos tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que tendrían de haber sido llamados a declarar en relación con un sumario tramitado en España. En consecuencia, el deber de presentarse a declarar o a prestar testimonio y las sanciones que en caso de

508.Idem.

509.Idem.

510.Art. 99(3) ER.

511.Art. 99(2) ER.

incumplimiento prevé la legislación española⁵¹² serán plenamente aplicables. Además, la toma de declaración o la prestación de testimonio por el testigo o perito de que se trate ante el Juez de Instrucción del lugar de residencia del testigo o perito en cuestión se llevará a cabo conforme a la regulación prevista en los artículos 410 a 485 y 701 a 731 LECr⁵¹³.

El segundo párrafo del artículo 21(1) LOCCPI, que regula la ejecución de las solicitudes de cooperación que consistan en facilitar la comparecencia de testigos y peritos ante la Corte, prevé que dicha comparecencia será voluntaria⁵¹⁴. De carácter igualmente voluntario será la comparecencia ante la Corte para prestar testimonio de las personas que se encuentren en prisión en España por razones distintas al cumplimiento de la condena

512. Estas sanciones se recogen en los artículos 410 *et seq* y 455 *et seq* LECr.

513. Aunque el artículo 21 LOCCPI guarda silencio en este punto, no hay problema para aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 14 LOCCPI en relación con el órgano judicial español competente para ejecutar una solicitud de citación a comparecer ante la Corte.

514. En opinión del autor, si bien el artículo 93 (1)(e) ER se refiere expresamente a facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte, el artículo 93 (1)(l) ER podría ofrecer la base jurídica necesaria para solicitar la asistencia de un Estado Parte para compeler a un testigo a comparecer ante la Corte siempre y cuando tal medida no se encuentre prohibida por la legislación nacional del estado requerido. Este hubiera sido en principio el caso de España, si bien el artículo 21 (1) LOCCPI cierra esta posibilidad al afirmar el carácter voluntario de la comparecencia de testigos y peritos ante la Corte. Esta regulación contrasta con la contenida en el artículo 7 (1) de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIY y el artículo 7 (1) de la Ley Orgánica de Cooperación con el TPIR en los que se establece que testigos y peritos tienen el mismo deber de comparecer ante dichos tribunales internacionales que ante los tribunales españoles.

impuesta por aquélla⁵¹⁵. En este caso, al margen del consentimiento libre de la persona en prisión, es también necesario que el órgano judicial competente no se oponga a la entrega temporal a la Corte⁵¹⁶. Una vez que esta condición se cumpla, el Ministerio de Justicia acordará con la Corte las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la entrega temporal⁵¹⁷.

Como resultado, como Bujosa Vadell ha señalado, si la declaración o el testimonio tiene que ser prestado en España ante el Juez de Instrucción competente, los testigos y los peritos pueden verse compelidos a testificar, lo que no ocurrirá si el testimonio debe prestarse en la Haya⁵¹⁸. En este último supuesto, la Corte sólo puede valerse de su capacidad de persuasión para que testigos y peritos comparezcan para testificar. Para ello la Corte puede, por un lado, ofrecer las garantías contra la detención y el enjuiciamiento previstas en el artículo 93 (2) LECr, y, por otro lado, enviar instrucciones y/o ofrecer las garantías contra la auto-incriminación recogidas en la regla 74 RPP⁵¹⁹.

515. Artículos 93(7)(a) ER y 21 (2) LOCCPI. La única excepción a la comparecencia voluntaria de testigos y expertos ante la Corte son los supuestos en los que el testigo o experto en cuestión se encuentre cumpliendo condena impuesta por la Corte en España (artículo 21 (1) *in fine* LOCCPI). Esto se debe a que dichas personas continúan estando bajo la jurisdicción de la Corte a pesar de encontrarse cumpliendo condena en España. En este tipo de supuestos, el artículo 21 (1) LOCCPI prevé que la entrega temporal a la Corte se producirá en las condiciones que España y la Corte acuerden.

516. Artículo 21 (2) LOCCPI

517. *Idem*.

518. BUJOSA VADELL, L. *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, La Ley, 2006 (en prensa), sección 6.2.2, p. 345.

519. En este sentido, el artículo 21 (4) LOCCPI impone al Ministerio de

El legislador español ha mostrado su intención de facilitar la comparecencia voluntaria de testigos y peritos ante la Corte mediante la asunción unilateral de dos tipos de obligaciones: (i) el deber del Ministerio de Justicia de solicitar información a la Corte sobre las garantías ofrecidas al testigo o perito en cuestión⁵²⁰; y (ii) el deber del Ministerio de Justicia de anticipar los gastos relacionados con la comparecencia de testigos y peritos ante la Corte⁵²¹. Además, el Juez de Instrucción competente tendrá que asegurarse de que el testigo en cuestión entiende toda instrucción o garantía contra la auto-incriminación que haya sido enviada u ofrecida por la Corte⁵²².

Finalmente, el artículo 21 (5) LOCCPI desarrolla la regulación relativa a la asistencia en materia de protección de víctimas y testigos prevista en el artículo 93 (1) (f) ER. En este sentido, hay que subrayar que la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre de 1993 sobre la protección de testigos y peritos en causas penales contiene un buen número de medidas de protección que podrían ser aplicables durante la ejecución por los órganos judiciales españoles de ciertas solicitudes de cooperación de la Corte. Además, el artículo 21 (5) LOCCPI atribuye al Ministerio de Justicia, en coordinación con el Ministerio de Interior, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, el poder para llegar a un acuerdo con la Secretaría de la Corte sobre la

Justicia, en coordinación con los Ministerios, Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectadas por el asunto de que se trate, la obligación de solicitar a la Corte, tal y como prevé el artículo 68 (5) ER, la protección de los agentes y funcionarios españoles que sean llamados a comparecer ante la misma.

520. Artículo 21 (1) LOCCPI.

521. Idem.

522. Idem.

recolocación temporal dentro de España de víctimas traumatizadas o de testigos que puedan encontrarse en peligro como resultado de su testimonio.

II.3.5.3. Motivos de oposición a la ejecución de solicitudes de cooperación distintas de la detención y entrega

Aunque la LOCCPI limita estrictamente los motivos de oposición a la ejecución de una solicitud de entrega de la Corte, la LOCCPI no hace lo mismo en relación con otro tipo de solicitudes de cooperación. De hecho, el artículo 20 LOCCPI regula ciertos aspectos institucionales y procesales que se aplican cuando tales motivos de oposición concurren. Además, otras leyes nacionales de aplicación general son relevantes para determinar qué autoridades españolas son competentes para consentir en la revelación de información o de documentos transmitidos confidencialmente por España a un tercer estado o para levantar la inmunidad diplomática de personas y bienes.

Una cuestión particularmente importante es aquélla relativa a la diferencia entre los motivos de oposición recogidos en los artículos 93 (3) y 91 (1) (l) y ER. El primero se refiere al supuesto en que la petición de cooperación sea contraria a un principio legal fundamental del ordenamiento jurídico nacional. Por su parte, el artículo 91(1)(l) ER, desarrollado por el artículo 20 (1) LOCCPI, prevé que, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico español, los órganos judiciales españoles y otras autoridades competentes ejecutarán aquellas solicitudes de cooperación dirigidas a facilitar las actuaciones ante la Corte que no se encuentren expresamente previstas en el artículo 93 (1) (a) a (k) ER.

Con respecto al primer motivo de oposición, y considerando que la LOCCPI no puede ser interpretada de manera que extienda los motivos de oposición a las solicitudes de

cooperación de la Corte⁵²³, el autor considera que el artículo 20 LOCCPI deberá ser interpretado como refiriéndose a cualquier “principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general” en el ordenamiento jurídico español⁵²⁴. Aunque el significado preciso de esta expresión tendrá que ser determinado por la jurisprudencia de la Corte, se puede asumir que los principios constitucionales tal y como han sido elaborados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional formarán parte de esta categoría.

Este motivo de oposición puede ser particularmente importante cuando la solicitud de asistencia de la Corte incluya medidas limitativas de derechos fundamentales, tales como la ejecución de órdenes de entrada y registro en edificios o lugares cerrados que tengan la condición de domicilios privados⁵²⁵. Tal y como establecen los artículos 550 y 558 de la LECr, la ejecución de estas órdenes de entrada y registro en ausencia del consentimiento del propietario requiere la emisión por el Juez de Instrucción competente de un auto motivado⁵²⁶ especificando el lugar que debe ser registrado⁵²⁷. Además, dicho auto debe respetar los requisitos derivados del principio constitucional de proporcionalidad que es aplicable a todas las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales⁵²⁸.

523. Artículo 96.1 CE.

524. Artículo 93(3) ER.

525. Artículo 93(1) (b) y (k) ER.

526. Ver la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 17 de abril de 1995.

527. Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional español 37 /1989.

528. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la práctica de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales sólo puede ser autorizada por el órgano español competente si existen

En relación con la cláusula residual de cooperación prevista en el artículo 93 (1) (l) ER, el alcance del motivo de oposición a la cooperación previsto en el artículo 20 (1) LOCCPI no se refiere a las reglas y principios constitucionales españoles si no a otras reglas y principios contenidos en las leyes orgánicas, procesales y administrativas de aplicación general en España.

En cuanto a la información que podría afectar a la seguridad nacional, España, de conformidad con el artículo 93 (4) ER, puede rechazar la transmisión de la información y de los documentos solicitados por la Corte que no puedan ser entregados o revelados sin perjudicar a los intereses de la

motivos razonables para creer que dichas diligencias permitirán el descubrimiento o la verificación de hechos o circunstancias importantes para el caso de que se trate que no podrían ser obtenidas mediante la práctica de otras diligencias de investigación menos instructivas. Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional español 85/1994. Ver también a este respecto GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, Madrid, 1997, p. 438; y DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho Procesal Penal*, Madrid. 1999, p. 376.

La LOCCPI no se pronuncia sobre si la orden de entrada y de registro requerida por los artículos 550 y 558 LECr tiene que ser dictada por la Corte y adjuntada a la solicitud de entrega y de registro (de manera que el Juez de Instrucción del lugar donde debe ejecutarse se limite a verificar que la misma se ajusta al principio de proporcionalidad), o si, por el contrario, la Corte debería únicamente apoyar su solicitud con la documentación necesaria para convencer al Juez de Instrucción competente de la necesidad de dictar una orden de entrada y de registro porque se cumplen los requisitos exigidos por los artículos 550 y 558 LECr y por el principio de proporcionalidad. Aunque los apartados 2 (e) y 3 del artículo 96 ER, que en la actualidad hace parte del ordenamiento jurídico español, parecen apuntar hacia la primera opción, hubiera sido preferible la regulación de esta materia con mayor detalle, sobre todo a la luz del papel de asesoría que ha sido atribuido al Ministerio de Justicia (artículo 20(1) y (3) LOCCPI).

seguridad nacional⁵²⁹ En principio, cualquier cuestión que haya sido declarada clasificada de acuerdo con la Ley 9/1968 de 5 de abril de 1968 que regula los secretos oficiales⁵³⁰, tras su modificación por la Ley 48/1978 de 7 de octubre de 1978, entraría dentro de esta categoría⁵³¹. Sin embargo, antes de denegar cualquier solicitud de cooperación de la Corte, España tiene la obligación de celebrar consultas con la misma para buscar una solución satisfactoria del problema para ambas partes⁵³². Si, tras adoptar todos los pasos razonables, dichas

529.El artículo 20 (2) LOCCPI parece referirse a los intereses de la defensa nacional además de los intereses de la seguridad nacional. Sin embargo, como ya se ha señalado, el artículo 96 (1) CE prohíbe la interpretación de la LOCCPI de manera que extienda los motivos de oposición a las solicitudes de cooperación de la Corte previstos en el ER. Por lo tanto, el autor considera que la referencia a los intereses de la defensa y seguridad nacionales prevista en el artículo 29 (2) LOCCPI debería ser interpretada a la luz de los artículos 72 y 93 (4) ER como referida exclusivamente a los intereses de la seguridad nacional.

530.La Ley de Secretos Oficiales fue desarrollada por el Decreto 242/1969 de 20 de febrero de 1969.

531.Ver también, entre otras, la Ley 11/2002 de 6 de mayo de 2002, que regula el Centro Nacional de Inteligencia y el Real Decreto 327/2004 de 27 de febrero de 2004 que modifica el régimen jurídico de su personal.

532.Artículos 72 (5) ER y 20 (2) y (4) LOCCPI. Por lo tanto, el Ministerio de Justicia en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores, así como con los Ministerios de Justicia, Defensa e Interior y cualquier otro competente, celebrará consultas con la Corte si una vez que ha transmitido la solicitud de cooperación de la Corte al órgano judicial o autoridad nacional competente es informado de que la transmisión de la información o de los documentos solicitados puede afectar los intereses de la seguridad nacional española. Tales consultas se dirigirán a resolver el problema mediante la modificación o la clarificación de la solicitud de cooperación de la Corte, el acuerdo sobre las condiciones bajo las que se puede enviar a la Corte la información solicitada (como por ejemplo la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones

consultas no produjeran el resultado esperado porque la información o los documentos solicitados no pueden ser transmitidos a la Corte bajo condición alguna, el Ministerio de Justicia informará a la Corte que España no puede ejecutar su solicitud de cooperación⁵³³.

Con respecto a la información recibida de manera confidencial de un tercer estado o de una organización intergubernamental o internacional, si, después de transmitir la solicitud de la Corte al órgano judicial o autoridad competente para su ejecución, el Ministerio de Justicia es informado de que los documentos o la información solicitada por la Corte fueron transmitidos a España de manera confidencial, el Ministerio de Justicia informará al Ministerio de Asuntos Exteriores, y este último, en coordinación con los Ministerios de Justicia, Defensa e Interior, y los otros Ministerios competentes, consultarán con la entidad que

a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o ex parte, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al ER o a las RPP), o la retirada de la solicitud debido a la relativa escasa relevancia de la información solicitada o al hecho de que pueda obtenerse de otra fuente.

533. Artículos 72(6) y 93(4) ER y artículo 20(4) LOCCPI. Si bien la LOCCPI no aborda esta cuestión, el artículo 20 LOCCPI será también aplicable en relación con las consultas celebradas entre España y la Corte conforme al artículo 72 ER cuando:

- (i) Una persona a quien se haya solicitado información o pruebas se niegue a presentarlas o haya requerido un pronunciamiento de España porque su divulgación afectaría los intereses de la seguridad nacional española y España confirme que, a su juicio, esa divulgación afectaría a dichos intereses; o
- (ii) España tenga conocimiento de qué información o documentos suyos están siendo divulgados o pueden serlo en cualquier fase del procedimiento y estima que esa divulgación afectaría a sus intereses de seguridad nacional.

suministró originalmente la información o los documentos solicitados⁵³⁴. El Ministerio de Justicia informará a la Corte del resultado de dichas consultas⁵³⁵.

En cuanto a las inmunidades de personas y bienes de terceros Estados, el artículo 20 (3) LOCCPI prevé que el Ministerio de Justicia informe a la Corte de cualquier problema que pueda surgir en la ejecución de una solicitud de cooperación, lo que, en opinión del autor, incluye también los

534. Artículo 20(2) LOCCPI.

535. Aunque las consultas serán realizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el artículo 20 (2) LOCCPI no le atribuye la competencia para informar de su resultado a la Corte. Por lo tanto, será el Ministerio de Justicia, en cuanto órgano de relación con la Corte, el que en principio de acuerdo con el artículo 6 LOCCPI informará a ella del resultado de dichas consultas.

Como establece el artículo 73 ER, si el autor es un Estado Parte y consiente en la divulgación, el Ministerio de Justicia transmitirá los documentos o información de que se trate a la Corte. Si, por otra parte, el autor es un Estado Parte que se compromete a resolver la cuestión con la Corte siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 72 ER, el Ministerio de Justicia informará a este respecto a la Corte. Cuando el autor sea un estado no parte pero consienta en la divulgación, el Ministerio de Justicia transmitirá la información o los documentos solicitados a la Corte. Finalmente, cuando el autor sea un estado no parte que no consienta en la divulgación, el Ministerio de Justicia informará a la Corte de que España no puede proporcionar la información o los documentos solicitados debido a sus obligaciones de confidencialidad.

La LOCCPI no regula, sin embargo, el procedimiento a seguir cuando un tercer estado solicite el consentimiento de España para divulgar a la Corte información o documentos transmitidos por España bajo condición de confidencialidad. Si bien en principio, y a menos que la información o documentos en cuestión hayan sido declarados como “clasificados” porque afectan a los intereses de la seguridad nacional, España tiene la obligación conforme al artículo 73 ER de dar el consentimiento para su divulgación.

supuestos de inmunidad de las personas y bienes sobre los que ha de recaer la diligencia solicitada⁵³⁶. En estos casos, el Ministerio de Justicia proveerá a la Corte de cualquier información relevante que pueda facilitar que aquélla asegure la cooperación del tercer estado afectado mediante su consentimiento a levantar la inmunidad⁵³⁷.

En relación con la información, bienes o personas que se encuentran sujetas al control de un tercer Estado o de una organización internacional por razón de un tratado internacional, el artículo 20 (5) LOCCPI, siguiendo lo dispuesto en el artículo 93 (9) (b) ER, prevé que cuando la solicitud de la Corte se refiera a tal tipo de información, bienes o personas,

536.El artículo 20 (3) desarrolla el artículo 98 ER y la regla 195 (1) RPP.

537.De acuerdo con el artículo 98 ER, España puede rechazar la ejecución de solicitud de cooperación de la Corte si: (i) dicha ejecución le obligaría a actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un estado o la inmunidad diplomática de una persona o de un bien de un tercer estado; y (ii) la Corte no ha obtenido antes de realizar su solicitud “la cooperación de ese tercer estado para renunciar a la inmunidad”. A diferencia del artículo 73 ER, el artículo 98 (1) ER no requiere que España busque el consentimiento del tercer estado afectado, sino que por el contrario será la Corte quien deba obtener la cooperación de dicho estado.

Por otra parte, la solicitud de la Corte para que España renuncie a su inmunidad tendrá que ser manejada como si se tratara de una solicitud de cooperación del artículo 93 (1)(l) ER. Por lo tanto, España tendrá la obligación de renunciar a su inmunidad a menos que la legislación nacional lo prohíba expresamente. Tal y como establece el artículo 20 (3) LOCCPI, corresponderá al Ministerio de Justicia informar a la Corte sobre la existencia de cualquier problema para ejecutar esta solicitud de cooperación. Sin embargo, cualquier consulta adicional entre España y la Corte será llevada a cabo por el Ministerio de Asuntos Exteriores si el asunto afectará a la política exterior española (artículo 6 (2) LOCCPI).

el Ministerio de Justicia informará a la Corte al respecto para que esta última pueda dirigirse al estado u organización de que se trate.

Por otra parte, el Ministerio de Justicia informará a la Corte de la decisión de España de retrasar la ejecución de una solicitud de cooperación de la Corte debido a la existencia de una impugnación de la admisibilidad del caso pendiente ante la Corte⁵³⁸. Además, cuando la ejecución de una solicitud de cooperación de la Corte pueda interferir con una investigación o enjuiciamiento nacional en curso en un caso distinto, el Ministerio de Justicia consultará con la Corte para ver si es posible practicar la diligencia solicitada de manera inmediata bajo ciertas condiciones⁵³⁹. Si las consultas son infructuosas, el Ministerio de Justicia celebrará consultas adicionales con la Corte para ver si es posible llegar a un acuerdo sobre el retraso en la práctica de la diligencia solicitada⁵⁴⁰. Sin embargo, la LOCCPI no aborda el problema que podría plantearse si estas segundas consultas tampoco llegan a buen término⁵⁴¹.

En caso de solicitudes concurrentes de la Corte y de un tercer estado para la práctica de diligencias distintas de la detención y entrega, España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 (9) (a) ER, se esforzará en ejecutar ambas solicitudes. Sin embargo, si existiesen problemas para poder

538. Artículos 95 ER y 20 (3) RPP.

539. Artículos 94(1) ER y 20(4) LOCCPI.

540. Idem.

541. En todo caso, las peticiones de preservación de prueba realizadas por la Fiscalía de la Corte a España conforme al artículo 94 (2) ER serán procesadas como si se tratase de solicitudes emitidas conforme al artículo 93 (1) (j) ER.

cumplir con ambas, el Ministerio de Justicia consultará a la Corte y al tercer estado requirente a los efectos de retrasar la ejecución o de imponer condiciones a la ejecución de una u otra solicitud⁵⁴². Si estas consultas fueran infructuosas, el problema presentado por las solicitudes concurrentes se resolverá de acuerdo con los principios mencionados para la resolución de solicitudes concurrentes de entrega y extradición⁵⁴³.

Finalmente, la LOCCPI no aborda expresamente la práctica por la Corte de diligencias de investigación directamente en territorio español. Por lo tanto, la Corte puede sólo actuar de esta manera en aquellos supuestos previstos, y bajo la condiciones estipuladas, en los artículos 57 (3) (e) y 99 (4) ER. Por otra parte, en tanto no esté prohibido por la legislación española, España permitirá que durante la práctica de las diligencias solicitadas por la Corte se encuentren presentes aquellas personas especificadas en las solicitudes de cooperación de la Corte⁵⁴⁴.

542. Artículos 93(9)(a) ER y 20(5) LOCCPI.

543. Artículo 93(9)(a)(i) ER.

544. Artículo 99(1) ER. Si la Corte propone a España celebrar una audiencia, realizar una o varias sesiones del juicio oral o llevar a cabo ciertas actividades procesales como la lectura de la sentencia en territorio español, el Ministerio de Justicia, tras consultar con el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Interior y otras autoridades nacionales competentes, comunicará a la Corte la aceptación o rechazo de la propuesta de la Corte. En el primer supuesto, los aspectos operativos serán posteriormente regulados por un acuerdo específico concluido a tales efectos entre España y la Corte (artículo 25 LOCCPI).

II.3.6. Cooperación en la ejecución de sentencias dictadas por la Corte

II.3.6.1. Ejecución de penas privativas de libertad

El artículo 25 (1) CE prevé que toda sentencia de privación de libertad debe estar dirigida a la reeducación y a la resocialización de la persona condenada. A pesar de que el Consejo de Estado ha afirmado la constitucionalidad de la pena de privación de libertad prevista en el artículo 77 (1) (b) ER acompañada del mecanismo de revisión previsto en el artículo 110 (e) ER⁵⁴⁵, España, para efectos de eliminar cualquier posible problema constitucional en esta materia, realizó la siguiente declaración en el momento de ratificar el ER de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 (1) (b) ER⁵⁴⁶: “España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española”.

Si la Presidencia de la Corte designa a España como estado de ejecución⁵⁴⁷, el Ministerio de Justicia, después de realizar las consultas necesarias, informará a la Corte de las con-

545. YAÑEZ BARNUEVO, J.A./ROLDÁN, A., *Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court*, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders.: General Aspects and Constitutional Issues*, Kress, C./Lattanzi F. (eds.), Ripa di Fagnano Alto/Baden Baden, Vol. I, 2003, p. 214. ?

546. Además, el artículo 22 (1) LOCCPI se refiere a la conclusión “eventual” de un acuerdo bilateral con la Corte que, conforme a lo dispuesto en la regla 200 (5) RPP, se dirigirá a “establecer un marco para la recepción de los reclusos que haya condenado”.

547. Artículo 103 ER y reglas 200 a 203 RPP.

diciones bajo las cuales España estaría dispuesta a aceptar tal designación⁵⁴⁸. Además, a pesar de que esta obligación no se recoge en el ER ni en las RPP; el artículo 22 (1) LOCCPI impone de manera unilateral en el Ministerio de Justicia el deber de informar a la Corte los motivos que pueden dificultar la aceptación de la designación por aquella como estado de ejecución. De esta manera, el legislador español pretende evitar toda negativa injustificada del Ministerio de Justicia⁵⁴⁹.

En cuanto a la distribución de competencias entre las autoridades nacionales y la Corte durante el periodo de ejecución de la pena, las autoridades españolas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 105 (1) y 110 (1) ER, se encuentran vinculadas por la pena impuesta por la Corte y, por lo tanto, ni la pueden modificar, ni pueden poner en libertad a la persona condenada antes de que expire el término de su condena. Además, sólo la Corte tiene el derecho de decidir sobre las peticiones de apelación o revisión de la condena⁵⁵⁰ o de reducción de la pena⁵⁵¹.

548.Art. 22(1) LOCCPI.

549.Si las condiciones exigidas por España son aceptadas, la Secretaría de la Corte, previa consulta con el Ministerio de Justicia y las autoridades del país sede, se asegurará de que la entrega a España de la persona condenada se realice de manera adecuada. A su vez, el Ministerio de Justicia transmitirá al Ministerio del Interior toda la información necesaria en relación con la entrega. Se informará también al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la llegada de la persona condenada con 24 horas de anticipación para permitir que se realicen las tareas necesarias en la prisión que haya sido designada para que cumpla condena (artículo 22 (1) LOCCPI).

550.Artículo 105(2) ER.

551.Artículo 110(2) ER. En este sentido, el artículo 22 (5) LOCCPI prevé que cuando la Sala de Apelaciones de la Corte convoque una audiencia

El artículo 108 (1) ER requiere la aprobación por la Corte, a petición de España, para efectos de enjuiciar, castigar o extraditar a un tercer estado a una persona que se encuentre cumpliendo en España condena impuesta por la Corte por hechos anteriores a su entrega a España. El artículo 22 (4) LOCCPI elabora esta disposición mediante: (i) la determinación del órgano nacional competente para transmitir al Ministerio de Justicia la documentación necesaria; y (ii) la previsión de la suspensión de las actuaciones hasta que la Corte decida sobre solicitud del Ministerio de Justicia.

Como dispone el artículo 104 (1) ER y la regla 209 RPP, la Presidencia de la Corte (actuando de oficio o a petición de la persona condenada o de la Fiscalía) puede cambiar en cualquier momento la designación del estado de ejecución de la pena. En este supuesto, la regla 210 (1) (a) RPP deja en manos de la Presidencia la decisión sobre si procede o no, para solicitar las observaciones de las autoridades españolas, mientras que el artículo 22 (2) LOCCPI impone en el Ministerio de Justicia el deber de realizar las observaciones pertinentes.

En el supuesto de fuga de la persona condenada de una prisión española, el artículo 22 (6) LOCCPI impone al Ministro de Justicia la obligación de informar urgentemente al Secretario de la Corte y de consultar la Corte para decidir si sería conveniente que España solicitase la extradición del fugado al Estado en que se encuentre o si sería mejor que la Corte solicitase a dicho Estado su entrega.

sobre la posible reducción de la pena, el Ministerio de Justicia decidirá sobre su participación en dicha audiencia de acuerdo con lo previsto en la regla 224 RPP.

Finalmente, en relación con las medidas que las autoridades nacionales pueden adoptar mientras la persona condenada por la Corte cumple condena en España, tal y como se prevé en el artículo 106 (1) ER, las condiciones de detención serán aquellas previstas en la legislación española (en particular en la Ley Orgánica 1/1979 de 25 de septiembre de 1979, que adopta la Ley General Penitenciaria) y, por lo tanto, no serán más o menos favorables que las que correspondan a presos condenados por delitos similares en España.

El artículo 106 ER impone, sin embargo, un estándar mínimo objetivo consistente en “las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos” y atribuye a la Corte una función supervisora de la ejecución de penas privativas de libertad. En el cumplimiento de esta función, la comunicación “irrestringida y confidencial” entre la persona condenada y la Corte⁵⁵² y las medidas previstas en la regla 211 RPP juegan un papel esencial. En este sentido, el artículo 22 (3) LOCCPI se dirige a facilitar el cumplimiento eficaz de esta función supervisora mediante la imposición al Juez Central de Instrucción y al Ministerio del Interior de la obligación de dar el mayor apoyo posible a los jueces y personal de la Corte que vayan a España a supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad.

Por último, la LOCCPI no aborda la cuestión de la aplicación de los beneficios penitenciarios recogidos en legislación española que puedan suponer algún tipo de actividad fuera de la prisión. Ahora bien, en tanto se respeten los estándares internacionalmente reconocidos, las personas condenadas por la Corte se podrán beneficiar de los mismos beneficios y

552. Artículo 106(3) ER.

programas que los presos condenados por delitos similares en España⁵⁵³.

II.3.6.2. Ejecución de multas, decomisos y órdenes de reparación

El procedimiento para ejecutar las penas de multa y de decomiso y las órdenes de reparación es el mismo a pesar de que los artículos 22 (7) y 23 (3) LOCCPI lo tratan de manera separada. Una vez que el Ministerio de Justicia recibe una solicitud de ejecución, transmitirá al Fiscal General del Estado la documentación pertinente para que pueda solicitar al órgano judicial competente la ejecución de la decisión de la Corte. Posteriormente, el órgano judicial competente tendrá que poner a la disposición del Ministerio de Justicia los bienes, activos y dinero obtenido a través del procedimiento de ejecución para que este último los entregue a la Corte.

II.3.7. Conclusión

El legislador español ha mostrado su empeño en cumplir con las obligaciones que le impone el ER en un buen número de disposiciones de la LOCCPI, en las que incluso asume obligaciones adicionales de manera unilateral. Destaca en este sentido la regulación del procedimiento de entrega a la Corte en el que no sólo se ha eliminado la fase gubernativa prevista en la LEP de 1985 sino que además se han limitado estrictamente los motivos de oposición a la ejecución de la solicitud de la Corte.

553. Artículo 106 ER y Regla 211(2) RPP. El Ministerio de Justicia deberá comunicar las cuestiones relativas a la aplicación de los beneficios penitenciarios previstos en la legislación española a la Presidencia de la Corte junto con cualquier otra información u observación relevante para que la Corte pueda ejercitar su función supervisora (regla 211(2) RPP).

Además, la LOCCPI establece un régimen muy favorable para la ejecución de las solicitudes de entrega cuando éstas sean concurrentes con la peticiones de extradición de terceros estados con los que España no tiene un tratado de extradición, concede inmunidad general a toda persona que se encuentre en tránsito en España para comparecer ante la Corte y auto-impone a la autoridades españolas un buen número de obligaciones que no se recogen en el ER en materia de ejecución de sentencias, como por ejemplo la obligación del Ministerio de Justicia de justificar el rechazo de la designación de España como estado de ejecución de la pena privativa de libertad.

Sin embargo, al mismo tiempo, existen ciertos aspectos de la regulación contenida en la LOCCPI que se apartan notablemente de esta tendencia. Entre ellos merecen destacarse la configuración del Ministerio de Justicia como el órgano de relación entre la Corte y las autoridades judiciales y fiscales españoles, y la falta de una regulación comprehensiva del procedimiento de ejecución de las solicitudes de cooperación de la Corte distintas de la detención y entrega de personas o de la detención provisional (lo que seguramente originará retrasos en la ejecución de este tipo de solicitudes de cooperación e impondrá en el Juez de Instrucción o autoridad nacional competente una tarea interpretativa nada despreciable). Pero, sin duda, lo que constituye una mayor fuente de preocupación es la inversión del principio de complementariedad de la Corte en el artículo 7 (2) y (3) LOCCPI en relación con los delitos cometidos por no españoles fuera de España⁵⁵⁴.

554. Aunque quede fuera del ámbito de este artículo, conviene, al menos, mencionar los problemas derivados de la falta de distinción entre las nociones de “situación” y “caso” en la regulación de las impugnaciones de admisibilidad y

la eficacia de cosa juzgada contenida en los artículos 8, 9 y 10 LOCCPI. Ver a este respecto OLÁSULO, H. *Spain*, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Lattanzi, F./Kress, K., Vol. II, Nomos/Il Sirente, 2005, pp. 345-380, pp. 352-354; y Olásulo, H., *Reflexiones sobre la Necesidad de Ajustar las Legislaciones Nacionales de Cooperación con la Corte al Marco Procesal del Estatuto de Roma. Especial Referencia al Modelo Español*, en *Casación Penal*, Buenos Aires, octubre 2006 (en prensa).

PARTE III

CRÍMENES DE GUERRA

III.1. El Impacto de la Primera Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional⁵⁵⁵

III.1.1. Introducción

Tras la apertura de las investigaciones en las situaciones de crisis en la República Democrática del Congo (“RDC”), Norte de Uganda, Darfur (Sudan) y República Centroafricana, a principios de febrero de 2006, la Sala de Cuestiones Preliminares I (“SCP I”), a solicitud de la Fiscalía, dictó, en el contexto de la investigación en RDC, una orden de arresto contra Thomas Lubanga, iniciando de esta manera el primer caso ante la Corte Penal Internacional (“CPI”)⁵⁵⁶. Tras su entrega a

555.Publicado en la Revista de la Universidad Central de Caracas, 2008.

556.Desde una perspectiva fáctica, el caso contra Thomas Lubanga Dyilo se refiere a hechos ocurridos en relación con el conflicto armado acaecido en el territorio de Ituri (distrito de la provincia *Oriental* de la RDC entre el 1 de julio de 2002 y el 21 de diciembre de 2003). Según la SCP I, en este conflicto participaron las fuerzas armadas de la República de Uganda (*Ugandan People Defence Forces*, “UPDF”), además de un número importante de grupos armados organizados, incluidos *l’Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* (“UPC/RP”) y su brazo armado *les Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (“FPLC”), *le Partit pour l’Unité et la Sauvegarde de l’Intégrité du Congo* (“PUSIC”) y *le Front National Intégrationniste* (“FNI”). Según la SCP I, el conflicto armado tuvo un carácter internacional hasta

la Corte⁵⁵⁷, la jueza brasileña Sylvia H. Steiner⁵⁵⁸, jueza única del caso, puso en marcha el procedimiento dirigido a la preparación de la audiencia de confirmación de cargos, en lo que iba a constituir la primera vez que se aplicase la ambigua normativa procesal aprobada durante las negociaciones mantenidas en Roma y Nueva York entre 1996 y 2002⁵⁵⁹.

el momento que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003. Con posterioridad la SCPI consideró que el conflicto armado asumió un carácter no internacional. En este contexto, las FPLC pusieron en marcha una política de reclutamiento y alistamiento de jóvenes (que incluía también a niños menores de quince años)⁵⁵⁶, así como de utilización de los mismos para participar activamente en las hostilidades una vez completado su entrenamiento. El imputado, Thomas Lubanga Dyilo, es el todavía presidente de la UPC/RP - que durante buena parte de este periodo ejerció el gobierno provisional del territorio de Ituri – así como el ex-comandante en jefe de las FPLC. Vid. decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 220, 236, 237. 249, 253, 254, 258, 266, 267, 273, 368 y 373.

557.El 20 de marzo de 2006 se llevó a cabo la comparecencia inicial de Thomas Lubanga ante la SCP I.

558.El autor, después de haber participado como miembro de la delegación española en las negociaciones sobre los EC y RPP, ha tenido la fortuna de acompañar a la Jueza Sylvia H. Steiner en todo este proceso como su único letrado.

559.La ambigüedad de la normativa procesal contenida en el Estatuto de Roma (“ER”) y en las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) - fruto de los compromisos entre los distintos sistemas procesales de los Estados participantes en las negociaciones - obligó a realizar una intensa labor interpretativa para concretar su contenido. De esta manera, cuestiones como el procedimiento de tramitación de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, el sistema de revelación de prueba y su interrelación con el procedimiento de adopción y ejecución de las medidas de protección de testigos, el contenido de las cargas y expectativas procesales de aquellos a quienes se reconoce la posición procesal de víctima en las actuaciones o la sanción en supuestos de prueba ilícitamente obtenida, fueron, entre otras muchas, objeto de análisis durante este periodo. Como resultado, entre marzo y octubre de 2006, se dictaron más de 250 decisiones en respuesta a los más de

La audiencia de confirmación de cargos se celebró entre los días 9 y 28 de noviembre de 2006, y la SCP I dictó su decisión confirmando los cargos contra Thomas Lubanga Dyilo el 29 de enero de 2007⁵⁶⁰. Como se pondrá de manifiesto a lo largo de este artículo, la importancia de esta decisión - la primera de carácter sustantivo dictada por la CPI- en el desarrollo del derecho penal internacional es manifiesta⁵⁶¹. Si bien,

500 escritos presentados por las partes, lo que provocó que el sumario de esta fase preliminar contenga más de 12.000 páginas de debate procesal. Las decisiones y escritos de las partes que tienen un carácter público pueden encontrarse en el página web oficial de la CPI: http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/c0107/c0107_doc.html.

560.SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of the Charges, de 29 de enero de 2007, documento núm.: ICC-01/04-01/06-803-tENG (referida en el texto como “decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga”). Esta decisión se encuentra disponible en su versión inglesa en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf, y en su versión francesa en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803_French.pdf. Las citas realizadas en este artículo hacen referencia a la versión inglesa de la decisión.

561.En la misma, entre muchas otras cuestiones, (i) se abordan algunas relativas a la estructura de los delitos en el ER y en los Elementos de los Crímenes (“EC”), (ii) se define el concepto de conflicto armado en el art. 8 ER y su distinción de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista; (iii) se desarrolla el elemento subjetivo general del artículo 30 ER (estableciendo el dolo eventual como requisito mínimo para que la conductas tipificadas en los arts. 6 a 8 ER den lugar a responsabilidad penal, y excluyendo del ámbito del 30 ER la culpa consciente o *subjective recklessness*, la imprudencia temeraria o *objective recklessness*, y la mera imprudencia), (iv) se considera que, en relación con el delito de alistamiento o reclutamiento de niños menores de 15 años, la expresión “fuerzas armadas nacionales” en el art. 8 (2)(b)(xxvi) ER incluye también a los grupos armados organizados que están involucrados en un conflicto armado de carácter internacional, (v) se considera que el uso de niños menores de quince años como guardaespaldas es parte del tipo penal relativo al uso de tales niños

en opinión del autor, entre las cuestiones abordadas por la misma, tiene particular significación la relativa a los criterios utilizados por el Estatuto de Roma y por el derecho penal internacional para distinguir entre quiénes son responsables a título de autores, y quiénes son responsables a título de partícipes, por la comisión de genocidio, crímenes contra la humanidad y, en particular, crímenes de guerra.

A este respecto conviene señalar que la enorme relevancia de esta cuestión ha de apreciarse a la luz del cambio experimentado de un tiempo hasta hoy por los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (conocidos como los “tribunales *ad hoc*”), de manera que, mientras que en sus primeros años de existencia centraron su actividad en el procesamiento de soldados y mandos medios directamente relacionados con la escena del delito, en los últimos años han dirigido sus actuaciones contra dirigentes políticos y militares que se encuentran geográfica y estructuralmente alejados de la escena del crimen. Además, esta misma línea de actuación ha sido expresamente adoptada a partir del 2003 por la Fiscalía de la Corte en sus varios “*policy papers*”⁵⁶² y se ha materializado en la selección de Thomas Lubanga, quién

para que participen activamente en las hostilidades; (v) se analiza el contenido del principio de legalidad penal previsto en los arts. 22, 23 y 24 ER; y (vi) se establecen las fronteras en la aplicación del error de derecho como causa de exculpación conforme al art. 32 ER. Varias de estas cuestiones han sido ya analizadas por el autor en trabajos previos; ver en particular, OLÁSULO, H. *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007, y OLÁSULO/PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Tirant lo Blanch, 2008.

562. Los distintos *policy papers* de la Fiscalía de la CPI están disponibles en la página web oficial de la CPI.

ejerció el gobierno provisional del territorio de Ituri (provincia de la RDC) y fue comandante en jefe de las FPLC en la segunda mitad de 2002 y en el 2003⁵⁶³, como sujeto del primer caso ante la Corte.

III.1.2. El papel de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga con respecto al tratamiento de la distinción entre autoría y participación en derecho penal internacional

En su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, la SCP I subraya lo siguiente:

La Sala recuerda que, en su decisión relativa a la emisión de una orden de arresto, ya ha distinguido entre (i) la comisión stricto sensu de un delito por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, de acuerdo con lo previsto en el sub-apartado (3)(a) del art. 25 ER, y (ii) la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos conforme al art. 28 ER, así como las distintas formas de participación, que a diferencia de la autoría, se recogen en los sub-apartados (3)(b) a (3) (d) del art. 25 ER⁵⁶⁴.

De esta manera, según la SCP I, el art. 25 (3) ER, incluido en la parte sobre principios generales de derecho penal aplicables por la CPI, adopta la distinción entre autoría y participación⁵⁶⁵. Así, mientras el sub-apartado 3 (a) del art. 25 ER

563.Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 373.

564.Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

565.En el mismo sentido, Ambos: 1999: 478 a 480; y Werle: 2005: 212-213.

recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión “cometa ese crimen” para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito⁵⁶⁶, los sub-apartados 3(b) a 3(d) del art. 25 ER utilizan las expresiones “ordene”, “proponga”, “induzca”, “sea cómplice”, “sea encubridor”, “colabore” y “contribuya de algún otro modo” para recoger aquellas formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al ER⁵⁶⁷. En opinión del autor, de esta manera se culmina el largo proceso que ha llevado a la consagración en el derecho penal internacional de la distinción entre autoría y participación.

A este respecto, conviene recordar que los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (“IMT”) y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokyo (“IMTFE”), fueron los primeros en introducir en el derecho penal internacional ciertas reglas básicas relativas a las formas de responsabilidad penal individual. Estas reglas aparecen en diversas disposiciones, de modo que, mientras ciertas formas de responsabilidad penal se incluyen como parte

566.SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, de 10 de febrero de 2006, documento núm: ICC-01/04-01/06-1 (referida en el texto como “decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga”), párrafo 78. La versión pública de esta decisión se encuentra en el anexo I de la decisión núm ICC-01/04-01/06-8 de 24 de febrero de 2006. La versión inglesa se encuentra disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr_English.pdf, mientras que la versión francesa se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr-tFrench.pdf>. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

567.Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

de la definición de algunos delitos⁵⁶⁸, otras se encuentran tras la definición de los crímenes contra la humanidad en el último párrafo del art. 6 (c) del estatuto del IMT y del art. 5 (c) del estatuto del IMTFE⁵⁶⁹. La distinción entre autoría y participación no se recoge en las mismas, adoptando, como AMBOS ha señalado, un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes⁵⁷⁰. Como resultado, la jurisprudencia del IMT y del IMTFE se limita a señalar que distintas formas de intervención en la comisión del delito dan lugar a responsabilidad penal individual⁵⁷¹.

Las reglas relativas a las formas de responsabilidad penal recogidas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, establecido tras la segunda guerra mundial, son algo más sistemáticas que las recogidas en los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo. Aunque algunas de ellas continúan haciendo parte de la definición de los delitos contra la paz⁵⁷², las mismas introducen por primera vez en el derecho

568.El art. 6 (a) del estatuto del IMT y el art. 5 (a) del estatuto del IMTFE definen los delitos contra la paz como “el planeamiento, la preparación, la iniciación o el desarrollo de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, así como la participación en un plan común o en una conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores.” (Traducción del autor).

569.Conforme al art. 6 (c) del Estatuto del IMT y al art. 5 (c) del Estatuto del IMTFE, “los líderes, organizadores, instigadores, y cómplices que participan en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos arriba mencionados son responsables por todos los actos llevados a cabo en ejecución de dicho plan” (traducción del autor).

570.Ambos: 2005: 275 *et seq.*

571.Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

572.El art. II.1(a) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania define los delitos contra la paz como “la iniciación de la invasión de un tercer país o de una guerra de agresión en violación de tratados

penal internacional la distinción entre los conceptos de autoría y participación⁵⁷³. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales militares norteamericanos que aplicaron esta ley se olvida de esta distinción, y acoge un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes⁵⁷⁴.

Es necesario esperar hasta la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994 de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda⁵⁷⁵, y hasta la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 y en 1996 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad⁵⁷⁶, para encontrar el primer intento serio de de-

y normas internacionales, de acuerdos o de garantías, así como la participación en un plan común o conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores” (traducción del autor).

573.El art. II (2) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que se recoge inmediatamente a continuación de las definiciones de los delitos, prevé que “cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de la capacidad con la que haya actuado, es penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 si (a) fue autor del delito; (b) si fue partícipe, u ordenó o encubrió el mismo ; (c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; (d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; (e) era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; o (f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1(a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como la pertenencia al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, co-beligerantes o satélites, u ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países” (traducción del autor).

574.Ambos: 2005: 75 *et seq.*, y Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

575.En particular los arts. 7 (1) ETPIY y 6 (1) ETPIR.

576.Conforme al art. 2 (3) del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la huma-

sarrollar la normativa sobre formas de responsabilidad penal contenida en los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania⁵⁷⁷.

La distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) del estatuto del tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia (“ETPIY”) ha sido adoptada de manera reiterada por la jurisprudencia del TPIY. En este sentido, es importante señalar que la sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó ya en 1999 que el principal elemento que permite distinguir entre los conceptos de empresa criminal común y complicidad es que “el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor⁵⁷⁸. Posteriormente, la Sala de primera instancia I, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 en el caso Kordic, afirmó que “las distintas formas de intervención en la comisión de un delito que dan lugar a responsabilidad penal conforme al art. 7(1) ETPIY pueden ser

nidad (1996), “todo individuo será penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20 si (a) comete intencionalmente el delito; (b) ordena la comisión del delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; (c) no previene, o no castiga, la comisión del delito cuando se produzcan las circunstancias previstas en el artículo 6; (d) con conocimiento, actúa como cómplice, encubridor o asiste de otra manera, directa o indirecta, en la comisión del delito, incluyendo el suministro de los medios para llevarlo a cabo; (e) participa directamente en el planeamiento o en la conspiración del delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; (f) incita directa y públicamente a otra persona para cometer el delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; e (g) intenta cometer el delito mediante actos que dan comienzo a su ejecución, pero el delito no se consuma debido a circunstancias ajenas a su voluntad. (traducción del autor).

577.Werle: 2005: 211.

578.Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 229.

divididas entre formas de autoría y formas de participación”⁵⁷⁹. Esta misma Sala, en su sentencia de 2 de agosto de 2001 en el caso Krstic, añadió que “parece claro que la expresión ‘*accomplice liability*’ denota una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito”⁵⁸⁰.

La Sala de apelaciones del TPIY volvió a abordar el problema de la distinción entre autoría y participación en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic. En esta decisión afirmó expresamente que “la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría”⁵⁸¹. Desde entonces, la jurisprudencia del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac⁵⁸²,

579.Traducción del autor. Sentencia de primera instancia en el caso Kordic, párrafo 373.

580.Traducción del autor. Sentencia de primera instancia en el caso Krstic, párrafo 642.

Esta distinción fue también adoptada en los párrafos 240 a 273 de la sentencia de primera instancia en el caso Kvočka, donde se afirma que quienes participan en una empresa criminal común sin llevar a cabo personalmente ninguno de los elementos objetivos del tipo pueden ser penalmente responsables: (i) como coautores si contribuyen a la ejecución del plan común compartiendo el deseo (dolo directo de primer grado) de hacer realidad el propósito criminal común; o (ii) como partícipes si llevan a cabo su contribución sin dicho deseo, pero a sabiendas de que su conducta facilitará la ejecución del propósito criminal común.

581.Traducción del autor. Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31. Vid. también el párrafo 20 de dicha decisión.

582.Sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafos 30 y 73.

Vasiljevic⁵⁸³, Blaskic⁵⁸⁴, Krstic⁵⁸⁵, Kvocka⁵⁸⁶, Simic⁵⁸⁷, y Brdanin⁵⁸⁸, y en las recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik⁵⁸⁹ y Martic⁵⁹⁰, ha venido afirmando de manera reiterada que el art. 7 (1) ETPIY adopta la distinción entre autoría y participación y, por lo tanto, rechaza un concepto unitario de autor.

A este respecto conviene no olvidar que alguna decisión aislada del propio TPIY intenta rechazar sin éxito la distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) ETPIY. Así, la sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, emitida el 15 de febrero de 2003 por la Sala de primera instancia II (presidida por el juez australiano David Hunt), subraya que la distinción entre autoría y participación no sólo es contraria al

583.Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafos 95, 102 y 111.

584.Sentencia de apelación en el caso Blaskic, párrafo 33.

585.Sentencia de apelación en el caso Krstic, párrafos 134, 137 y 266 a 269.

586.Sentencia de apelación en el caso Kvocka, párrafos 79 y 91.

587.Sentencia de apelación en el caso Simic, párrafos 243 y 265.

588.Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafos 431, 434 and 444-450. La Sentencia de apelación en el caso Stakic, si bien señala que la doctrina de la empresa criminal común es parte de la costumbre internacional y, por tanto, es aplicable ante el TPIY (párrafo 62), no afirma expresamente que quienes participan en una empresa criminal común sean penalmente responsables a título de coautores (en lugar de meros partícipes). Sin embargo, la Sala de apelaciones parece adoptar implícitamente esta posición porque apenas si reduce la pena impuesta a Milomir Stakic tras condenarle por su participación en una empresa criminal común en lugar de coautor mediato tal y como había hecho la Sala de primera instancia.

589.Sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik case, párrafos 79 a 81.

590.Sentencia de primera instancia en el caso Martic, párrafos 435 and 440.

ETPIY, sino que además es innecesaria⁵⁹¹. Posteriormente, el propio juez Hunt, en su voto particular en la decisión de la Sala de apelaciones de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, afirma, refiriéndose a la distinción entre autoría y participación, que:

Dicha distinción no existe en relación con las penas en este tribunal, y yo creo que no es adecuado que este tribunal intente clasificar los distintos tipos de personas involucradas en la comisión del delito de esta manera cuando no es necesario para efectos de determinación de la pena. La sala de apelaciones ha dejado ya claro que una persona condenada debe ser castigada con base en la seriedad de lo que ha hecho con independencia de la manera en que pueda clasificarse⁵⁹².

Sin embargo, se tratan éstos de casos aislados de desacuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia del TPIY, que, en opinión del autor, no justifican la afirmación de VAN SLIEDREGT en el sentido de que “los tribunales internacionales ni han aplicado, ni han rechazado tampoco de manera sistemática la distinción entre autoría y participación”⁵⁹³.

En el tribunal penal internacional para Rwanda (“TPIR”), la cuestión relativa a si el art. 6 (1) ETPIR (cuyo texto es idéntico al del art. 7 (1) ETPIY) adopta la distinción entre autoría y participación se ha abordado también en el contexto

591 Sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75 a 77.

592 Traducción del autor. Voto particular del juez Hunt en la Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31.

593 Traducción del autor. VAN SLIEDREGT: 2007: 190.

del debate sobre la naturaleza jurídica de la doctrina de la empresa criminal común (también conocida como doctrina del propósito criminal común). Sin embargo, si bien la conclusión a la que se llega es la misma, el alcance de la discusión en el TPIR es mucho más limitado que en el TPIY⁵⁹⁴.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, siguiendo el incipiente modelo dualista de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, ha rechazado el concepto unitario de autor y ha adoptado la distinción entre autoría y participación. Es precisamente este modelo dualista el que la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha venido a consolidar.

III.1.3. La elaboración de la doctrina de la empresa criminal común por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, y su relación con la teoría del dominio del hecho adoptada por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga

III.1.3.1. La doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR.

La doctrina de la empresa criminal común, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por aquella del TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ningun-

594. Sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIR de 13 de diciembre de 2004 y de 7 de julio de 2006 en los casos Ntakirutimana (párrafo 462) y Gacumbitsi (párrafo 158). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIR de 13 de diciembre de 2005 en el caso Simba (párrafo 389).

na estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos⁵⁹⁵. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común⁵⁹⁶.

Para convertirse en participante en una empresa criminal común no es suficiente con mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el deseo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual

595.Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

596.En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY , en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 23 a 26), ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque esta última es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras que el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. Una opinión distinta ha sido sostenida por BARRET/Little, L.E.: 2003: 30 *et seq.* Para estos autores, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una doctrina de empresa criminal colectiva que es difícil de distinguir del concepto de conspiración. Vid. también Fichtelberg: 2006: 165.

se pretende realizar el fin último de aquélla⁵⁹⁷. Este deseo debe ser compartido por todos los participantes en la empresa criminal común, lo que incluye a los soldados de baja graduación que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo y a los líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión⁵⁹⁸.

La importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante⁵⁹⁹, puesto que lo que importa realmente es que la misma sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común⁶⁰⁰. Por lo tanto, contribuciones menores pueden ser suficientes siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común⁶⁰¹. Del mismo modo, contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de

597.Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvocka (párrafo 96), Stacic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en los caso Krajisnik (párrafo 883).

598.Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 101), Kvocka (párrafos 82, 83 y 89), Stacic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). Vid. también la sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

599.Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 228 y 229), Vasiljevic (párrafo 100), Kvocka (párrafos 97 y 98) y Brdanin (párrafo 263). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krajisnik (párrafo 883).

600.Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 84), Vasiljevic (párrafo 97), Kvocka (párrafo 82), Stacic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 157) y Krajisnik (párrafo 879). En el mismo sentido, BOGDAN: 2006: 82.

que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común⁶⁰².

En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta es el hecho de que todos y cada uno de los que participan en la misma actúan con el deseo compartido de que se consuman los delitos que forman parte del propósito criminal común⁶⁰³. Por lo tanto, la

601. GUSTAFSON: 2007: 141. La necesidad de que la doctrina de la empresa criminal común requiera una contribución objetivamente importante a la realización del propósito criminal común ha sido subrayada por Danner/Martínez: 2005: 150-151, y Ohlin: 2007: 89.

602. La jurisprudencia del TPIY ha clarificado este aspecto al distinguir entre la doctrina de la empresa criminal común y la categoría de la complicidad. Vid. en particular las sentencias de apelación en los casos Tadic (párrafo 229) y Vasiljevic (párrafo 102) Vid. también la decisión de apelación de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20) y la sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik (párrafo 885).

603. Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de maltrato (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de los supuestos de empresa criminal común sistemática), se considera que el deseo compartido de delinquir es inherente al conocimiento de la naturaleza del sistema y a la intención de facilitar su funcionamiento. Vid. Van Sliedregt: 2007: 186. Vid. también, las sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 93 y 94), Kvočka (párrafo 82) y Brdanin (párrafo 365). Por su parte, responsabilidad penal por los delitos cometidos por otros miembros de la empresa criminal común en ejecución de la misma que, a pesar de no ser parte del propósito criminal común, es previsible que puedan producirse durante su ejecución (también conocidos como “delitos previsibles”), surge únicamente si se comparte

doctrina de la empresa criminal común se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten.

Además, considerando que, como la SCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría⁶⁰⁴ -pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado -, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de coautoría elaborado por la misma se basa en la doctrina de la empresa criminal común.

En este sentido, aunque la sentencia de apelación en el caso Tadic no fue totalmente clara al concluir que el concepto de coautoría en el derecho internacional consuetudinario se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁶⁰⁵, la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 23 de mayo de 2003 en el caso Ojdanic clarificó que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y con el art. 7 (1) ETPIY: (i) los participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables⁶⁰⁶; (ii) existen tres formas de empresa criminal

el deseo del resto de participantes en la empresa criminal de que los delitos que forman parte del propósito criminal común sean cometidos. Vid. las sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Vasiljevic (párrafo 101) y Blaskic (párrafo 33). Vid. también VAN DE WILT: 2007: 96 y VAN SLIEDREGT: 2007: 186.

604. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 327.

605. VAN SLIEDREGT: 2007: 189-190.

606. Decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafos 21 y 29.

común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos⁶⁰⁷; y (iii) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁶⁰⁸.

La jurisprudencia del TPIR - y en particular la sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana de 13 de diciembre de 2004⁶⁰⁹, la decisión dictada por la Sala de apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso Karemera de 12 de abril de 2006⁶¹⁰ y la sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi de 7 de julio de 2006⁶¹¹ -se ha basado principalmente en la

607.Ibid, párrafos 21 y 29.

608.Ibid, párrafos 20 y 31. La Sala de apelaciones llegó a esta conclusión tras rechazar la posición de la defensa de que la práctica de los estados analizada por la sentencia de apelación en el caso Tadic es demasiado limitada como para justificar la consideración de la doctrina de la empresa criminal común como parte de la costumbre internacional. En este sentido, la Sala de apelaciones manifestó expresamente en el párrafo 29 la decisión de que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación en el caso Tadic porque la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada es suficiente para mostrar que la doctrina de la empresa criminal común era parte de la costumbre internacional ya en 1992. Finalmente, al concluir que la participación en una empresa criminal común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor, la Sala de apelaciones en el párrafo 20 de la decisión remarcó el hecho de que esto es así porque quienes participan en la misma deben actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materialice. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. Como consecuencia, las sentencias de la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Vasiljevic (párrafo 95), Kvočka (párrafo 79), Krnojelac (párrafos 29 y 30) y Krstic (párrafo 134).

609 Sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana, párrafos 462 a 468.

610 Decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIR sobre la empresa criminal común en el caso Karemera, de 12 de abril de 2006, párrafo 13.

611.Sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi, párrafo 158.

decisión de apelación en el caso Tadic para afirmar que, conforme al derecho internacional consuetudinario y al art. 6 (1) ETPIR, la coautoría se construye de acuerdo con la doctrina de la empresa criminal común.

En consecuencia, habiendo basado el concepto de coautoría en la doctrina de la empresa criminal común, no se puede sino concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha adoptado un concepto subjetivo de autor que es a su vez el fundamento de la distinción entre autoría y participación⁶¹².

III.1.3.2. La teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga

La teoría del dominio del hecho es la más extendida de las teorías objetivo-materiales del concepto de autor. Si bien fue inicialmente presentada por WELZEL⁶¹³, es ROXIN quien la elabora y redefine en gran medida⁶¹⁴. Conforme a esta teoría, autores son aquéllos que dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y cómo será cometido⁶¹⁵. La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias⁶¹⁶.

612. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 329.

613. Welzel: 1939: 491-466.

614. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332.

615. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 330.

616. Contra la consideración de este elemento subjetivo se han manifestado, GIMBERNAT ORDEIG: 1966: 124 et seq., y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: 1991: 573 et seq.

Como la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha señalado, el dominio del hecho es un concepto abierto⁶¹⁷, que, al analizar las diferentes manifestaciones de la autoría, se observa que se desarrolla en tres líneas principales: (i) en la autoría directa o inmediata como “control de la acción”; (ii) en la autoría mediata como “control de la voluntad”; y (iii) en la coautoría como “co-dominio funcional del hecho”⁶¹⁸.

El autor directo es la persona que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo. Se considera que tiene el control del delito porque controla la acción al ser él mismo quien realiza materialmente el tipo penal.⁶¹⁹ El autor mediato es aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante.⁶²⁰ Finalmente, en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común, sólo tienen el co-dominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo⁶²¹. Cada uno de los individuos

617.ROXIN: 2000: 122 et seq.

618.Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332.

619.ROXIN: 2000: 127 et seq. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (i).

620.ROXIN: 2000: 141 et seq. Vid también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (ii).

621.MIR PUIG: 2002: 385, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: 2002: 452-453, KÜHL: 2002: Num. 99, TRÖNDLE./FISCHER: 2003: § 25 No. 6 y WESSELS/BEULKE: 2001: No. 526.

pertenecientes a este reducido grupo, si bien no se encuentra en posición de garantizar la comisión del delito, pues depende de que aquellos otros con los que comparte el co-dominio funcional del hecho desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas, sí que tienen al menos el poder para impedir su comisión⁶²².

La SCP I, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, ha sostenido que el art. 25(3)(a) ER - cuando se refiere a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” - adopta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, que por tanto se convierte también en el criterio distintivo entre autoría y participación⁶²³. Es en este contexto en el que la SCP I ha subrayado que:

El concepto de coautoría adoptado por el artículo 25 (3) (a) del estatuto mediante la referencia a la comisión de un delito ‘con otro’ debe ser coherente con la elección de la doctrina del dominio del hecho como criterio distintivo entre autores y partícipes. [...] Por lo tanto, como ya señaló en su decisión de emisión de una orden de arresto, la Sala considera que el concepto de coautoría

622.ROXIN: 2000: 141 et seq. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii). Entre los autores alemanes que fundamentan la coautoría en el co-dominio funcional del hecho se pueden citar, entre otros: JESCHECK/WEIGEND, T: 1996: 674; OTTO: 2000: No. 57 y JAKOBS: 1991: parágrafo 21/35. nota al pie 86 (este último aunque usa un terminología diferente, sigue la distinción entre el control de la acción, el control de la voluntad y el co-dominio funcional del hecho. Entre los autores españoles que fundamentan la coautoría en el co-dominio funcional del hecho se pueden citar entre otros muchos: MIR PUIG: 2002, p. 385; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: 2002: 452-454; y PÉREZ CEPEDA: 1997: 417.

623.Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333-338.

recogido en el artículo 25 (3) (a) del estatuto coincide con aquel del co-dominio funcional del hecho en razón de la naturaleza esencial de las contribuciones de los coautores a la comisión del delito⁶²⁴.

En consecuencia, para la SCP I, el ER rechaza un concepto objetivo de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo - de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común⁶²⁵. Del mismo modo, para la SCP I, el ER rechaza también un concepto subjetivo de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, todos aquellos que llevan a cabo su contribución con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores con independencia de la naturaleza y alcance de sus contribuciones⁶²⁶.

En definitiva, según ha señalado la SCP I, cuando la comisión del delito es fruto de la actuación conjunta de una pluralidad de individuos, todos aquellos que, a pesar de contribuir a la ejecución del plan común no comparten el co-

624.Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 340 y 341. Esta decisión confirma lo dispuesto en la decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, donde la SCP I había ya señalado que el art 25 (3)(a) ER adopta la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, y que la misma podría ser aplicable al papel presuntamente desempeñado por Thomas Lubanga en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía. Esta es también la opinión de AMBOS: 1999: 479 y GÓMEZ BENÍTEZ: 2002: 1121-1138.

625.Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 333.

626.Ibid, párrafo 334.

dominio funcional del hecho, pueden ser penalmente responsables únicamente a título de partícipes⁶²⁷.

En este sentido, los sub-apartados (b) a (d) del art. 25 (3) ER recogen las distintas formas de participación que dan lugar a responsabilidad penal. En primer lugar, el art. 25(3)(b) ER prevé que aquel que “ordene, proponga o induzca” la comisión del delito será penalmente responsable siempre y cuando se haya producido la consumación o se haya alcanzado al menos el grado de tentativa. Esto será particularmente relevante en aquellos casos en los que, debido a las pequeñas dimensiones, o al carácter no jerárquico de las organizaciones a través de las que operan ciertos líderes políticos o militares, el concepto de autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder no sea aplicable.

En segundo lugar, el art. 25 (3) (c) ER prevé que será también penalmente responsable todo individuo que, con el propósito de facilitar la comisión de un delito, “sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.” A este respecto conviene recordar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha sostenido de manera reiterada que para que el cómplice y el encubridor sean penalmente responsables es necesario que su asistencia tenga un efecto sustancial en la comisión, o tentativa de comisión, del delito o en la consolidación de sus efectos⁶²⁸. El

627. Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

628. Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda

autor considera que esta interpretación es también aplicable al sub-apartado (c) del artículo 25 (3) ER porque el sub-apartado siguiente de esa misma disposición se refiere expresamente a la responsabilidad penal de quienes “de algún otro modo” contribuyan a la comisión o tentativa de comisión del delito⁶²⁹.

Finalmente, el art. 25 (3) (d) ER, prevé que será también penalmente responsable todo individuo que “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. A este respecto, la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha afirmado expresamente que:

El artículo 25 (3) (d) ER recoge una forma residual de participación conforme a la cual, debido a la intención con la que son llevadas a cabo, se criminalizan todas aquellas contribuciones que no pueden ser consideradas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) o (c) ER⁶³⁰.

La interpretación del art. 25 (3)(d) ER como una forma residual de participación es además coherente con los dos elementos subjetivos que se prevén en dicha disposición. Así, por un lado, la contribución prestada debe ser “intencional”. Si bien, como FLETCHER y OHLIN han explicado, esto sólo significa que la acción en que consiste la contribución – por

(párrafo 597), y las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282).

629.En el mismo sentido, AMBOS: 1999: 481 y 484.

630.Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337.

ejemplo la venta de gasolina a aquellos que se dirigen al lugar donde van a cometer una masacre - debe ser voluntaria⁶³¹. Por otro lado, dicha contribución, además de ser voluntaria, debe ser realizada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando uno u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”; o al menos “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.” Por lo tanto, el art. 25(3)(d) ER, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consuman los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, sino que es suficiente con que la misma se preste siendo consciente del propósito criminal del grupo⁶³².

De esta manera, el art. 25 (3) (d) RS, no sólo se limita a “aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) o (c) ER”⁶³³, sino que tampoco requiere que quien contribuya actúe con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate (incluyendo cualquier *dolus specialis* que pudiera ser exigido por el mismo).

Por esta razón, incluso si el art. 25 (3) (d) ER pudiera tener ciertas características en común con la elaboración que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha realizado de la doctrina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como una forma de coautoría. De hecho, al

631.FLETCHER/OHLIN: 2005: 549.

632.Idem.

633.Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337.

adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participa en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo⁶³⁴.

Además, mientras el art. 25 (3)(c) ER requiere que el cómplice, el encubridor o la persona que asiste en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, el artículo 25 (3) (d) ER no prevé este requisito. Por lo tanto, conforme al art. 25 (3)(d) ER, al igual que ocurre con la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁶³⁵, la responsabilidad penal a título de partícipe se deriva de aquellas acciones de favorecimiento del delito que son

634. Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Ver también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282). Además, como la sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente, para distinguir entre quién es coautor por su participación en una empresa criminal común y quién es meramente cómplice es esencial determinar si quien toma parte en el proceso de tortura comparte también el *dolus specialis* que requiere el delito de tortura.

635. Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 46), Vasiljevic (párrafo 102), Krstic (párrafos 140 y 141), Simic (párrafo 86) y Blagojevic (párrafo 127). Vid. también, KITTICHAISAREE: 2001: 245.

llevadas a cabo sin el deseo de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de quienes la facilitan.

Ante estas circunstancias, el autor se muestra favorable a la interpretación de la SCP I conforme a la cual el art. 25 (3) (d) ER constituye, en el marco del sistema del ER, una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son llevadas a cabo con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas⁶³⁶. Además, en opinión del autor, esta forma residual de participación es la única de entre aquellas recogidas en el art. 25 (3) ER que, de alguna manera, tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁶³⁷.

Como la SCP I ha señalado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁶³⁸, esto marca una diferencia fundamental entre el ER – que adopta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, que a su vez se convierte en el criterio distintivo entre autoría y participación

636.La misma opinión es mantenida por AMBOS: 1999: 484-485, y WERLE: 2007: 958-961 y 974.

637.Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 335. En este sentido, Fletcher/Ohlin:2005: 549 han señalado que el art. 25 (3) (d) ER difiere de la doctrina de la empresa criminal común elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* porque (i) requiere un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del propósito criminal común en lugar del deseo de que se materialice) y (ii) no prevé responsabilidad penal por los llamados delitos previsibles. Sin embargo, en opinión del autor, la principal diferencia radica en que la doctrina de la empresa criminal común trata a quienes participan en la misma como coautores, mientras que el art. 25 (3)(d) ER es una forma residual de participación.

638.Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.

– y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que ha adoptado de manera reiterada un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común⁶³⁹.

Además, es importante subrayar que, conforme al art. 25 (3) (b) a (d) ER, todo partícipe es penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa con independencia de que el delito sea o no finalmente consumado. Esto marca una diferencia adicional con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, conforme a la cual planear, ordenar, instigar, o asistir en la comisión del delito sólo da lugar a responsabilidad penal si el delito es finalmente consumado⁶⁴⁰.

En opinión del autor, la existencia de estas diferencias, que no son sino el resultado de las distintas opciones adoptadas por los redactores del ER y por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no debe valorarse necesariamente de manera negativa. En este sentido, conviene recordar que los arts. 10 y 22 ER subrayan la autonomía entre el ER y el derecho penal internacional en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas⁶⁴¹. Por ello, en lugar de buscar la homogeneización de ambos cuerpos normativos a toda costa,

639.Ibid, párrafos 329, 335, 337, 338 y 341. Vid. las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafos 227-228), Furundzija (párrafo 118), Kupreskic (párrafo 772), Celebici (párrafos 365-366) y Krnojelac (párrafo 29), las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Kordic (párrafo 397), Krstic (párrafo 601), Kvočka (párrafo 265), Krnojelac (párrafo 81), Vasiljevic (párrafo 65), Stakic (párrafo 431) y Simic (párrafo 149), y la decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 20 *et seq*). Vid. también OLÁSOLO/PÉREZ CEPEDA: 2004: 476-478, nota al pie 6.

640.OLÁSOLO: 2008: sección II.4.

641.OLÁSOLO: 2005: 25. Vid. también TRIFFTERER: 1999: 318-319.

parece más acertado centrar la atención en analizar sus respectivas características y en proponer soluciones que resuelvan los problemas planteados por las mismas con pleno respeto a su especificidad⁶⁴².

III.1.4. La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga como principal referente de la aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho a nivel internacional

III.1.4.1. Primera aproximación

La SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha afirmado que la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho “tiene su fundamento en el principio de división de tareas para la comisión del delito entre dos o más personas que actúan de manera concertada”, de manera que “si bien ninguno de los coautores tiene el control sobre el delito en su conjunto porque todos dependen del resto para su consumación, cada uno de ellos comparte dicho control porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función que le ha sido encomendada”⁶⁴³.

De esta manera, sólo si todos y cada uno de los coautores realizan su contribución de manera coordinada se producirá la consumación del delito. Así, por ejemplo, sólo si el oficial de observación comunica al escuadrón de artillería las

642.OLÁSOLO: 2007: 152.

643.Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 342. Vid. también ROXIN: 2000: 141 et seq, JESCHECK/WEIGEND: 1996: 674, Otto: 2000: No. 57, y PÉREZ CEPEDA: 1997: 417.

correcciones necesarias en las coordenadas de fuego, la mezquita contra la que se dirige el ataque ilícito podrá ser destruida. Además, cada uno de los coautores tiene el poder de evitar la consumación del delito. Las correcciones del oficial de observación no producirán por sí mismas la consumación del delito si el escuadrón de artillería no hace los ajustes necesarios para continuar con el bombardeo. Del mismo modo, a falta de las correcciones del oficial de observación, el escuadrón de artillería podría continuar bombardeando la mezquita durante horas sin hacer blanco sobre la misma. Por lo tanto, aunque cada coautor controla algo más que su parte del delito, no controla el delito en su conjunto porque comparte con los otros coautores la dirección de su ejecución.

El co-dominio funcional del hecho es inherente a la función esencial que se asigna a cada coautor en la ejecución del plan común.⁶⁴⁴ Sin embargo, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas que actúan de manera concertada, pueden existir numerosas funciones que no son esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo. Este es el caso, en particular, de las funciones de asesoramiento, como las que realiza quien confirma al escuadrón de artillería que puede utilizar la munición prevista o que debería continuar con el bombardeo de la mezquita. Según la coautoría basada en el co-dominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, sólo da lugar a responsabilidad penal como partícipe⁶⁴⁵.

644. ROXIN: 2000: 141 *et seq.*, KÜHL: 2002: No. 99, TRÖNDLE/FISCHER: 2003: § 25 No. 6, y WESSELS/BEULKE: 2001: No. 526. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii).

645. ROXIN: 2000: 141 *et seq.*, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: 2002: 452-453, KÜHL: 2002: Nos. 103 y 112, y WESSELS/BEULKE: 2001: No. 528.

En opinión del autor, la decisión de la SCP I de confirmación de cargos en el caso Lubanga constituye el mejor ejemplo hasta la fecha de aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho a nivel internacional. A este respecto hay que tener en cuenta que otros precedentes en los que la teoría del dominio del hecho ha sido aplicada a nivel internacional, como por ejemplo la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic, se han centrado en gran medida en la aplicación del concepto de autoría mediata a través del uso de estructuras organizadas de poder.⁶⁴⁶

En el caso Lubanga, la SCP I concluyó que desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, Thomas Lubanga, además de tener el cargo de presidente de la UPC/RP, “tenía de hecho el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los Secretarios Nacionales del movimiento”⁶⁴⁷. Asimismo, según la SCP I, desde la creación de las FPLC como brazo armado de la UPC/RP en septiembre de 2002 y hasta finales del 2003, Thomas Lubanga tuvo también el cargo de comandante en jefe de las FPLC, fue informado regularmente sobre las operaciones militares de las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo⁶⁴⁸. Sin embargo, debido a las múltiples crisis internas ocurridas en

Ver también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.

646.Lo mismo ha venido ocurriendo a nivel nacional en casos como el juicio de las juntas en Argentina o del muro de Berlín en Alemania. Vid. OLÁSULO/PÉREZ CEPEDA: 2004: 494-497.

647.Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 368.

648.Ibid, párrafo 373.

las FPLC a finales de 2002 y principios de 2003, las divisiones entre sus oficiales se hicieron patentes⁶⁴⁹. Esto provocó que Thomas Lubanga mantuviera mejores relaciones con ciertas facciones de las FPLC, y que sólo tuviera “de manera general, pero no de manera permanente, la última palabra sobre la adopción de las políticas de las FPLC, y sobre la ejecución por las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC”⁶⁵⁰.

Como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho que Thomas Lubanga mantuvo dentro de las FPLC fue inferior al mantenido en la UPC/RP. Buen ejemplo de esta situación es el hecho de que los otros miembros del Estado Mayor de las FPLC “ordenaran el lanzamiento de operaciones militares sin consultar con Thomas Lubanga”⁶⁵¹. Debido a la ausencia de una clara relación vertical entre Thomas Lubanga y algunos de los oficiales de más alta graduación de las FPLC que se encontraban presuntamente involucrados en la comisión de los delitos imputados a aquel, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Thomas Lubanga. En opinión del autor, esta es la razón más probable por la que la SCP I decidió no aplicar en este caso el concepto de autoría mediata a través del uso de estructuras organizadas de poder. En realidad, la SCP I ni siquiera analizó si las FPLC cumplían con los requisitos necesarios para ser calificadas como una estructura organizada de poder. Y esto a pesar de que la propia SCP I, en su decisión de emisión de una orden de arresto contra Thomas Lubanga, había sostenido que:

649.Ibíd, párrafo 375 (a) y (b).

650.Ibíd, párrafos 375 (c) y 376.

651.Traducción del autor. Ibid, párrafo 374.

Existen motivos razonables para creer que, dada la presunta estructura jerárquica entre Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con aquel de coautoría basada en el co-dominio del hecho alegado por la Fiscalía, se recoge en el art. 25(3)(a) ER, podría ser aplicable al papel desempeñado por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía⁶⁵².

En otras palabras, una vez que la SCP I observó que la relación entre Thomas Lubanga y los otros oficiales de alta graduación de las FPLC presuntamente involucrados en la comisión de los delitos que se le imputaban tenía una naturaleza más horizontal que vertical, la SCP I pasó directamente a analizar si se cumplían los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho.

III.1.4.2. Aplicación de los elementos objetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho

III.1.4.2.1 Plan Común

Según la SCP I, cuando las FPLC fueron creadas en septiembre de 2002, existía un acuerdo entre (i) Thomas Lubanga, (ii) los miembros de la UPC/RP que se encontraban a cargo de las áreas de defensa y seguridad (en particular, el jefe de seguridad de la UPC/RP y el secretario nacional adjunto de defensa); (iii) los oficiales de más alta graduación de las FPLC (el jefe

652. Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 96.

del Estado Mayor y su adjunto para operaciones militares); y (iv) otros comandantes de alta graduación de las FPLC⁶⁵³. Todos ellos se conocían y habían trabajado juntos con anterioridad a la creación de las FPLC⁶⁵⁴.

Para la SCP I, el plan común, que se ejecutó desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, consistía en promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante: (i) el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC; (ii) su entrenamiento militar; y (iii) su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares.

Es importante subrayar que el plan común no se dirigía específicamente a la comisión de ningún delito, algo que fue reconocido por la propia SCP I. Sin embargo, la SCP I subrayó que dicho plan contenía un elemento de criminalidad porque, a pesar de no ir específicamente dirigido a niños menores de quince años (se dirigía a jóvenes en general), su ejecución conllevaba el riesgo de afectar a los mismos⁶⁵⁵.

III.1.4.2.2 Contribución esencial

Para la SCP I, la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos mostraba que Thomas Lubanga y los otros miembros del plan común lo ejecutaron de manera coordinada⁶⁵⁶. A pesar de que estos últimos tenían una

653. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377 (i).

654. *Ibid.*, párrafo 378.

655. *Ibid.*, párrafo 377.

656. *Ibid.*, párrafos 397 y 398.

responsabilidad más directa en relación con el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC, el entrenamiento militar y el suministro de armamento a los mismos, su asignación a unidades militares o como guardaespaldas, y la emisión de órdenes para que entrasen en combate⁶⁵⁷, la SCP I consideró que Thomas Lubanga – con anterioridad a su detención en Kinshasa a partir del 13 de agosto de 2003 - jugó un papel esencial de coordinación en la ejecución del plan común que consistía en mantener consultas permanentes con los otros miembros del mismo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución⁶⁵⁸.

Además, la SCP I también consideró suficientemente probado que Thomas Lubanga había estado involucrado directamente en la realización de algunos de los elementos objetivos de los tipos penales que se le imputaban. En particular, la SCP I afirmó que, más allá de su papel de coordinación, Thomas Lubanga había contribuido también a la ejecución del plan común: (i) inspeccionando los distintos campos de entrenamiento militar de las FPLC con el fin de animar y preparar a los nuevos jóvenes reclutas de las FPLC para su participación activa en las hostilidades; (ii) promoviendo que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de jóvenes reclutas; y (iii) utilizando niños menores de quince años como guardaespaldas personales⁶⁵⁹.

Para la SCP I, el papel jugado por Thomas Lubanga en la ejecución del plan común fue esencial porque él era el único

657.Ibíd, párrafo 383 (i).

658.Ibíd, párrafo 383 (ii).

659.Ibíd, párrafo 383 (ii) y (iii).

que podía resolver los problemas financieros y logísticos encontrados durante su ejecución⁶⁶⁰. Lógicamente, la enorme relevancia de sus funciones le confirió también el poder de frustrar la ejecución del plan común⁶⁶¹.

III.1.4.3. Aplicación de los elementos subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho

Según la SCP I, desde principios de septiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003, Thomas Lubanga y los restantes miembros del plan común eran mutuamente conscientes de que en el curso ordinario de los acontecimientos la ejecución del plan común provocaría el reclutamiento forzado o voluntario de niños menores de quince años en las FPLC, así como su utilización para participar activamente en las hostilidades o como guardaespaldas⁶⁶². Además, la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos indicaba que todos ellos, no sólo conocían, sino que también habían aceptado mutuamente esa posibilidad al haberse reconciliado con la misma⁶⁶³. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación de la SCP I, constituye el elemento subjetivo general del art. 30 ER.⁶⁶⁴

Según la SCP I, durante todo este tiempo, Thomas Lubanga era consciente (i) de su papel dentro de la UPC/RP y de las FPLC, (ii) de sus funciones como coordinador en la ejecución

660.Ibíd, párrafo 398.

661.Idem.

662.Ibíd, párrafos 404 (i) y 408.

663.Ibíd, párrafos 404 (ii) y 408.

664.Ibíd, párrafos 352 a 355.

del plan común para promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC; (iii) de la naturaleza esencial de sus funciones; y (iv) de su capacidad para frustrar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar sus funciones de coordinación⁶⁶⁵.

Como resultado, la SCP I concluyó que sí era posible aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho en el caso contra Thomas Lubanga, y confirmó los cargos contra el mismo como coautor de los delitos que se le imputaban⁶⁶⁶.

III.1.4.4. Comentario final

La aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho por la SCP I en el caso Lubanga plantea en opinión del autor dos dificultades fundamentales: (i) la determinación de los miembros del plan común; y (ii) el hecho de que el plan común no se encuentre específicamente dirigido a la comisión de ningún delito.

En relación con la primera dificultad, el autor considera que la determinación de quienes son los miembros del plan común es la piedra angular y, al mismo tiempo, la cuestión más difícil de responder al aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Por un lado, el co-dominio funcional del hecho, como cualquier otra forma de coautoría, requiere que quienes realizan personalmente los elementos del tipo objetivo formen parte del grupo de coautores y, por lo tanto, sean miembros del plan común. Esto significa que deben participar en el proceso de toma de decisiones relativas a la comisión

665.Ibíd, párrafo 409.

666.Ibíd, párrafo 410.

del delito y en la división de funciones para la ejecución del plan común.

Por otro lado, cuanto más se desciende en la cadena de mando para intentar incluir a los mandos medios y a los miembros de más baja graduación entre el grupo de coautores, más difícil resulta explicar: (i) cómo aquéllos participaron junto con los líderes políticos y militares en el proceso de toma de decisiones; y (ii) cómo la división de funciones para la ejecución del plan común puede ser calificada como consensual si los mandos medios y los miembros de más baja graduación se limitan a seguir las instrucciones que les envían a través de la cadena de mando los líderes políticos y militares.

En realidad, la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho no es un concepto adecuado para reflejar situaciones en las que el plan común es diseñado por un pequeño grupo de líderes políticos y militares, y posteriormente llevado a la práctica por sus subordinados en ejecución de sus órdenes (relación vertical o jerárquica entre quienes elaboran el plan común y quienes lo ejecutan). En estas situaciones, no queda más remedio que recurrir al concepto de coautoría mediata, que no es sino la aplicación conjunta de la autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder y la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Sin embargo, en el caso Lubanga, debido a las múltiples disputas internas en el seno de las FPLC, es improbable que la noción de coautoría mediata, tal y como fue aplicada en la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic, hubiera podido ser aplicable.

La inclusión por la SCP I de “otros comandantes de alta graduación de las FPLC” entre los miembros del plan común resulta en principio problemática porque no indica hasta qué nivel de la cadena de mando desciende el grupo de coautores. Sin embargo, en opinión del autor, el hecho de que la SCP I

pusiese como ejemplo de quienes podrían ser esos otros comandantes también incluidos entre el grupo de los coautores al comandante de las FPLC a cargo del sector sureste de operaciones, quien se encontraba únicamente un nivel por debajo de los más altos mandos de las FPLC, reduce de manera importante el alcance del problema.

A este respecto, es importante subrayar que el concepto de coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho fue aplicable en el caso Lubanga porque Thomas Lubanga, así como el resto de altos mandos de las FPLC, no sólo diseñaron en común el plan criminal sino que también participaron personalmente en su ejecución física. Como resultado, la SCP I pudo limitar el grupo de coautores a un pequeño grupo de líderes de la UPC/RP y de comandantes de las FPLC, entre los que no había una relación estrictamente jerárquica.

En relación con la segunda dificultad arriba señalada, el hecho de que el plan común para promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes y su uso para participar activamente en las hostilidades no estuviese específicamente dirigido contra niños menores de quince años, habría impedido, en opinión del autor, la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁶⁶⁷. Ello se debe a que esta doctrina encarna un concepto subjetivo de autor que da más importancia a la intención con la que se realiza la contribución al plan común que al valor objetivo de la misma, y que,

667. Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

por lo tanto, requiere que el plan común esté específicamente dirigido a la comisión del delito⁶⁶⁸.

Esto constituye una diferencia muy importante con el concepto de coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho, que como la SCP I ha señalado, sólo exige que el plan común tenga “un elemento de criminalidad” porque la característica principal del mismo es el co-dominio funcional del hecho que tiene cada coautor como resultado de la función esencial que le ha sido encomendada en su ejecución. En consecuencia, el hecho de que el plan común no se dirigiera específicamente contra niños menores de 15 años no impide su aplicación en tanto la ejecución del mismo entrañase el riesgo objetivo de que se viesen afectados.

III.1.5. Revisión del análisis de los tribunales ad hoc sobre el carácter consuetudinario de la distinción entre autoría y participación en virtud de la doctrina de la empresa criminal común a la luz de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga

III.1.5.1. Necesidad de la Revisión

La sentencia de apelación en el caso Tadic continúa siendo a día de hoy la piedra angular sobre la que se construye la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la doctrina de la empresa criminal común⁶⁶⁹. Así, aunque después del caso

668.Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočka (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883) casos.

669.Como AMBOS: 2007: 159 y 161 ha señalado, la doctrina de la empresa criminal común se remonta a la sentencia de apelación en el caso Tadic

Tadic, la Sala de Apelaciones del TPIY y del TPIR ha discutido aspectos puntuales de ciertos elementos de las tres categorías de empresa criminal común existentes, así como el grado de especificidad requerido para su alegación, nunca ha revisado el análisis que llevó a la sentencia de apelación en el caso Tadic a concluir que, conforme al derecho internacional consuetudinario, quienes participan en una empresa criminal común incurrir en responsabilidad penal a título de coautores.

Según la sentencia de apelación en el caso Tadic, esta conclusión se justifica por su “consistencia y coherencia con la jurisprudencia y los tratados arriba comentados, así como por su consonancia con los principios generales relativos a la responsabilidad penal individual establecidos en el estatuto, en el derecho penal internacional general y en las legislaciones nacionales”⁶⁷⁰.

Sin embargo, la decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga ha:

(i) rechazado - contrariamente a lo afirmado por la sentencia de apelación en el caso Tadic - que el art. 25 (3) ER adopte un concepto subjetivo de autor sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común;

(ii) afirmado que la distinción entre autores y partícipes se basa en la teoría del dominio del hecho;

y la jurisprudencia posterior ha seguido en gran medida lo allí establecido. Vid. también DANNER/MARTÍNEZ: 2005: 150-151, CASSESE: 2007: 110-111, VAN SLIEDREGT: 2007: 185 a 187, VAN DEL WILT: 2007: 96 y GUSTAFSON: 2007: 136-139.

670. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 226.

- (iii) se ha referido al art. 25 (3) (d) ER, que según la SCP I “guarda una gran similitud con la doctrina de la empresa criminal común, o del propósito criminal común, adoptada por la jurisprudencia del TPIY”, como una forma residual de participación⁶⁷¹.

Por ello, en opinión del autor, es necesario revisar cuidadosamente los méritos del análisis realizado por la sentencia de apelación en el caso Tadic, máxime si se tiene en cuenta que:

- (i) el 3 de abril de 2007, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su sentencia en el caso Brdjanin, ha recurrido al concepto de autoría mediata para solucionar los problemas que plantea la aplicación de la doctrina tradicional de la empresa criminal común a líderes políticos y militares⁶⁷². De esta manera, para la Sala de Apelaciones del TPIY, quienes cometen físicamente los delitos no necesitan ser miembros de la empresa criminal común porque los líderes políticos y militares que participan en la misma los utilizan como meros instrumentos⁶⁷³;
- (ii) el 7 de Julio de 2006, el juez alemán Schomburg emitió un voto particular en la sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (TPIR), en el que cita abundante jurisprudencia y doctrina nacional e internacional que aplica las distintas manifestaciones de la teoría del dominio de hecho⁶⁷⁴. Con ello, el juez Schomburg pretendía apoyar la siguiente proposición:

671. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333 a 338.

672. Sentencia de apelación en el caso Brdjanin, párrafos 410 a 414.

673. Ibid, párrafo 412.

674. Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafos 16 a 18, notas al pie 29 a 33.

La doctrina de la empresa criminal común no se encuentra expresamente incluida en el estatuto y su interpretación como una forma de coautoría es sólo una de las varias interpretaciones posibles de los ETPIY y ETPIR. Numerosos sistemas legales, sin embargo, acogen un concepto de coautoría diverso. Desde Nuremberg y Tokio, el derecho penal nacional y el derecho penal internacional han aceptado, en particular, los conceptos de autoría mediata y de coautoría mediata como manifestaciones del más amplio concepto de autor⁶⁷⁵.

Para llevar a cabo la revisión aquí planteada, es necesario tener en cuenta que, tal y como recoge el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“ECIJ”), “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” es fuente de derecho internacional. A este respecto, en su decisión en el caso entre Colombia y Perú relativo al asilo, la Corte Internacional de Justicia explicó que, de acuerdo con el art. 38 ECIJ, los elementos constitutivos de la costumbre internacional son la práctica general de los Estados y la *opinio iuris*⁶⁷⁶. Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la plataforma continental del mar del norte subrayó la necesidad de (i) la existencia de una práctica consolidada y (ii) la prueba de que esta práctica es obligatoria en virtud de una norma jurídica que la requiera⁶⁷⁷. Además, la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua y EEUU sobre actividades militares y paramilitares

675. Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafo 16.

676. Caso entre Colombia y Perú relativo a la cuestión del asilo, 1950, CIJ Rep. 26, 276 (Nov. 20). Vid. también Brownlie: 1998: 4-11 y Akehurst: 1974: 1 et seq.

677. Caso relativo a la plataforma continental del mar del norte, 1969 CIJ Rep. 3, 44 (Feb. 20).

en y contra Nicaragua, reafirmó la necesidad de que la existencia de una regla en la *opinio iuris* de los Estados sea confirmada por la práctica⁶⁷⁸. Por lo tanto, se puede concluir que las normas consuetudinarias de derecho internacional son el resultado de la existencia de una práctica general entre los Estados que es aceptada y observada como si se tratara de una obligación jurídica⁶⁷⁹.

III.1.5.2. El Estatuto de Roma, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y Otros Convenios Regionales e Internacionales

La sentencia de apelación en el caso Tadic cita ciertas disposiciones de dos tratados internacionales para apoyar su conclusión de que la costumbre internacional adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores⁶⁸⁰. Estas disposiciones son el art. 25 (3) (d) ER⁶⁸¹ y el art. 2 (3) (c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 15 de diciembre de 1997⁶⁸².

678. Caso entre Nicaragua y lo EEUU, relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 1986 CIJ Rep. 14, 98 (de 27 de junio de 1986).

679. BASSIOUNI: 2003: 222. Vid. también BROWNLIE, I: 1998: 4-11, Akehurst: 1974: 1 et seq.

680. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 222 y 223.

681. El ER fue adoptado en la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de julio de 1998 con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, y en la actualidad hay 139 estados signatarios y 105 estados partes.

682. Adoptado por la Resolución 52/164 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 22 de mayo de 2001. En la actualidad hay 145 Estados partes.

La sentencia de apelación en el caso Tadic considera que estas dos disposiciones no sólo recogen la doctrina de la empresa criminal común, sino que también poseen un “valor jurídico significativo” porque (i) la primera de ellas fue adoptada por la gran mayoría de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática de Roma⁶⁸³ y (ii) la segunda fue adoptada por consenso entre todos los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶⁸⁴.

El texto de ambas disposiciones es muy similar. Por una parte, como vimos en secciones precedentes, el sub-apartado (d) del art. 25 (3) ER – tras referirse en los sub-apartados anteriores a la comisión del delito (por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable) y a ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en la comisión o tentativa de comisión del delito – prevé que también será penalmente responsable quien:

Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: (i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando uno u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Por su parte, el art. 2(3)(c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas – tras referirse a la comisión del delito, así como a la participación en el mismo como cómplice o a su organización

683.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 223.

684.Ibid, párrafo 221.

o dirección – prevé que también será penalmente responsable quién:

Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

Como vimos en su momento, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha entendido que el art. 25(3)(d) ER constituye una forma residual de participación⁶⁸⁵. Además, según la propia SCP I:

No habiendo adoptado un criterio objetivo formal ni un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, la Sala considera que, tal y como alega la Fiscalía, y a diferencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, el estatuto distingue entre autoría y participación sobre la base de la teoría del dominio del hecho⁶⁸⁶.

Por lo tanto, en opinión del autor, la sentencia de apelación en el caso Tadic erró al concluir que el art. 25 (3) (d) ER y el art. 2 (3) (c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas constituyen manifestaciones de un concepto subjetivo de autor conforme al cual todo participante en una empresa criminal común es

685. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 337. Esta posición también es adoptada por AMBOS: 1999: 478-480, y WERLE: 2005: 212-213.

686. Traducción del autor. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.

penalmente responsable a título de coautor. Por el contrario, el autor considera que estas dos disposiciones reflejan una concepción muy diferente puesto que (i) adoptan la teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación, y (ii) configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma residual de participación punible para aquellos casos en los que el nivel de contribución a la ejecución del plan común no alcanza ni tan siquiera el nivel requerido para que se pueda hablar de una complicidad o de un encubrimiento⁶⁸⁷.

En este sentido es importante subrayar que el mismo texto utilizado en las dos disposiciones arriba analizadas se utiliza también en: (i) el art. 15 (b) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; y (ii) en la sección 14 (3) del Reglamento 2000/15 por el que la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para Timor Oriental establece Salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves.

Además, numerosos convenios internacionales y regionales se refieren de manera genérica a la autoría mediante el uso de la expresión “cometer”, e incluso en ciertas ocasiones se recogen también referencias expresas a la coautoría⁶⁸⁸. Sin embargo, tal y como sucede con los arts. 7 (1) ETPIY y 6(1) ETPIR, la gran mayoría de estos convenios no desarrolla el

687. Los mismos problemas en la interpretación del art. 25 (3) (d) ER pueden encontrarse en Sentencia de primera instancia (párrafo 216) y de apelación (párrafo 117) del TPIY en el caso Furundzija.

688. Como, por ejemplo, utilizando la fórmula “participando en [la comisión de un delito]”. Vid. el art. II de la Convención Internacional para la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 y el art. 3(c)(iv) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Narcóticas y Psicotrópicas de 1998. Por su parte, tanto el art. 11 del Corpus Iuris de 2000, como el art. 25(3) ER utilizan la fórmula “[cometiendo un delito] con otro”.

contenido del concepto de autor, ni tampoco define los criterios en que se basa la distinción entre autoría y participación. Como resultado, la respuesta a la cuestión sobre si los convenios internacionales y regionales adoptan un criterio subjetivo o basan esta distinción en otro tipo de criterios (como, por ejemplo, la teoría del dominio del hecho) se deja, en gran medida, en manos de los órganos jurisdiccionales competentes para su aplicación, que normalmente son los tribunales nacionales.

Al aplicar estos convenios, los tribunales nacionales utilizarán el concepto de autor que haya sido desarrollado por sus respectivas legislaciones internas. Como consecuencia, los tribunales de aquellos Estados que hayan adoptado un concepto subjetivo de autor considerarán a quienes participan en una empresa criminal común como coautores, mientras que los tribunales de aquellos otros Estados que hayan adoptado un concepto objetivo formal de autor o un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho calificarán como meros partícipes a quienes participan en una empresa criminal común. En opinión del autor no es previsible que un resultado distinto sea alcanzado mediante la aplicación de los criterios interpretativos recogidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

III.1.5.3. Jurisprudencia relativa a los casos de la segunda guerra mundial

La sentencia de apelación en el caso Tadic citó la jurisprudencia de dos grupos de casos de la segunda guerra mundial en apoyo de su conclusión de que la costumbre internacional adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. El primer grupo incluye; (i) el caso de *Sandrok et al.* (también conocido

como el proceso de *Almelo*)⁶⁸⁹, el caso de *Jepsen et al.*⁶⁹⁰, el caso de *Schonfeld et al.*⁶⁹¹, el caso *Ponzano*⁶⁹², el caso *Belsen*⁶⁹³, y el caso del ahorcamiento de *Essen* (también conocido como el caso del Oeste de *Essen*)⁶⁹⁴, todos ellos llevados a cabo ante tribunales británicos con sede en Alemania; (ii) el caso de los *Einsatzgruppen*⁶⁹⁵, el caso del campo de concentración de *Dachau*⁶⁹⁶, y el caso de *Kurt*

689.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 197. *Trial of Georg Otto Sandrock and three others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holland, on 24th-26th November, 1945, UNWCC, vol. I, p. 35.

690.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 198. *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany* (13-23 August, 1946), sentencia de 24 agosto de 1946.

691.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 198. *Trial of Franz Schonfeld and others*, British Military Court, Essen, 11-26 de junio de, 1946, UNWCC, vol. XI.

692.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 199. *Trial of Feurstein and others*, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany (4-24 August, 1948), sentencia de 24 agosto de 1948.

693.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 202. *Trial of Josef Kramer and 44 others*, British Military Court, Luneberg, 17 de septiembre-17 Noviembre de 1945, UNWCC, vol. II, p. 1.

694.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 205 a 207. *Trial of Erich Heyer and six others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18-22 de diciembre de 1945, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91.

695.Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 200. *The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. IV, p. 3.

696 Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 202. *Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others*, General Military Government

Goebell et al. (también conocido como el caso de la isla de *Borkum*)⁶⁹⁷, todos ellos juzgados ante tribunales norteamericanos con sede en Alemania; y (iii) el caso de *Hoelzer et al.* llevado a cabo ante una tribunal militar canadiense⁶⁹⁸.

La sentencia de apelación del caso *Tadic* no explica, sin embargo, si en estos casos los acusados fueron condenados como autores o como partícipes. En opinión del autor, este dato es de particular relevancia dado que en la mayoría de las jurisdicciones de *common law*, quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de partícipes (no de coautores), a menos que realicen personalmente los elementos del tipo objetivo de los delitos imputados – y esto tanto con respecto a los delitos que forman parte del plan criminal común, como con respecto a aquellos otros delitos que sin ser parte del mismo son consecuencia previsible de su ejecución⁶⁹⁹. Por esta razón, GILLIES señala que en las jurisdicciones de *common law*, la doctrina de la empresa criminal común no representa ni una extensión sustantiva ni una substitución de los principios generales de la participación⁷⁰⁰. La única excepción es Australia, donde quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores⁷⁰¹. Sin embargo,

Court of the United States Zone, dachau, Germany, noviembre 15 - diciembre 13, 1945, UNWCC, vol. XI, p. 5.

697.Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafos 210-213.

698.Ibid, párrafo 197. *Hoelzer et al.*, Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25 Marzo-6 Abril 1946, vol. I, pp. 341, 347, 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474)).

699.Gillies: 1997: 173.

700.Ibid, p. 175.

701.SMITH & HOGAN: 2005: 168.

como SMITH & HOGAN han señalado, esto “es contrario a toda la jurisprudencia y doctrina inglesa”⁷⁰².

El segundo grupo de casos relativos a la segunda guerra mundial citado por la sentencia de apelación en el caso Tadic incluye los casos de *D'Ottavio et al.*⁷⁰³, *Aratani et al.*⁷⁰⁴, *Tosani*⁷⁰⁵, *Bonati et al.*⁷⁰⁶, *Peveri*⁷⁰⁷, *Manneli*⁷⁰⁸, *Minafa*⁷⁰⁹, *Montagnino*,⁷¹⁰ *Silesio et al.*,⁷¹¹ *Minapo et al.*⁷¹² y de

702.Ibid, p. 169. Vid. También sobre esta cuestión Hamdorf: 2007: 221 a 223, y Van Sliedregt: 2007: 197.

703.Corte de Casación de Italia, sentencia de 12 de marzo de 1947. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 215.

704.Corte de Casación de Italia, sentencia de 27 de agosto de 1947. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 216.

705.Corte de Casación de Italia, sentencia de 12 de septiembre de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 217.

706.Corte de Casación de Italia, sentencia de 25 de julio de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 217.

707.Corte de Casación de Italia, sentencia de 15 de marzo de 1948. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

708.Corte de Casación de Italia, sentencia de 27 de octubre de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

709.Corte de Casación de Italia, sentencia de 24 de febrero de 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

710.Corte de Casación de Italia, sentencia de 19 de abril de 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

711.Corte de Casación de Italia, sentencia, 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

Antonino⁷¹³, todos ellos ante tribunales italianos. La sentencia de apelación en el caso Tadic recurrió a estos casos para justificar la aplicación del concepto de *dolus eventualis* en la tercera categoría de empresa criminal común⁷¹⁴. Sin embargo, no utilizó estos casos para concluir que la costumbre penal internacional adopta un concepto subjetivo de autor. En realidad, no hubiera podido encontrar ningún apoyo para tal conclusión en estos casos puesto que todos ellos, se desarrollaron ante tribunales italianos, e Italia es una de las pocas jurisdicciones nacionales que ha adoptado un concepto unitario de autor y, por lo tanto, ha rechazado la distinción entre autoría y participación.

En conclusión, los casos relativos a la segunda guerra mundial que tuvieron lugar ante tribunales británicos, norteamericanos o canadienses, y que fueron citados por la sentencia de apelación en el caso Tadic, no constituyen manifestaciones de un concepto subjetivo de autor, ni tampoco afirman que quienes participan en una empresa criminal común sean penalmente responsables a título de coautores (en lugar de a título de partícipes). Del mismo modo, los casos relativos a la segunda guerra mundial que tuvieron lugar ante tribunales italianos tampoco apoyan esta conclusión. En este sentido, conviene subrayar que la propia sentencia de apelación en el caso Tadic reconoce que:

712. Corte de Casación de Italia, sentencia de 23 de octubre de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

713. Corte de Casación de Italia, sentencia de 29 de marzo de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

714. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 214 a 219.

Es importante observar que en muchos casos relativos a la segunda guerra mundial que tuvieron lugar en otros países los tribunales adoptaron la misma posición con respecto a delitos en los que dos o más personas habían estado involucradas con un grado diverso de participación. Sin embargo, no aplicaron la doctrina de la empresa criminal común o del propósito criminal común, prefiriendo en su lugar aplicar el concepto de coautoría. Esto es particularmente cierto en relación con los casos italianos y alemanes⁷¹⁵.

III.1.5.4. Principios generales de responsabilidad penal en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general

La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó que su conclusión de que el derecho internacional consuetudinario adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores, se encuentra en consonancia con los principios generales de responsabilidad penal recogidos en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general. En este sentido, la sentencia de apelación en el caso Tadic puso particular énfasis en que, de acuerdo con el informe del Secretario Nacional de las Naciones Unidas:

Todos aquellos que están involucrados en la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, con independencia del modo en que las hayan cometido, o de la manera en que hayan participado en su comisión, deben ser sometidos a la justicia. Si esto es así, es justo concluir que el estatuto no se limita a atribuir jurisdicción sobre aquellas per-

715. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 201.

sonas que planean, instigan, ordenan, cometen físicamente o de otra manera asisten o contribuyen en el planeamiento, preparación o ejecución de los delitos. El estatuto no termina aquí. No excluye aquellas otras formas de participación en la comisión de un delito que tienen lugar cuando varias personas que tienen un propósito común deciden llevar a cabo actividades criminales que luego son realizadas de manera concertada por todos ellos o por algunos de sus miembros. Todo aquel que contribuye a la comisión de un delito por este grupo de personas o por algunos de sus miembros en ejecución del propósito criminal común es penalmente responsable siempre y cuando se den las condiciones indicadas más adelante⁷¹⁶.

La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó también que esta interpretación era la que más se ajustaba a la naturaleza de los delitos internacionales cometidos en conflictos armados porque (i) los mismos son llevados a cabo por una pluralidad de personas actuando en ejecución de un plan común; (ii) la contribución de aquellos miembros del grupo que no llevan personalmente a cabo los elementos objetivos del tipo es con frecuencia vital; y (iii) la gravedad moral de dicha contribución no es normalmente inferior – o de hecho no es diferente – de la derivada de la realización personal de los elementos objetivos del tipo⁷¹⁷.

En opinión del autor, los argumentos de la sentencia de apelación en el caso Tadic explican el porqué nada en el art. 7 (1) ETPIY impide la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. Sin em-

716.Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 190.

717.Ibid, párrafo 191.

bargo, dichos argumentos no justifican la conclusión de la Sala de apelaciones de que el art. 7 (1) ETPIY, y el derecho internacional consuetudinario en general, adoptan un concepto subjetivo de autor y califican a quienes participan en una empresa criminal común como coautores. Por el contrario, afirmar que lo que justifica la consideración de aquellos miembros de una empresa criminal común que no realizan personalmente los elementos objetivos del tipo como coautores es la naturaleza “vital” de su contribución y la gravedad moral de su conducta (que no es inferior a la de los autores materiales del delito), no parece ser coherente con la idea de que cuando una pluralidad de personas participan en una empresa criminal común, todos son penalmente responsables como coautores con independencia de la importancia objetiva de su contribución, con tal de que realicen la misma con el deseo de que se consumen los delitos que hacen parte del propósito criminal común.

En realidad, en opinión del autor, los argumentos utilizados por la sentencia de apelación en el caso Tadic apoyan más bien (i) la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho; y (ii) la configuración de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. En este sentido, es importante subrayar que la teoría del dominio del hecho considera autores a todos aquellos que tienen el control sobre la comisión del delito en cuanto que tienen el poder de decidir si el mismo se comete y cómo será cometido; en otras palabras, aquéllos cuyas contribuciones son vitales y cuya conducta tiene una gravedad moral que de ninguna manera es inferior a la de quienes realizan personalmente los elementos objetivos del tipo.

III.1.5.5. *La doctrina de la empresa criminal común y la teoría del dominio del hecho en las legislaciones nacionales*

La sentencia de apelación en el caso Tadic afirma que sus conclusiones se encuentran también en consonancia con las legislaciones nacionales. En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY explicó cómo la doctrina de la empresa criminal común es aplicada en numerosos sistemas nacionales⁷¹⁸, aunque la configuración de su alcance y naturaleza varíe dependiendo de cada sistema⁷¹⁹. Como ejemplos, la Sala de apelaciones mencionó los sistemas de Alemania, Holanda, Italia, Francia, Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos, Australia y Zambia⁷²⁰.

En opinión del autor, la Sala de apelaciones del TPIY no erró al afirmar que la doctrina de la empresa criminal común se configura como una forma de participación punible en la gran mayoría de los sistemas penales del mundo. Sin embargo, otra cosa muy distinta es concluir que el concepto subjetivo de autor, y la correspondiente distinción entre autoría y participación sobre la base de un criterio subjetivo, es también acorde con los principales sistemas penales nacionales.

En opinión del autor, esta última conclusión no encuentra apoyo en las fuentes mencionadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic. De hecho, excepto en el caso de Australia, la gran mayoría de las jurisdicciones de *common law* – incluyendo Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos y Zambia – configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. Esto es así porque

718.Ibíd, párrafos 224 y 225.

719.Ibíd, párrafo 225.

720.Idem.

en estas jurisdicciones autores son únicamente; (i) quienes realizan físicamente los elementos del tipo objetivo del delito, y (ii) quienes excepcionalmente pueden ser considerados como tales en aplicación de las doctrinas de *vicarious liability* o de *innocent agency*⁷²¹. Además, de las cuatro jurisdicciones de Europa continental citadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic en apoyo de sus conclusiones, (i) Italia ha acogido un concepto unitario de autor que rechaza la distinción entre autoría y participación; y (ii) en los últimos 25 años, la jurisprudencia alemana ha alternado entre un concepto subjetivo de autor y un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho⁷²².

Además, la sentencia de apelación en el caso Tadic no prestó ninguna atención a la abundante jurisprudencia nacional que aplica un concepto de autor distinto del concepto subjetivo de autor. Por una parte, las jurisdicciones de *common law* acogen un concepto objetivo formal de autor, y ni tan siquiera los supuestos excepcionales recogidos en las doctrinas de *vicarious liability* o de *innocent agency* se construyen sobre la base de un criterio subjetivo⁷²³.

721. GILLES, P., *Criminal Law*, op. cit., pp. 157 and 158, SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, pp. 167- 168, and Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, op. cit., pp. 638 and 639. See also, HAMDORF, K., *The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law*, op. cit., pp. 221 to 223, and VAN SLIEDREGT, E. *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*, op. cit., p. 197.

722. La jurisprudencia alemana ha aplicado con frecuencia el concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el llamado caso del muro de Berlín (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 40*, pp. 218 et seq). Vid. also *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 2*, p. 151; 9, p. 393; 19, pp. 138 et seq). En este sentido, cabe también recordar que, en España, desde finales de 1980, y por

Por otra parte, aunque el grado de desarrollo de la teoría del dominio del hecho varía entre las diferentes jurisdicciones nacionales, la misma es reconocida por jurisdicciones nacionales pertenecientes al *common law*, al sistema romano-germánico, y al *civil law* en general desde hace tiempo. Así, jurisdicciones de *common law* como Australia⁷²⁴, Canadá⁷²⁵, Sudáfrica⁷²⁶, Inglaterra y Gales⁷²⁷, y los Estados Unidos⁷²⁸ han aplicado tradicionalmente la teoría del dominio del hecho para condenar como autores mediatos a quienes utilizan un *innocent agent* como instrumento para cometer el delito. En estos casos, se considera que la persona de atrás tiene el control del delito porque su voluntad dominante controla la voluntad de la persona que realiza físicamente los elementos objetivos del tipo.

tanto con anterioridad a la aprobación del código penal de 1995, el Tribunal Supremo, mediante sentencias como las de 2 de febrero de 1989 y 4 de octubre de 1994, fue progresivamente abandonando el concepto subjetivo de autor basado en la doctrina del acuerdo previo para adoptar un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho. Vid. *DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*,: 1991: 564 et seq.

723. GILLES, P.: 1997: 157-158, SMITH & HOGAN: 2005: 167-168 y FLETCHER: 2000: 638-639.

724. RUSH/YEO: 2000: 662; y WALLER/WILLIAMS: 2001: 560.

725. La expresión “actually commits it” en la sección 21(1)(a) del Código penal canadiense incluye los supuestos de utilización de un *innocent agent* para cometer el delito. Vid. Tremear’s Criminal Code, Statutes of Canada Annotated: 2003: 61).

726. Snyman: 1995, 246-247.

727. Regina v. Leak [1976] Q B 217; Stringer [1991] 94 Cr. App. R. 13, citado en Read/Seago: 1999: 123, nota al pie 17; y DPP v. K & B [1997], citado por Smith & Hogan: 2005: 167, nota al pie 29.

728. Model Penal Code, sección 2.06(1)-(4). Vid. también State v. Ward, 396 A.2d 1041, 1046 (Md. 1978); y Dressler: 1995: §30.03[A].

Las jurisdicciones nacionales pertenecientes al sistema romano-germánico, como la española⁷²⁹, la alemana⁷³⁰ o la argentina⁷³¹, por solo poner algunos ejemplos⁷³², así como otras

729.El art. 28 del Código penal español recoge expresamente la autoría mediata. Esta disposición ha sido, en ocasiones, interpretada por el Tribunal Supremo como abarcando no sólo los supuestos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*, sino también aquellos otros supuestos en los que actúa a través de una estructura organizada de poder (vid., por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 1999. Además, el Tribunal Supremo español ha aplicado también la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho (vid., por ejemplo, la STS de 13 de diciembre de 2002).

730.La jurisprudencia alemana no sólo ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent* (vid, por ejemplo, Bundesgerichtshof, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 32, p. 41; 35, p. 351), sino que también la ha aplicado en aquellos otros supuestos en los que actúa a través de una estructura organizada de poder (vid., por ejemplo, el caso del muro de Berlín, Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1994, 2307, así como otros casos posteriores, Bundesgerichtshof 5 StR 98/94 de 26 de julio de 1997 y Bundesgerichtshof 5 StR 176/98 de 28 octubre de 1998). Vid. también a este respecto Kúhl: 2002: § 20 No. 73 y Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 3c. Finalmente, la jurisprudencia alemana ha aplicado también la coautoría basada en el codominio funcional del hecho (vid. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 37, p. 291; 38, p. 319, y Bundesgerichtshof, Strafverteidiger 1994, p. 241).

731.La jurisprudencia argentina ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. Vid. sentencia de la sala de lo penal de Paraná, Sección 1ª, 10/11/1987; JA 1988-III-299; Tribunal Nacional Oral Criminal, No. 7, 3/11/1998; JA 2002-I-síntesis. Vid también Fontán Balestra: 1995, § 49. También ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás recurre a una estructura organizada de poder para cometer los delitos. Vid, por ejemplo, el juicio contra los nueve miembros de las tres juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983. Finalmente, la jurisprudencia argentina ha aplicado la coautoría basada en el codominio funcional del hecho en relación con la conducta de los ejecutivos de compañías que han cometido delitos

jurisdicciones nacionales pertenecientes a lo que en general se conoce como sistemas de *civil law*, como Francia⁷³³ y Suiza⁷³⁴, han aplicado la teoría del domino del hecho en sus diversas manifestaciones, y en particular para calificar (i) como

contra el medio ambiente. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 4^a, 22/05/2002) (Caso No. 13/84). Vid también Sancinetti/Ferrante: 1999, pp. 204-212.

732. Otras jurisdicciones del sistema romano-germánico han aplicado también diversas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho. Vid. por ejemplo la sentencia condenatoria dictada por los tribunales chilenos contra Contreras y Espizona por el asesinato del antiguo ministro chileno de relaciones exteriores Orlando Letelier (publicada en la revista Fallos del Mes, año XXXV, noviembre de 1993). Vid. también la reciente sentencia de los tribunales peruanos en la que se condena a Abimael Guzmán, así como el art. 29 (1) del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 24 de julio de 2000).

733. La jurisprudencia francesa ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, chambre criminelle, de 6 de marzo de 1964, en Dalloz, 1964, p. 562. Vid. también Rassat: 1999, No. 325. La jurisprudencia francesa ha castigado también como autor al empresario que ordena a sus empleados cometer el delito (vid. Larguier: 1976: 410 et seq). Finalmente, a la hora de distinguir entre la coautoría y la participación, la jurisprudencia francesa tiene en consideración la importancia del papel jugado por el acusado durante la fase de comisión del delito. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, de 25 de enero de 1962, recogida en Bulletin Criminel No. 68.

734. La jurisprudencia argentina ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. Vid. por ejemplo Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 101 IV 310; y Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 85 IV 23. Ver también Trechsel/Noll: 1998: 199. La Corte Suprema Federal suiza ha aplicado también la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho (vid. por ejemplo, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 118 IV 399, 120 IV, 142, y Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 120 IV 272).

autor mediato a quien utiliza a otro como instrumento para cometer el delito, ya sea este último un *innocent agent* o una persona plenamente responsable considerada como fungible dentro de la estructura organizada de poder a la que pertenece; y (ii) como coautor a quién tiene una función esencial en la comisión de un delito por una pluralidad de personas.

En consecuencia, tal y como FLETCHER ha señalado, la autoría mediata, que es una de las manifestaciones más importantes de la teoría del dominio del hecho, es aplicada prácticamente en todos los sistemas nacionales⁷³⁵. En opinión del autor, la importancia de esta práctica a nivel nacional es, si cabe, más importante si se tiene en cuenta que, tal y como hemos visto, la gran mayoría de los convenios nacionales e internacionales no dan contenido al concepto de autor ni elaboran el criterio para distinguir entre autoría y participación, dejando el desarrollo de estas cuestiones a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar dichos convenios.

III.1.5.6 Conclusión

En opinión del autor, el análisis desarrollado hasta aquí permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, tal y como la sentencia de apelación en el caso Tadic ha afirmado, existen numerosas fuentes que apoyan la conclusión de que conforme al derecho internacional consuetudinario – y, por lo tanto, de acuerdo con los arts. 7(1) ETPIY y 6 (1) ETPIR – quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables por los delitos cometidos en ejecución del propósito criminal común. Por lo tanto, siguiendo a la sala de

735.FLETCHER: 2000: 639. Vid. También el voto particular del juez Iain Bonomy en la decisión de primera instancia del TPIY sobre coautoría mediata en el caso Milutinovic, párrafos 28-30.

apelaciones del TPIY, no cabe sino afirmar que “cuando una pluralidad de personas participan en la ejecución de un propósito o plan común, todos son responsables de los delitos que forman parte del mismo con independencia de su grado o forma de participación, siempre y cuando hayan actuado con el deseo de cometerlo”⁷³⁶.

En segundo lugar, los tratados internacionales, la jurisprudencia relativa a casos de la segunda guerra mundial, los principios generales de derecho penal internacional y la legislación y la jurisprudencia nacional analizados por la sentencia de apelación en el caso Tadic no justifican la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario – y, por lo tanto, los arts. 7(1) ETPIY y 6 (1) ETPIR – adoptan un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común, de manera que quienes participan en una empresa de este tipo son penalmente responsables a título de coautores⁷³⁷. Por el contrario, las fuentes analizadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic, apoyan en gran medida la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y la configuración de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación.

En tercer lugar, existe un número importante de fuentes adicionales que no han sido analizadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic - entre las que se incluyen ciertos convenios internacionales y regionales, la primera jurisprudencia de la CPI, y en particular la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, así como la legislación y la jurisprudencia de numerosas jurisdicciones nacionales - que adop-

736.Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 224.

737.La misma conclusión es alcanzada por Bogdan: 2006: 109-111.

tan un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación.

En cuarto lugar, aunque la legislación y la jurisprudencia nacionales que se decantan por un concepto objetivo formal de autor (en particular en las jurisdicciones de *common law*) no es lo suficientemente amplia como para que pueda afirmarse que este es el concepto de autor adoptado por el derecho internacional consuetudinario (sobre todo a la luz del papel esencial que líderes políticos y militares juegan con frecuencia en la comisión de delitos internacionales a pesar de encontrarse lejos de la escena del crimen), no pueden dejar de ser tenidas en consideración al analizar las cuestiones abordadas en esta sección.

Finalmente, la creciente aplicación del concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho a nivel nacional e internacional – y el hecho de que, en opinión del autor, este es el concepto que mejor se adapta a la naturaleza de los delitos internacionales porque permite calificar como autores a aquellos líderes políticos y militares que juegan un papel clave en la comisión de los mismos, y cuya gravedad moral no es inferior a la de los subordinados que llevan a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo – no permite necesariamente concluir que las distintas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho son actualmente parte de la costumbre internacional (o eran parte de la misma en el momento en el que el conflicto en la ex Yugoslavia comenzó en 1991 o la situación en Ruanda alcanzó una gravedad inesperada en 1994).

En consecuencia, en opinión del autor, no es posible concluir que a día de hoy el derecho internacional consuetudinario se haya decantado de manera definitiva por un determinado concepto de autor (ya sea este el objetivo formal, el subjetivo o el basado en la teoría del dominio del hecho); y esto a

pesar de que la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional analizada muestra una creciente aplicación de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho.

III.2. Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional⁷³⁸

III.2.1. Introducción

Activada la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (“Corte”) con respecto a sus dos primeras situaciones de crisis⁷³⁹,

738. *Publicado en Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, Vol. 86, junio-diciembre 2005, pp. 107-152.

739. Sobre el proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la Corte Penal Internacional sobre un determinado conflicto armado o situación de crisis, y su carácter autónomo y previo de los procesos penal y civil que, sobre incidentes particulares producidos en tales conflictos armados o situaciones de crisis, se desarrollan con posterioridad, ver OLÁSOLO, H. *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/ Centro de Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española), Valencia, November 2003; OLÁSOLO, H., *The Prosecutor of the ICC be Fore the Initiation of Investigations: A Quasi-Judicial or a Political Body*, en *Internacional Criminal Law Review*, (2003/2).pp 89-150; OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor*, en *Internacional Criminal Law Review*, 2005/1 (en prensa); OLÁSOLO, H. Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma, in *Revista Española de Derecho Militar*, N. 82, julio-diciembre (2003), pp. 47-76; OLÁSOLO, H., Spain, en Lattanzi, F./ Kress, K., *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance*, Ed. Nomos/Il Sirente (en prensa); y OLÁSOLO, H

acaecidas desde el 1 de Julio del 2002 respectivamente en los territorios de la República Democrática del Congo⁷⁴⁰ y del Norte de Uganda⁷⁴¹, y asignadas las Salas de Cuestiones Preliminares I y II presididas por los jueces Jorda y Slade a las mismas⁷⁴², parece oportuno dar algunos apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma sobre todo a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex –Yugoslavia (“TPIY”) y Ruanda (“TPIR”), también conocidos como Tribunales *ad hoc*.

El artículo comienza analizando los aspectos prácticos más significativos de la tipificación de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma (“ER”) y en los Elementos de los Crímenes (“EC”). Posteriormente, se centra en la aplicación a los mismos de la parte general del derecho penal contenida en el ER. Concluye abordando ciertos aspectos jurisdiccionales y procesales de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de guerra por la Corte Penal Internacional que se encuentran íntimamente vinculados al carácter complementario y a la fun-

Discrecionalidad u Obligatoriedad en el Desarrollo de las Actividades de Investigación y Ejercicio de la Acción Penal, en Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, N. 12/13, Mayo 2004, pp. 115-119.

740. Ver nota de prensa de 23 de Junio del 2004, titulada “The Office of the Prosecutor of the Internacional Criminal Court opens its first Investigation”, que puede encontrarse en <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/26.html>.

741. Ver nota de prensa de 29 de Julio del 2004 titulada “Prosecutor of the Internacional Criminal Court Opens an Investigation into Northern Uganda”, que se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/33.html>.

742. Ver nota de prensa de 17 de septiembre del 2004 titulada “Judges Jorda and Slade Presiding Judges of Pre Trial Chambers I and II” que se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases/40.html>.

ción indirecta de reforzamiento de las jurisdiccionales nacionales en la persecución de los crímenes de guerra que el ER atribuye a la Corte.

III.2.2. Desarrollo del principio de legalidad en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes

A diferencia de los Estatutos de los tribunales penales internacionales de Nuremberg y Tokio tras la Segunda Guerra mundial, y de la ex –Yugoslavia y Ruanda más recientemente⁷⁴³, el principio de legalidad en sus manifestaciones de *nullum crime sine lege, nulla poena sine lege* e irretroactividad de la norma penal aparece expresamente consagrado en los artículos (“arts.”) 22, 23 y 24 ER⁷⁴⁴. Así, el apartado primero del art. 22 ER afirma la inexistencia de responsabilidad penal individual conforme al ER a no ser que “la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”. Asimismo, en su apartado se-

743.Las Cortes o Salas Especiales de Sierra Leona, Camboya o Timor Oriental tienen, por el contrario, una naturaleza mixta nacional-internacional.

744.Sobre el principio de legalidad en ER ver el excelente trabajo de RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. *Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en Revista Española de Derecho Militar, Núm. 75, enero-junio (2000), pp. 381-441; así como la ponencia que el mismo autor pronunció en el marco del encuentro iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional que se celebró en mayo del 2000 en la Casa de América en Madrid y que fue publicada bajo el título *Un estudio sobre la Parte General del Derecho Penal en el Estatuto de Roma: Los Principios Generales del Derecho Penal*, en La Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Latinoamericana, Madrid, 2001, pp. 127-156.

gundo, se prohíbe la interpretación analógica de los tipos penales contenidos en el Estatuto y se consagra el principio *in dubio pro reo*. Por su parte, el art. 23 ER afirma que “quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”. Mientras que el art. 24 ER, en sus apartados primero y segundo, afirma respectivamente la inexistencia de responsabilidad penal individual conforme al ER por conductas anteriores a su entrada en vigor y la aplicación de la ley penal más favorable en caso de reforma del Estatuto o de sus instrumentos legislativos suplementarios antes de la emisión sentencia definitiva.

Esta expresa consagración de las diversas manifestaciones del principio de legalidad penal en el ER se ve acompañada de un esfuerzo importante por precisar los comportamientos típicos que dan lugar a responsabilidad penal individual conforme al ER. Así, en relación con los crímenes de guerra, el ER da un primer paso al distinguir en su Art. 8.2 hasta 71 subtipos penales⁷⁴⁵ divididos en las siguientes cuatro categorías: (i) infracciones graves de cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8.2(a) ER); (ii) otras violaciones serias de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados de carácter internacional (art. 8.2(b) ER); (iii) violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (art. 8.2(c) ER); y (iv) otras violaciones serias de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados de

745. Aunque el Art. 8.2 (a), (b), (c) y (e) esta compuesto sub-apartados, varios de dichos sub-apartados contienen más de un subtipo penal. El caso más sobresaliente se encuentra en los sub-apartados 8.2(b)(xxii) y 8.2(e)(vi) que incluyen los delitos contra la libertad sexual en conflictos armados tanto de carácter internacional como de carácter interno, incluyendo la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual.

carácter no internacional (art. 8.2(e) ER). En una segunda etapa, los EC, que aprobados por dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes “ayudarán” a la Corte a interpretar y aplicar los tipos penales contenidos en los arts. 6 a 8 ER⁷⁴⁶, desarrollan las definiciones de los diferentes crímenes de guerra contenidos en el ER mediante la descripción detallada de sus distintos elementos⁷⁴⁷.

La exclusión de normas penales en blanco y el uso limitado de subtipos residuales excesivamente abiertos en la definición de los crímenes de guerra constituye una nueva manifestación del esfuerzo definidor de los redactores del ER y de los EC. Así, a diferencia de los Estatutos de los TPIY y TPIR⁷⁴⁸, el ER

746.Art. 9.1 ER.

747.VON HEBEL, H., *The Making of the Elements of the Crimes*, en *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Ed. Roy S. Lee), Transnational Publishers, 2001, pp. 4-8.

748 El art. 3 del Estatuto del TPIY contiene una referencia genérica a las violaciones de las leyes y usos de la guerra, a la que acompaña una lista que, a modo de ejemplo, incluye cinco tipos de violaciones de las Convenciones de la Haya de 1899, 1907 y 1954, y de sus respectivos reglamentos anexos, que conforme al derecho internacional consuetudinario daban lugar a responsabilidad penal individual en el momento en que se inicia el conflicto armado en la ex – Yugoslavia en 1991.

Por su parte, el art. 4 del Estatuto del TPIR contiene una referencia genérica, si bien de alcance más limitado, a las violaciones del artículo común 3 a los Convenios de Ginebra de 1949 y de su Protocolo Adicional II de 1977. Asimismo, dicha disposición incluye también una lista no exhaustiva de subtipos penales que, además de recoger expresamente las violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, incluye, a modo de ejemplo, ciertas violaciones del Protocolo Adicional II que en 1994 se consideraba que daban lugar a responsabilidad penal individual en el marco de los conflictos armados de carácter no internacional.

no utiliza, no recurre a leyes penales en blanco mediante la remisión a otras violaciones de las leyes o usos de la guerra.

Asimismo, sólo con carácter limitado, el ER y los EC recurren a subtipos residuales donde el comportamiento típico no se encuentra definido con la precisión que podría ser requerida por el principio *nullum crimen sine lege*. Este es particularmente el caso del crimen de “atentados contra la dignidad de la persona” recogido en el art. 8.2(b)(xxi) y (c)(ii) ER cuyo tipo objetivo incluye conforme a los EC otros tratos, además de los humillantes o degradantes, que tengan la gravedad suficiente para ser considerados generalmente como atentados contra la dignidad humana. En este sentido, menores dificultades plantea el crimen de “otras formas de violencia sexual” en cuanto que se exige de las mismas que constituyan a su vez una infracción grave de los Convenios de Ginebra si se dan en el marco de un conflicto armado de carácter internacional (art. 8.2(b)(xxii) ER) o una violación grave del art. 3 común a los Convenios de Ginebra si se producen en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional (art. 8.2(e)(vi) ER).

El esfuerzo definidor de los redactores del ER y de los EC no ha evitado, sin embargo, la abundante utilización de elementos normativos en la definición de los crímenes de guerra, tales como “conflicto armado”, “persona protegida”, “ataque”, “objetivo militar”, “necesidad militar”, por poner sólo algunos ejemplos. La referencia expresa en la definición de los subtipos contenidos en el art. 8.2(b) y (e) ER al “marco establecido de derecho internacional” (particularmente de derecho internacional de los conflictos armados), constituye una prueba evidente de la estrecha interrelación entre la definición de los crímenes de guerra en el ER y el derecho internacional de los conflictos armados, locución esta última referida tanto al llamado derecho de la Haya sobre la conducción de las hostili-

dades como al llamado derecho de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados⁷⁴⁹.

De acuerdo con el apartado segundo del art. 21 ER, la interpretación de estos elementos normativos deberá llevarse a cabo a la luz de los tratados aplicables, reglas y principios del derecho internacional, y, en particular, del derecho internacional de los conflictos armados. Ahora bien, es importante señalar que de acuerdo con el apartado tercero del art. 21 ER, dicha interpretación “deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, sin distinción alguna basada en cualquiera de los motivos allí recogidos⁷⁵⁰.

El esfuerzo definidor en la descripción de los elementos típicos de cada crimen de guerra no es comparable con el realizado para determinar las penas atribuidas a cada uno de los 71 subtipos penales recogidos en el ER. En este sentido cabe señalar que el principio *nulla poena sine lege* ha sido desarrollado mediante la definición en el art. 77 ER de los tres tipos de penas que la Corte podrá imponer: (i) el decomiso del producto, los bienes, y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen; (ii) la multa de acuerdo a los criterios enunciados en las regla 146 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”); y (iii) la pena privativa de libertad de hasta 30 años, incluyendo la cadena perpétua cuando así lo justifi-

749.Ver sobre este punto, PIGNATELLI Y MECA, F. *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, 2003, pp. 31-33.

750.El apartado 3 del art. 21 recoge motivos como “el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión, o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

quen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del individuo. Sin embargo, se echa de menos la definición de las penas privativas de libertad con respecto a cada crimen de guerra mediante la inclusión de un sistema de mínimos y máximos que limitara los amplios márgenes de discrecionalidad que el actual sistema otorga al juzgador⁷⁵¹.

La introducción en la regla 145 RPP de listas no exhaustivas de circunstancias atenuantes y agravantes⁷⁵², así como de circunstancias para la individualización de la pena⁷⁵³, no constituye sino un esfuerzo incipiente por atemperar el problema desde la perspectiva del principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, dicho esfuerzo queda en nuestra opinión lejos del desarrollado por redactores del ER y de los EC en aras de realizar aquella otra manifestación del principio de legalidad encarnada en la máxima *nullum crimen sine lege*.

Finalmente, el apartado tercero del art. 22 ER aclara que las tipificaciones contenidas en el ER y en los EC sólo produ-

751. En el mismo sentido, LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, 2001, pp. 236 a 238. En opinión de estas autoras, el déficit del Estatuto desde la perspectiva del principio *nulla poena sine lege* “ se deriva tanto de la escasa institucionalización de la sociedad internacional como de la falta de un Código penal internacional, y se traduce en la articulación de la responsabilidad penal individual, a través del modelo de aplicación indirecta (*indirect enforcement model*). Recordemos que, de conformidad con este modelo, los tratados internacionales remiten a los derechos internos para la fijación de las penas, ordenando a los Estados contratantes la adopción de las medidas legislativas, judiciales, y administrativas necesarias para castigar a los culpables, teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia internacional de los crímenes cometidos”.

752. Ver respectivamente los apartados 2 y 3 de la regla 145 RPP.

753. Apartado 1(c) de la regla 145 RPP.

cen efectos en relación con el sistema de justicia penal establecido por el propio ER⁷⁵⁴. Lo que refuerza la previsión del art. 10 ER de que nada de lo dispuesto en los arts. 5 a 21 ER “se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del Estatuto”⁷⁵⁵. Por lo tanto, nada de lo dispuesto en el ER afectará a la tipificación de una conducta por el derecho internacional de los conflictos armados. Del mismo modo, la evolución del derecho internacional de los conflictos armados sólo afectará al sistema de justicia penal previsto en el ER en cuanto que instrumento imprescindible para la interpretación de los elementos normativos de los subtipos penales recogidos en el art. 8.2 ER.

III.2.3. Aspectos generales del tipo objetivo de los crímenes de guerra

Los apartados cuarto y quinto del Preámbulo del ER, y el apartado primero del art. 5 ER afirman que la jurisdicción material de la Corte se limita a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Sin embargo, no todas las violaciones de la amplia regulación contenida en el derecho internacional de los conflictos armados pueden encuadrarse en semejante categoría. Como resultado, los redactores del ER establecieron tres criterios para determinar *a priori* qué violaciones del derecho internacional

754. Ver sobre este punto, OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional...*, p. 83-87.

755. Sobre el alcance de esta última disposición ver, TRIFFTERER, O., *Art. 10*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. Triffterer, O.), Nomos, 1999, pp 315-322, y particularmente pp. 318-320.

de los conflictos armados merecían tipificarse en el marco del sistema de justicia penal del ER y cuáles otras debían ser excluidas.

Los criterios elegidos fueron los siguientes: (i) que con independencia de su posible origen convencional, la norma afectada hubiera alcanzado el status de costumbre internacional y por tanto vinculase a todos los Estados miembros de la comunidad internacional; (ii) que al margen de las consecuencias previstas en los instrumentos internacionales donde dicha norma se recogiese; su violación diera lugar a responsabilidad penal individual de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario; y (iii) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente⁷⁵⁶. Como consecuencia se puede afirmar que, si bien el ER no incluye todas las violaciones del derecho internacional de los conflictos armados que dan lugar a responsabilidad penal individual⁷⁵⁷, todos los comportamientos típicos contenidos en el art. 8.2 ER daban lugar ya en 1998 a responsabilidad penal individual conforme al derecho internacional consuetudinario de los conflictos armados.

756. VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute* (Ed. Roy S. Lee), Kluwer Law International, 1999, pp. 103-104.

757. Por poner sólo algunos ejemplos baste recordar la exclusión de la infracción grave del art. 85.4(b) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativa a la “demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles”, y la exclusión de todos aquéllos métodos y medios de combate no expresamente tipificados en el Art. 8.2 ER que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios o que por su naturaleza puedan ser calificados como de indiscriminados. Ver a este respecto, VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court...*, p. 104; y CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 60-61.

Los elementos del tipo objetivo de los crímenes de guerra en el ER pueden dividirse entre elementos contextuales aplicables al conjunto, o al menos a una parte importante de los subtipos penales recogidos en el Art. 8.2 ER, y los elementos específicos de cada figura delictiva. A su vez, entre los primeros cabe distinguir entre los elementos contextuales de carácter material que deben concurrir a los efectos de que el comportamiento típico tenga la naturaleza de crimen de guerra (por ejemplo su producción en el contexto de un conflicto armado) y los elementos contextuales jurisdiccionales cuya concurrencia, sin afectar a la naturaleza del crimen, determina que la Corte, tenga jurisdicción material sobre los mismos (por ejemplo, el carácter internacional o no internacional del conflicto armado en el contexto del cual se producen).

Los elementos contextuales de carácter material se pueden subdividir entre aquéllos relativos a la existencia de un conflicto armado en cuyo marco se desarrolla el comportamiento típico y aquéllos relativos al carácter protegido del sujeto u objeto pasivo sobre el que recae dicho comportamiento. Dentro del primer grupo se encuentran los requisitos de que el comportamiento típico: (i) se desarrolle en el contexto de un conflicto armado; y (ii) esté relacionado con el conflicto armado. Ni el ER ni los EC contienen una definición del concepto “conflicto armado”, si bien el art. 8.2(d) enfatiza su distinción de “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”. Por tanto, la definición de lo que constituye conflicto armado deberá ser desarrollada por la jurisprudencia de la Corte, si bien cabe adelantar que la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR en su decisión jurisdiccional en el caso *Tadic* definió la noción de conflicto armado como el recurso a la fuerza armada entre Estados o la utilización prolongada de la violencia entre un Estado y un grupo armado organizado, o

entre grupos armados organizados⁷⁵⁸. Ahora bien, cabe preguntarse si la Corte seguirá esta definición o reinstaurará el requisito contenido en el Art. 1 del Protocolo Adicional II en el sentido de que los grupos armados organizados, además de encontrarse bajo la dirección de un mando responsable que pueda dirigir a sus tropas para que actúen de acuerdo con la normativa aplicable del derecho internacional de los conflictos armados, “ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”⁷⁵⁹.

Tampoco el ER ni los EC contienen una definición de las expresiones “en el contexto de un conflicto armado” y “relacionado con un conflicto armado”, con lo que la jurisprudencia de la Corte deberá asimismo precisar su significado. Si bien en relación con la interpretación de la primera expresión conviene precisar que la Sala de Apelaciones común a los TPIY

758. *Prosecutor V. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 70: “[A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a State”.

759. En este sentido, la jurisprudencia de primera instancia del TPIR se ha mantenido un tanto dubitativa en cuanto a la procedencia de prescindir de este último requisito encontrado en el art. 1 del Protocolo Adicional I. Así mientras la sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* se remite a la definición de conflicto armado contenida en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* (*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párrafo 625), las sentencias de primera instancia en los casos *Kayishema* y *Ruzindana*, y *Musema* parecen apartarse en cierta medida de la misma (*Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, párrafo 170 y *Prosecutor v. Musema*, Judgement, Case No. ICTR-96-13-T, 27 January 2000, párrafos 227-228).

y TPIR en la decisión jurisdiccional del caso *Tadic* arriba mencionada ha señalado que el derecho internacional humanitario se aplica en todo el territorio de los Estados en conflicto, o bajo el control de las partes en conflicto, desde el inicio de las hostilidades y, más allá de su cese, hasta la conclusión de un acuerdo de paz o de un arreglo pacífico de la controversia⁷⁶⁰. Por su parte, en lo que respecta a la interpretación de la segunda expresión, la jurisprudencia de dicha Sala de Apelaciones en los casos *Tadic* y *Kunarac*, sin exigir que los crímenes de guerra se hayan producido en medio del fragor del combate, ni tan siquiera en un área en la que están vivas las hostilidades cuando se producen tales crímenes, sí requieren una relación cercana (“closely related”) entre los mismos y las hostilidades⁷⁶¹.

760. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 70.

761. En la decisión jurisdiccional en el caso *Tadic* la Sala de Apelaciones afirmó: “[i]t is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict.” (*Prosecutor v. Duško Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 70). Mientras que en la sentencia del caso *Kunarac*, la propia Sala de Apelaciones estableció una serie de criterios adicionales a tener en cuenta para determinar cuando existe una “relación directa”: “In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, *inter alia*, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.” (*Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeals Judgement, Case No. IT-96-23&23/1-A, 12 June 2002, párrafo 59).

En cuanto a los elementos relativos a la naturaleza protegida de la persona u objeto sobre la que recae el comportamiento típico, el ER distingue entre comportamientos típicos cometidos contra: (i) personas u objetos protegidos por cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁷⁶²; (ii) personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa⁷⁶³; y (iii) perso-

762 Este elemento se exige en los subtipos contenidos en el art. 8.2(a) ER, que se corresponden con las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. De manera sintética se puede afirmar que las personas y bienes protegidos a los efectos de los crímenes contenidos en el Art. 8.2(a) ER son los siguientes:

Personas Protegidas:

- Enfermos, heridos, naufragos, personal religioso y personal sanitario de las fuerzas armadas que haya caído en poder del enemigo (CG I y II);
- Prisioneros de guerra que se encuentren en poder del enemigo (CG III);
- Población civil y personas civiles en poder de una Parte contendiente o de una potencia ocupante de las que no son súbditas, excepto nacionales de neutrales o co-beligerantes con representación diplomática en el Estado en cuyo poder se encuentren (CG IV);

Bienes Protegidos:

- Bienes en posesión de enfermos, heridos, naufragos, personal religioso, personal sanitario, prisioneros de guerra, civiles en territorio extranjero y civiles en zona de ocupación (CG I, II, III y IV);
- Unidades y transporte sanitario (CG I y II);
- Bienes en zona de ocupación (CG IV);

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR en sus sentencias en los casos *Tadic* y *Dedalic et al.* ha restado importancia al factor de la nacionalidad y ha destacado en su lugar el factor de la alianza del individuo de que se trate con

nas u objetos protegidos por la norma del derecho internacional de los conflictos armados cuya violación haya sido tipificada en el art. 8.2(b) y (e) como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados de carácter internacional o de carácter no internacional.

Como veremos con mayor detalle más adelante, los elementos contextuales de carácter material, en cuanto que determinativos de la naturaleza de crimen de guerra del com-

una de las partes en el conflicto (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgement, Case No IT-94-1, 15 July 1999, párrafos 164-168; y *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafos 82 y 83). Así como refleja con gran claridad la sentencia de primera instancia en el caso *Naletelic y Martinovic* refiriéndose a la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones:

“206. In the *Tadic* Appeal Judgement, it was found that the Geneva Conventions intend to protect civilians “who do not have the nationality of the belligerent in whose hands they find themselves, or who are stateless persons”, bearing in mind that “already in 1949, the legal bond of nationality was not regarded as crucial”. In doing so, the Appeals Chamber determined that:

Article 4 of Geneva Convention IV, if interpreted in the light of its object and purpose, is directed to the protection of civilians to the maximum extent possible. It therefore does not make its applicability dependent on formal bonds and purely legal relations. [...] In granting its protection, Article 4 intends to look to the substance of relations, not to their legal characterisation as such.

207. This approach was further confirmed in the *Celebici* Appeal Judgement which stated that “formal nationality may not be regarded as determinative in this context, whereas ethnicity may reflect more appropriately the reality of the bonds”. The Chamber abides by the consistent jurisprudence on this issue and will review, on a case by case basis, the effective allegiance of the victims rather than their formal nationality” (*Prosecutor v. Mladen Naletelic (aka “Tuta”) and Vinko Martinovic (aka “Štela”)*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 March 2003, párrafos 206 y 207).

portamiento típico, deben ser abarcados por el elemento subjetivo del tipo del crimen de guerra de que se trate. Sin embargo, la existencia de responsabilidad penal no se hace depender de la realización de los juicios de valor inherentes a sus múltiples elementos normativos, sino que es suficiente el conocimiento de las circunstancias sobre las que se fundan dichos juicios de valor⁷⁶⁴. Así, ni el ER ni los EC exigen el conocimiento de la existencia de un conflicto armado o del carácter protegido del sujeto pasivo del conocimiento típico, sino que es suficiente con “ser consciente de las circunstancias de hecho” que establecen la existencia de un conflicto armado o de dicha protección⁷⁶⁵.

Los elementos contextuales de carácter jurisdiccional se pueden dividir entre aquéllos relativos a la naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado y aquéllos relativos al umbral de gravedad necesario para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción material. En relación con los primeros los subtipos del Art. 8.2(a) y (b) requieren la internacionalidad del conflicto armado. Por su parte, los subtipos del Art. 8.2(c) requieren el carácter no internacional del conflicto armado⁷⁶⁶. Una vez más deberá ser la jurisprudencia de la Corte la que establezca los criterios para distin-

763. Este elemento se exige de los subtipos contenidos en el Art. 8.2(c) y que corresponden con las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

764. Si bien para ESER, A. *Mental Element-Mistake of Fact and Mistake of Law*, en *the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (ed. Cassese, A.), Oxford University Press, 2002, p. 925, sería también necesario la apreciación de la relevancia social que para el “hombre medio” tienen tales circunstancias fácticas.

765. Ver Introducción a los Elementos de los Crímenes de Guerra.

766. Art. 8.2(d) ER.

guir el carácter internacional del carácter no internacional de los conflictos armados, si bien se puede adelantar que desde las sentencias en los casos *Tadic*, *Aleksovski*, y *Delalic et al.* la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR ha establecido los criterios de la intervención directa (entre los que se incluyen supuestos de ocupación total o parcial del territorio de otro Estado aunque la misma no encuentre oposición militar), y del control de conjunto, que no necesariamente efectivo⁷⁶⁷, sobre grupos armados organizados en casos de intervención indirecta como criterios determinantes de la internacionalidad de un conflicto armado⁷⁶⁸.

767. Así en la sentencia del caso *Tadic*, la Sala de Apelaciones rechazó el criterio de control efectivo utilizado por la Corte Internacional de Justicia en 1986 en el caso de Nicaragua contra los EE.UU. En la misma sentencia, la Sala de Apelaciones enunció de la siguiente manera el criterio del control de conjunto: “The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, co-ordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. Acts performed by the group or members thereof may be regarded as acts of *de facto* State organs regardless of any specific instruction by the controlling State concerning the commission of each of those acts” (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgement, Case No IT-94-1, 15 July 1999, párrafo 137). En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Sala de Apelaciones en los casos *Aleksovski* y *Delalic et al.* (*Prosecutor v. Aleksovski*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-95-14/1-A, 24 March 2000, para. 147; y *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 26).

768. Cuando no se puede probar, sin embargo, que nos encontramos ante un grupo armado organizado, la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR todavía admite que nos encontramos ante un conflicto armado de carácter internacional si, a pesar de la inexistencia de intervención directa por el Estado de que se trate, algunos de los individuos participantes en el conflicto pueden asimilarse a agentes de dicho Estado o actúan sobre la base de instrucción específicas o

Por su parte, los subtipos del Art. 8.2(e) parecen exigir que además del carácter no internacional del conflicto armado, éste tenga también un carácter prolongado. Por esta razón, algunos han hablado de un *tertium genus*⁷⁶⁹. Si bien otros se han referido a este *tertium genus* desde una perspectiva distinta, cual es la de la expresa inclusión dentro de la noción de conflicto armado de carácter no internacional de aquéllos conflictos armados que sin intervención estatal se desarrollan exclusivamente entre grupos armados organizados⁷⁷⁰. En este sentido, cabe señalar que, como hemos visto, mientras el Art. 1 del Protocolo Adicional II no incluye esta posibilidad dentro de su noción de conflicto armado de carácter no internacional, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de los Tribunales *ad hoc* desde la decisión jurisdiccional en el caso *Tadic* sí la ha aceptado expresamente⁷⁷¹.

Los elementos contextuales de carácter jurisdiccional referidos al umbral de gravedad necesario para que la Corte ejercite su jurisdicción material serán objeto de examen más adelante. Por ello basta señalar por el momento que se trata de los

con la autorización del mismo (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgement, Case No IT-94-1, 15 July 1999, párrafo 141).

769.CASSESE, A., *International Criminal Law...*, p. 61.

770.PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción...*, p. 174.

771.Ver por todos, *Prosecutor v. Duško Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 70. Incluso la jurisprudencia de primera instancia del TPIR que como hemos visto ha sido a veces dubitativa en relación con la inaplicabilidad del requisito del control de una parte del territorio a los efectos de definir la noción de grupo armado organizado y de conflicto armado de carácter no internacional, no parece haber tenido las mismas dudas en lo que se refiere a la posibilidad de que exista un conflicto armado sin intervención de ninguna armada gubernamental.

siguientes: (i) la directiva contenida en el art. 8.1 ER de que los crímenes de guerra de que se trate se cometan “como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”; y (ii) el requerimiento de su “suficiente gravedad” previsto en el Art. 17.1(d)⁷⁷².

Finalmente, es importante señalar que la naturaleza jurisdiccional de estos elementos justifica que su concurrencia se analice desde una perspectiva puramente objetiva y que, por tanto, no se exija que los mismos sean abarcados por el elemento subjetivo del tipo del crimen de guerra de que se trate⁷⁷³.

En cuanto a los elementos específicos del tipo objetivo de los 71 subtipos penales contenidos en el art. 8.2 ER conviene subrayar ciertos elementos de su regulación particularmente relevantes⁷⁷⁴. Entre sus elementos positivos destaca la regulación autónoma tanto en relación con los conflictos armados de carácter internacional como de carácter no internacional de los crímenes contra la libertad sexual, incluyendo la viola-

772.Ver, *infra*, sección 6.

773.Una exposición más detallada a este respecto puede encontrarse, *infra*, sección 4.

774.Un comentario particularizado de los elementos específicos de cada uno de los 71 sub-tipos de crímenes de guerra contenidos en el ER puede encontrarse, entre otras obras, en LEE, R. (ed.), *The International Criminal Court. Elements of the Crimes and Rules of Procedures*, Transnacional Publishers, 2001; DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2003; TRIFFTERER, O (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, 1999; y CASSESE, A. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002.

ción, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual constitutivas de una infracción grave de los Convenios de Ginebra o de una violación grave del art. 3 común a dichos Convenios⁷⁷⁵. Asimismo, se tipifica también en relación con ambos tipos de conflictos armados el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos organizados que participan en el conflicto o su utilización para participar activamente en las hostilidades⁷⁷⁶.

También debe valorarse positivamente la tipificación autónoma, al margen de los tipos genéricos de ataques contra la población civil o contra personas o bienes de carácter civil⁷⁷⁷, y en relación con ambos tipos de conflictos armados, de los ataques intencionados contra personal, instalaciones, mate-

775.Art. 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER. Respecto de la violación, la prostitución forzada y las otras formas del violencia sexual, los EC afirman que deberán realizarse: (i) por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder; o (ii) aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de la víctima de dar su libre consentimiento. A su vez, las reglas 70 a 72 RPP también incluyen ciertas reglas probatorias que son exclusivamente aplicables a la prueba del consentimiento de la víctima en relación con crímenes contra la libertad sexual.

776.Como ha sido señalado, el tipo objetivo de este crimen no exige necesariamente el uso de personas menores de 15 años en operaciones militares ofensivas o defensivas, sino que se consuma mediante la mera inclusión del nombre de tales personas en la lista de miembros de las fuerzas armadas o grupos armados organizados participantes en el conflicto (VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction...*, p. 118).

777.La importancia simbólica de esta tipificación autónoma ha sido también destacada por VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction...*, p. 110.

rial, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁷⁷⁸. Si bien se requiere que dicho personal, instalaciones, material, unidades o vehículos objeto de ataque tengan derecho a la protección otorgada a civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, lo que excluye los supuestos en que los participantes en misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria actúen como beligerantes sobre la base de una resolución del Consejo de Seguridad conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁷⁹.

Es importante destacar también la inclusión del delito medio-ambiental en relación con los conflictos armados de carácter internacional. Sin embargo, separándose de la regulación contenida en el art. 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra⁷⁸⁰, el art. 8.2(b)(iv) ER introduce un elemento de proporcionalidad en el tipo objetivo⁷⁸¹. Así, el lanzamiento intencionado de ataques a sabiendas de que causarán daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente sólo

778.Arts. 8.2(b)(iii) y (e)(iii) ER.

779.Sobre la historia de la tipificación autónoma de este delito a raíz de una propuesta de la delegación de España, ver PIGNATELLI Y MECA, F., *La Sanción...*, pp. 670-676.

780.Conforme al párrafo primero del art. 55 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra: “ En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio-ambiente natural, comprometiéndose así la salud o supervivencia de la población”. Además el párrafo segundo de esta disposición prohíbe los ataques contra el medio-ambiente como represalias.

781.DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes...*, p. 176.

serán constitutivos de delito se presentan como “manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar entre los elementos positivos del ER la inclusión, al margen de las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, de unos veinte subtipos penales aplicables a conflictos armados de carácter no internacional⁷⁸². Si bien es cierto que el Art. 4 del Estatuto del TPIR se refiere genéricamente a violaciones del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, no es menos cierto que dicha disposición apenas si recoge expresamente tres tipos de violaciones del Protocolo Adicional II (castigos colectivos, los actos de terrorismo y el saqueo) en la lista no exhaustiva de comportamientos típicos que se incluye en dicha disposición. Además, no se puede olvidar que, debido a la referencia genérica a “violaciones de las leyes y usos de la guerra” contenida en el art. 3 del Estatuto del TPIY y a la exclusiva inclusión en su lista anexa de violaciones de las Convenciones de la Haya de 1899, 1907 y 1954, fue necesario esperar hasta la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones en el caso *Tadic* para que se afirmase, por un lado, el nacimiento de responsabilidad penal individual conforme al derecho internacional consuetudinario por violaciones del derecho internacional aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, y por otro, la jurisdicción del TPIY sobre tales violaciones⁷⁸³.

782. Art. 8.2(e)(i)-(xii).

783. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 89. Posteriormente confirmada en varias sentencias de la Sala de Apelaciones como en las dictadas en los casos *Delaliæ et al.* y *Kunarac (Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 136; y*

La regulación de los elementos específicos del tipo objetivo de los crímenes de guerra en el ER contiene también ciertos elementos que no merecen una valoración tan positiva. Entre ellos, cabe sin duda destacar la falta de tipificación de comportamientos que atentan directamente contra los principios básicos sobre los que se asienta la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados y la regulación de la conducción de las hostilidades, como son el principio de evitación de daños supérfluos o de sufrimientos innecesarios y el principio de distinción entre combatientes y objetivos militares de un lado, y población, personal y bienes de carácter civil de otro. Así, y aunque el ER tipifica el empleo de ciertos medios y métodos de combate que por su propia naturaleza atentan contra dichos principios, como el empleo del veneno o de armas envenenadas⁷⁸⁴, el empleo de gases, líquidos, materiales o dispositivos asfixiantes, tóxicos o similares⁷⁸⁵, el empleo de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano⁷⁸⁶, o el hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil⁷⁸⁷, se echa de menos en el ER una tipificación genérica del empleo de armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños supérfluos o sufrimientos innecesarios o produzcan efectos indiscriminados⁷⁸⁸.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, párrafo 67.

784. Art. 8.2(b)(xvii) ER.

785. Art. 8.2(b)(xviii) ER.

786. Art. 8.2(b)(xix) ER.

787. Art. 8.2(b)(xxv) ER.

788. En el mismo sentido, CASSESE, A., *International Criminal Law...*, p. 60.

En este sentido, no parece una solución satisfactoria la encontrada en el Art. 8.2(b)(xx) donde implícitamente se rechaza la tipificación genérica del empleo de este tipo de armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra y se condiciona la tipificación individualizada de cada arma, proyectil, material o método de guerra a: (i) su “prohibición completa” por el derecho internacional de los conflictos armados; y (ii) su inclusión “en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123”⁷⁸⁹.

El problema es todavía más acentuado en relación con los conflictos armados de carácter no internacional puesto que el Art. 8.2(e) ER excluye de los subtipos penales aplicables a conflictos de dicha naturaleza los relativos al empleo de los medios y métodos de guerra arriba mencionados que han sido expresamente tipificados en relación con los conflictos armados internacionales⁷⁹⁰. Esta exclusión llama particularmente la atención una vez que la Sala de Apelaciones de los Tribunales *ad hoc* en su decisión jurisdiccional en el caso *Tadic* haya señalado que el derecho internacional de los conflictos armados no admite en la actualidad que medios o métodos de guerra prohibidos en los conflictos armados internacionales por su carácter indiscriminado o por su causación de males supérfluos o innecesarios sean, sin embargo, considerados con

789. Algunos autores han llegado a calificar esta disposición como “a shameful situation where poisoned arrows and hollow bullets are forbidden yet nuclear, biological and chemical weapons, as well as anti-personnel land mines, are not” (SCHABAS, W.A., *Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p. 62).

790. CASSESE, A. *International Criminal Law...*, p. 62.

medios o métodos legítimos de combate cuando los conflictos armados no tienen un carácter internacional⁷⁹¹.

También resulta problemática la definición restrictiva contenida en el ER de ciertos tipos penales como aquellos relativos a los ataques que se presume causarán excesivos daños civiles colaterales y aquellos relativos al ataque de ciudades, aldeas, villas o edificios que no se encuentren defendidos. Con respecto a los primeros hay que indicar que el art. 8.2(b)(iv)ER parece incrementar el ámbito de los daños civiles colaterales permitidos por el art. 51.5 (b) del Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra⁷⁹² al: (i) añadir la expresión “de conjunto” en la parte de la ecuación de proporcionalidad relativa a la ventaja militar concreta y directa; y (ii) exigir que los daños civiles colaterales sean “manifiestamente excesivos” en lugar de simplemente “excesivos”⁷⁹³.

791. Como la Sala de Apelaciones ha declarado: “it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife. These rules, as specifically identified in the preceding discussion, cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks, protection of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities” (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 127. Ver también párrafo 134 de esta decisión).

792. El art. 51.5 (b) del Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra prevé que “se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataques: (b) los ataques, cuando sea prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

793. La formulación de la ecuación de proporcionalidad contenida en el Art. 8.2 (b)(iv) ER es la siguiente: “lanzar un ataque intencionalmente,

Por su parte, el art. 8.2 (b)(v) ER tipifica el ataque o bombardeo por cualquier medio, de “ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares”. Esta disposición, que tiene su origen en el art. 25 de la Convención IV de la Haya de 1907 y en el art. 59 del Protocolo Adicional I, y que ya aparecía recogida en el art. 3(c) del Estatuto del TPIY, añade, sin embargo, a su formulación original⁷⁹⁴ la expresión negativa “y que no sean objetivos militares”⁷⁹⁵. El contenido material que esta expresión añade a su formulación original no está claro dado que las ciudades, aldeas, viviendas o edificios protegidos por esta disposición, además de tener que encontrarse en la proximidad o en el interior de una zona donde las fuerzas armadas estén en contacto y de tener que estar abiertas a la ocupación por una parte adversa, deben reunir las siguientes condiciones: (i) que se hayan evacuado todos los combatientes, así como las armas y el material militar móviles; (ii) que no haga uso hostil de las instalaciones o los establecimientos militares fijos; (iii) que ni las autoridades ni la población civil cometan actos de hostilidad; y (iv) que no se emprenda actividad alguna en apoyo de operaciones militares⁷⁹⁶.

a sabiendas que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”.

794. Así el art 3(c) del Estatuto del TPIY se refiere a “los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas y edificios indefensos.”

795. Sobre la introducción de esta expresión adicional ver, VON HEBEL, H., *The Elements of War Crimes, en The International Criminal Court. Elements of the Crimes and Rules of Procedures*, ed. Lee, R., Transnacional Publishers, 2001, p. 152.

796. Ver art. 25 de la Convención IV de la Haya de 1907 y art. 59. 2 y 3 del Protocolo Adicional I.

Finalmente, como ya hemos señalado, es cuando menos discutible la exclusión por falta de gravedad suficiente de ciertas infracciones graves del Protocolo Adicional I que dan lugar a responsabilidad penal individual, como es el caso de “la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles”.⁷⁹⁷

III.3.2.4. *Formas de autoría y participación punibles en la comisión o tentativa de los crímenes de guerra*

Excepto supuestos de instigación directa y pública a la comisión de genocidio⁷⁹⁸, el ER no atribuye responsabilidad penal individual por actos preparatorios de los delitos sobre los que la Corte tiene jurisdicción, tales como la conspiración, la provocación o la proposición⁷⁹⁹. Por lo tanto, el ER únicamente atribuye responsabilidad penal individual desde que se inicia la fase de ejecución del tipo objetivo del crimen de guerra que se trate. Ahora bien, sobre la base de una interpretación amplia de la teoría de la unidad de acción entre los actos estrictamente ejecutivos del tipo objetivo y aquellos otros inmediatamente preparatorios de su ejecución⁸⁰⁰, el ER marca el co-

797.Sobre la razones de esta exclusión ver, VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court...*, pp. 103-104.

798.Art. 25.3(e) ER.

799.Art. 25.3 ER.

800.En la formulación que ROXIN ha realizado de esta teoría: “ lo que para la concepción natural aparece como conectado inseparablemente a la acción típica, lo que forma una parte necesaria del acto de realización, lo que está unido a éste directamente, pertenece también en el sentido de la teoría del dominio del hecho a la fase ejecutiva y no puede ser considerado como actividad preparatoria. Así pues, aquí se da siempre la coautoría cuando la aportación al hecho se revela funcionalmente trascendente en el marco del complejo unitario de la acción “(ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de sexta

mienzo de la fase de ejecución del delito en la realización de “actos que supongan un paso importante para su ejecución”⁸⁰¹.

Iniciada la fase ejecutiva del crimen de guerra de que se trate, el ER atribuye responsabilidad penal tanto en el caso de consumación del crimen como en el supuesto de tentativa, entendida como la falta de consumación debido a circunstancias ajenas a la voluntad de su autor⁸⁰². La única excepción son los supuestos de desistimiento conforme a los requisitos previstos en el art. 25.3(f) ER⁸⁰³. De acuerdo con esta última disposición, el desistimiento exige, una vez iniciada la fase de ejecución del crimen, bien el abandono objetivo de cualquier esfuerzo para su ejecución antes de completar todos los actos ejecutivos, bien la evitación de la consumación del delito una vez que se han completado todos los actos ejecutivos⁸⁰⁴. Por su parte, desde un plano subjetivo, el desistimiento requiere la renuncia íntegra y voluntaria al propósito delictivo⁸⁰⁵.

Donde la exigente del desistimiento plantea mayores problemas de aplicación es en los supuestos de pluralidad de participantes en la comisión del crimen de acuerdo a un plan cri-

edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1998, p. 334.

801. Art. 25.3(f) ER.

802. Art. 25.3(f) ER.

803. AMBOS, K., *Art. 25. Individual Criminal Responsibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. Triffterer, O.), Nomos, 1999, pp. 489-490.

804. AMBOS, K., *Art. 25...*, p. 490.

805. ESER, A., *Individual Criminal Responsibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. Triffterer, O.), Nomos 1999, p. 817.

minal común. En estos casos, pareciera que la ausencia de responsabilidad penal por actos preparatorios anteriores al inicio de la fase de ejecución haría innecesario acudir a la figura del desistimiento cuando el abandono del plan criminal común se exterioriza antes del inicio de la fase de ejecución, con independencia de que se haya realizado o no la contribución prometida. Si bien, la jurisprudencia de la Corte deberá determinar la forma en que la renuncia al plan criminal común debe exteriorizarse para ser eficaz.

Por el contrario, una vez iniciada la fase de ejecución del delito por los otros participantes en la implementación del plan criminal común, la exteriorización expresa del desistimiento sólo será suficiente si se lleva a cabo antes de realizar la contribución prometida. Si por el contrario se realiza tras aportar la contribución prometida, el ER parece exigir la evitación de la consumación del crimen, si bien la Corte deberá decidir si la mera adopción de las medidas al alcance del que desiste a tal efecto podría ser suficiente.⁸⁰⁶ Finalmente, en caso de delito continuado, la jurisprudencia de la Corte deberá determinar si la figura del desistimiento es aplicable una vez iniciada la consumación del crimen y, en su caso, cuál es su eficacia.

El Art. 25.3 ER distingue entre formas de autoría y formas de participación en la comisión o tentativa de los crímenes de guerra, rechazando por tanto la noción unitaria de autoría que

806. Este es por ejemplo el sentido del apartado tercero del art. 16 del Código Penal español cuando señala que “cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

puede encontrarse en ciertos sistemas nacionales como el italiano⁸⁰⁷ o el austriaco⁸⁰⁸. Dentro de la noción de autoría se incluyen expresamente los supuestos de autoría directa, autoría mediata y co-autoría⁸⁰⁹ en una formulación que parece haber sido realizada sobre la base de la teoría del dominio de hecho⁸¹⁰, aplicada recientemente por el TPIY en la sentencia de primera instancia del caso *Stakic*⁸¹¹. Como AMBOS ha seña-

807.Art. 110 del Código Penal italiano.

808.Sección 12 del Código Penal austriaco.

809.Art. 25.3(a).

810.Por sólo citar algunos de los penalistas españoles que se han adherido a esta teoría, ver BACIGALUPO, *La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo código penal alemán*, en Libro homenaje a Antón Oneca, Estudios penales, 1982, pp. 30 et seq., BACIGALUPO, *Principios del Derecho español, II: El hecho Punible*, 1985. pp. 135 et seq., BACIGALUPO, *Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho Penal*, Poder Judicial, No. 31, Sept. 1993, pp. 32 et seq.; BERDUGO/ARROYO/GARCIA/FERRE/SERRANO, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 1999, pp. 287 et seq.; BUSTOS RAMIREZ, *Derecho Penal. Parte General*, 4th ed. (revisado por Hormazabal Malarée), 1994, pp. 433 et seq.; CERZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, p. 339; GOMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte Especial*, 1994, pp.124 et seq., GOMEZ BENITEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, Anuario de Derecho Penal y de las Ciencias penales, 1984, pp. 104 et seq.; GOMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte Especial*, 1984, p. 124; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 6th ed, 2002, pp. 355 et seq.; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal Parte General*, 2002, pp. 446 et seq.; y QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, 2000, pp. 605 et seq.

Un análisis con amplias referencias bibliográficas sobre la utilización de esta teoría en los sistemas anglosajones y romano-germánicos se puede encontrar en OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case*, en *International Criminal Law Review*, 2004/4, pp. 474-526; y en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991.

lado,⁸¹² dentro del concepto de autoría mediata parecen incluirse los supuestos de crímenes cometidos a través de estructuras organizadas de poder, como unidades regulares del ejército, la policía militar, o la policía civil, o ciertos grupos armados organizados, donde a pesar de la responsabilidad penal del autor material se admite la autoría mediata de la persona que estando al frente de organización de que se trate la dirige hacia la comisión del delito.⁸¹³ Asimismo, la noción de co-autoría contenida en el art. 25.3(a) ER parece fundamentarse en el control funcional del hecho típico como resultado de la contribución esencial que cada uno de los autores debe realizar para la ejecución del tipo objetivo del crimen de guerra de que se trate⁸¹⁴. Así cada uno de los co-autores tiene un co-dominio funcional del hecho típico puesto que cada uno de ellos, se encuentra en situación de evitar su producción mediante la no prestación de la contribución esencial, a la que se han comprometido.⁸¹⁵

El art. 25.3 (b) ER recoge otras formas de participación punibles en la comisión o tentativa de los crímenes de guerra tales como la orden, la inducción o la proposición. Además, el art. 25.3(c) ER se refiere bajo el encabezamiento genérico de complicidad o encubrimiento a la facilitación, cooperación o asistencia con el propósito de facilitar la comisión del delito o

811. *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafos 741-744, 774, 818, 822 y 826.

812. AMBOS, K., *Art. 25...*, p. 479. Ver también, OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control...*, p. 485, nota al pie 33.

813. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho...*, pp. 267-278. Sobre la aplicación de la misma por el TPIY en el caso Stakic, ver OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control...*, pp. 512-525.

814. AMBOS, K., *Art. 25...*, p. 479

815. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho...*, pp. 303-333; y OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control ...*, pp. 497-506.

la consolidación de sus efectos. Es importante señalar que la jurisprudencia constante de la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR en los casos *Tadic*, *Aleksovski*, *Delalic et al.* y *Kupreskic*, por citar sólo algunos ejemplos, ha venido requiriendo que esta facilitación, cooperación o asistencia tenga un efecto sustancial sobre la comisión del crimen o la consolidación de sus efectos.⁸¹⁶ Interpretación que encuentra un apoyo adicional en el art. 25.3(d) ER que se refiere a las contribuciones prestadas de algún otro modo (por tanto sin tener un carácter sustancial) a la comisión o tentativa de un crimen de guerra por un grupo de personas con una finalidad criminal común⁸¹⁷.

Esta última figura constituye, por tanto, una sub-especie de la complicidad a través de la cuál se criminalizan contribuciones que sin tener una entidad objetivamente sustancial son subjetivamente merecedoras de un reproche jurídico por ser realizadas con el propósito de implementar un plan criminal común. Ahora bien, a diferencia de la jurisprudencia del TPIY que considera a los participantes en la implementación de un plan criminal común como coautores con independencia de su grado de contribución objetiva⁸¹⁸, el art. 25.3(d) ER, cuya

816. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber Judgement, Case No IT-94-1, 15 July 1999, párrafo 229; *Prosecutor v. Aleksovski*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-95-14/1-A, 24 March 2000, párrafo 164; *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 345; y *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-16-A, 23 October 2001, párrafo 254.

817. En el mismo sentido, AMBOS, A., *Art. 25...*, pp. 481 and 484.

818. OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control...*, pp. 476-478, nota al pie 6. En cuanto a la jurisprudencia, ver, entre otros, *Prosecutor v. Duško Tadic*, Appeal Judgement, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999, párrafo 227-228; *Prosecutor v. Anto Furozrundzija*, Appeal Judgement, Case No. IT-95-17/1-A, 21 July 1998, párrafo 118;

redacción sigue a la determinación de los modos de autoría y de otras formas de participación punibles en el art. 25.3(a)-(c) ER, recoge una sub-especie residual de la complicidad que parece ser sólo aplicable cuando la contribución a la comisión del crimen no tenga objetivamente un carácter substancial⁸¹⁹.

Finalmente, el art. 28 ER recoge la responsabilidad de los superiores militares y otros superiores jerárquicos por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Ésta tiene como requisito fundamental la existencia de una relación de subordinación entre el autor o autores materiales del crimen de que se trate y el superior militar afectado. Al margen del título jurídico formal con el que se denomine a dicha relación de subordinación (ya sea “mando”, ya sea “autoridad”),⁸²⁰

Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al., Judgement, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 772; Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 365-366; Prosecutor v. Milograd Krnojelac, Case No. Appeal Judgement, Case No. IT-97-25-A, 17 September 2003, párrafo 29; Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Ćerkez, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, párrafo 397; Prosecutor v. Radislav Krstic, Judgement, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, párrafo 601; Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, 2 November 2001, párrafo 265; Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgement, Case No. IT-97-25-T, 15 March 2002, párrafo 81; Prosecutor v. Mitar Vasiljevic, Trial Judgement, Case No. IT-98-32-T, 29 November 2002, párrafo 65; Prosecutor v. Milomir Stakić, Trial Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafo 431; y Prosecutor v. Blagoje Simic, Miroslav Tadic and Simo Zaric, Case No. IT-95-9-T, 29 October 2003, párrafo 149. Ver también, Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Šainovic & Dragoljub Ojdanic, Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, Case No. IT-99-37-AR72, 21 May 2002, párrafos 20 *et seq.*

819.En el mismo sentido parece pronunciarse *AMBOS, K., Art. 25...*, pp. 484-485.

820.El Art. 28(a) ER se refiere a “fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo”.

ésta se caracteriza por el control efectivo que el superior militar debe ejercitar sobre los autores materiales del crimen de guerra. Ahora bien, la cuestión que surge en cuanto al contenido de la noción de control efectivo es si la misma requiere de la posesión de un control operacional (poder para prevenir) y de un control disciplinario (poder para castigar), o únicamente de uno de los dos. Así como del nivel de control operacional y/o disciplinario exigido (total o parcial) y su distinción de una mera capacidad de influencia en los autores materiales del crimen. La jurisprudencia de la Corte tendrá que responder esta cuestión, si bien se puede señalar que la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR se ha decantado en sus sentencias en los casos *Delalic et al*⁸²¹. y *Blaskic*⁸²²

821. Según la Sala de Apelaciones, “as long as a superior has effective control over subordinates, to the extent that he can prevent them from committing crimes or punish them after they committed the crimes, he would be held responsible for the commission of the crimes if he failed to exercise such abilities of control” (Prosecutor v. Zejnil Delalic et al., Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 198).

822. En palabras de la Sala de Apelaciones en *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, párrafos 67-69:

67. The Appeals Chamber takes note that the Trial Chamber concurred with the *Celebici* Trial Judgement, which endorsed the view that a superior must have effective control over “the persons committing the underlying violations of international humanitarian law.” The Trial Chamber also stated that “a commander may incur criminal responsibility for crimes committed by persons who are not formally his (direct) subordinates, insofar as he exercises effective control over them.” Both conclusions of the Trial Chamber fall within the terms of Article 7(3) of the Statute, and both are not challenged by the Appellant.

68. With regard to the position of the Trial Chamber that superior responsibility “may entail” the submission of reports to the competent authorities, the Appeals Chamber deems this to be

por la suficiencia de un control parcial de carácter operacional o disciplinario, de manera que el poder de transmitir en el ejercicio de las propias funciones la *notitia criminis* a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento se ha considerado suficiente a estos efectos.

En cuanto al elemento objetivo del tipo se requiere el incumplimiento por el superior militar de su deber de adoptar las medidas en su poder (“medidas necesarias y razonables a su alcance”) para evitar la comisión del crimen o para reprimir su comisión, incluyendo la transmisión de la *notitia criminis* a las autoridades competentes para su investigación o enjuiciamiento cuando esta sea la única medida al alcance del superior militar afectado. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY en las sentencias de primera instancia en los casos *Blaskic*, *Kordic* y *Èerkez*, y *Stakic*, la adopción de medidas para reprimir el crimen no afectan a la responsa-

correct. The Trial Chamber only referred to the action of submitting reports as an example of the exercise of the material ability possessed by a superior.

69. The Appeals Chamber also notes that the duty of commanders to report to competent authorities is specifically provided for under Article 87(1) of Additional Protocol I, and that the duty may also be deduced from the provision of Article 86(2) of Additional Protocol I. The Appeals Chamber also notes the Appellant’s argument that to establish that effective control existed at the time of the commission of subordinates’ crimes, proof is required that the accused was not only able to issue orders but that the orders were actually followed. The Appeals Chamber considers that this provides another example of effective control exercised by the commander. The indicators of effective control are more a matter of evidence than of substantive law, and those indicators are limited to showing that the accused had the power to prevent, punish, or initiate measures leading to proceedings against the alleged perpetrators where appropriate. The appeal in this regard is therefore rejected.

bilidad penal individual incurrida por el superior militar como consecuencia de no haber adoptado las medidas en su poder para prevenirlo⁸²³.

Se plantea la cuestión de si la responsabilidad del superior militar por el incumplimiento de su deber de prevenir, o de reprimir el delito, constituye un supuesto de comisión por omisión como resultado de su posición de garante en relación con la evitación de la comisión de crímenes de guerra por sus subordinados, o si por el contrario nos encontramos con delitos de omisión pura derivada del incumplimiento de los deberes inherentes a sus funciones. En nuestra opinión, el incumplimiento por el superior militar de que se trate de su deber de adoptar las medidas en su poder para reprimir la comisión de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados sólo puede constituir un delito de omisión pura en tanto que no cabe hablar de posición de garante de cara a la evitación de un resultado ya producido (la comisión del crimen de guerra por sus subordinados). La cuestión que la jurisprudencia de la Corte deberá, por tanto, determinar es si corresponde atribuir al superior jerárquico responsabilidad penal individual por el crimen principal cometido por sus subordinados tal y como los TPIY y TPIR han venido realizando, o si, por el contrario, corresponde limitar su responsabilidad penal individual a la omisión de su deber de reprimir dicho crimen de guerra. Además, en caso de que la jurisprudencia de la Corte opte finalmente por la primera opción deberá especificar si la misma viene exigida por una presunta naturaleza especial de la

823. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, párrafo 336; y *Prosecutor v. Mario Kordic and Dario Ćerkez*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 445-446; y *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafo 461.

responsabilidad del superior militar en el marco del derecho internacional de los conflictos armados que la configura como un *tertium genus* distinguible de las figuras penales tradicionales de la comisión por omisión o de la omisión pura.

En relación con el incumplimiento por el superior jerárquico de que se trate de su deber de adoptar las medidas a su alcance para prevenir la comisión de crímenes de guerra por sus subordinados, entendemos que sí sería posible su configuración como comisión por omisión. Ahora bien, para ello sería necesario exigir la existencia de un vínculo causal entre la omisión del superior militar y la realización del tipo objetivo del crimen de guerra de que se trate por sus subordinados cuyo contenido vendría determinado por la evitabilidad del comportamiento típico si el superior militar hubiera adoptado las medidas preventivas a su alcance que le eran exigibles. Ausente este vínculo causal, como ocurre en el marco de la jurisprudencia de los TPIY y TPIR donde el mismo no se constituye como requisito de la responsabilidad del superior jerárquico⁸²⁴, no parece posible que se pueda calificar la omisión del superior jerárquico como un supuesto de comisión por omisión. Por lo tanto, a no ser que se recurra a la noción arriba señalada del *tertium genus* autónomamente elaborado por el derecho internacional de los conflictos armados al margen de las categorías penales tradicionales, no quedará más remedio

824. Como la Sala de Apelaciones acaba de señalar en la reciente sentencia del caso *Blaskic*, “The Appeals Chamber is therefore not persuaded by the Appellant’s submission that the existence of causality between a commander’s failure to prevent subordinates’ crimes and the occurrence of these crimes, is an element of command responsibility that requires proof by the Prosecution in all circumstances of a case. Once again, it is more a question of fact to be established on a case by case basis, than a question of law in general.” (*Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, párrafo 77).

que calificar la omisión del deber de prevenir como un supuesto de omisión pura donde la tentativa o consumación del delito juegan como condiciones objetivas de punibilidad. Ahora bien, en este último supuesto, sólo podrá atribuirse al superior jerárquico responsabilidad penal individual por la omisión de su deber de prevenir y no por el crimen de guerra principal cometido por sus subordinados.

En cuanto al elemento subjetivo, el art. 28 (a)(i) ER requiere que el superior jerárquico “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Por lo tanto, esta disposición parece separarse del dolo (incluido el dolo eventual) en cuanto estándar general de tipo subjetivo de los delitos y formas de participación requerido en el art. 30 ER para limitarse a exigir mera imprudencia (“hubiera debido conocer”)⁸²⁵. En otras palabras, el ER parece castigar el hecho de que el superior militar afectado no haya puesto la diligencia exigible a un superior militar medio en las circunstancias del momento para informarse de las actividades de sus subordinados a los efectos de encontrarse en la posición necesaria para poder cumplir con sus deberes de prevenir o reprimir los delitos cometidos por aquellos. En este aspecto, el ER parece separarse de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR en los casos *Delalic et al.*, *Bagilishema*, *Krnojelac* y *Blaskic* donde: (i) rechaza la equiparación realizada por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Blaskic* del estándar “tenía razón para saber” con el estándar “hubiera debido saber”⁸²⁶; y (ii) afirma

825.AMBOS, K., *Superior Responsibility*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2002, p. 867.

826.Las razones dadas por la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaskic* para equiparar los estándares “hubiera debido conocer” y “tenía razón

que el estándar “tenía razón para conocer” es más exigente, puesto que no castiga la mera falta de diligencia en el cumplimiento del deber de informarse, y exige, como mínimo, que el superior jerárquico tenga a su disposición información que

para conocer” son las siguientes: “if a commander has exercised due diligence in the fulfilment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties: this commander had reason to know within the meaning of the Statute” (*Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, párrafo 332).

Por su parte la Sala de Apelaciones en la sentencia del caso *Delalic et al.* esgrime las siguientes razones para rechazar tal equiparación: “Article 7(3) of the Statute is concerned with superior liability arising from failure to act in spite of knowledge. Neglect of a duty to acquire such knowledge, however, does not feature in the provision as a separate offence, and a superior is not therefore liable under the provision for such failures but only for failing to take necessary and reasonable measures to prevent or to punish. The Appeals Chamber takes it that the Prosecution seeks a finding that “reason to know” exists on the part of a commander if the latter is seriously negligent in his duty to obtain the relevant information. The point here should not be that knowledge may be presumed if a person fails in his duty to obtain the relevant information of a crime, but that it may be presumed if he had the means to obtain the knowledge but deliberately refrained from doing so. The Prosecution’s argument that a breach of the duty of a superior to remain constantly informed of his subordinates actions will necessarily result in criminal liability comes close to the imposition of criminal liability on a strict or negligence basis. It is however noted that although a commander’s failure to remain apprised of his subordinates’ action, or to set up a monitoring system may constitute a neglect of duty which results in liability within the military disciplinary framework, it will not necessarily result in criminal liability.” (*Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 226).

le hubiera debido alertar sobre la necesidad de investigar el asunto⁸²⁷.

Por otra parte, queda por ver si la jurisprudencia de la Corte recurrirá a la figura del encubrimiento conforme al art. 25.3 (c) ER para aquellos supuestos en que el superior militar adquiere su conocimiento sobre los delitos cometidos por sus subordinados, o al menos hubiera debido adquirirlo, tras la comisión de los mismos. O, si por el contrario, la Corte aplicará la responsabilidad del superior militar conforme al art. 28 ER también en aquellos supuestos a pesar de que su alcance, a diferencia de los arts. 7.3 y 6.3 de los Estatutos de los TPIY y TPIR, no parece incluirlos⁸²⁸.

Finalmente, hay que señalar que el art. 28.2 ER introduce las siguientes especialidades en el caso de superiores jerárquicos no militares: (i) sólo existe responsabilidad por los crímenes cometidos por sus subordinados que “guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”; y (ii) el elemento intencional se acerca a las fronteras del estándar general del dolo (incluido el dolo eventual) en cuanto

827. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 241; *Prosecutor v. Bagilishema*, Appeals Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 July 2002, párrafo 42; *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-97-25-A, 17 September 2003, párrafo 151; y *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, párrafo 62.

828. Los Art. 7.3 del Estatuto del TPIY y 6.3 del Estatuto del TPIR utilizan la formulación “...sabía o tenía razones para conocer que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”. Mientras que el art. 28(a)(ii) ER dispone que “hubiera sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

que se requiere que el superior jerárquico “hubiera tenido conocimiento o deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”⁸²⁹.

III.2.5. Elemento subjetivo del tipo de los crímenes de guerra y de los modos de participación punibles

El ER rechaza la llamada responsabilidad penal objetiva, así como la responsabilidad por el resultado, de manera que el nacimiento de responsabilidad penal se hace depender de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo que debe cubrir todos los elementos objetivos del mismo, incluyendo, de acuerdo con la clasificación propia del derecho anglosajón seguida por el art. 30 ER: (i) la acción u omisión típica; (ii) las consecuencias o resultado típico; y (iii) las circunstancias contextuales o específicas cuya concurrencia es exigida por el tipo objetivo.

El art. 30 ER establece el elemento subjetivo general para aquellos crímenes de guerra y formas de autoría y participación que no requieren un elemento subjetivo distinto en su definición. Esta disposición recoge el dolo directo, ya sea de primer o de segundo grado, y parece recoger también el dolo

829.Ver sobre este punto, FENRICK, W.J., *Art. 28. Responsibility of Commanders and Other Superiors*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. Triffterer, O.), Nomos, 1999, pp. 520-522; y AMBOS, K., *Superior Responsibility...*, pp. 870-871.

830.También entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del art. 30 ER, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.,

eventual⁸³⁰ en cuanto que exige: (i) la voluntariedad de la acción u omisión típica; (ii) el conocimiento de la alta probabilidad de la causación del resultado típico de la que se presume su aceptación (“se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”); y (iii) el conocimiento de la existencia de las circunstancias contextuales o específicas requeridas por el tipo objetivo.

Pareciera, por tanto, que el art. 30 ER rechaza tanto la categoría anglosajona de la *recklessness* en sus modalidades subjetiva y objetiva, como la imprudencia. La *recklessness* subjetiva presupone el conocimiento del riesgo de producir el resultado típico.⁸³¹ Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido varía entre la mera “posibilidad”⁸³² y la “probabilidad”⁸³³ de producir el resultado. Ade-

Los Principios Generales del Derecho Penal..., p. 417; y PIRAGOFF, D.K., *Art. 30. Mental Element*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ed. Triffterer, O., Nomos, 1999, p. 534.

831. Como FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, segunda edición, 2000, p. 443, lo explica: “Recklessness is a form of culpa- equivalent to what German scholars call “conscious negligence”. The problem of distinguishing ‘intention’ and ‘recklessness’ arises because in both cases the actor is aware that his conduct might generate a specific result”.

832. El conocimiento de la mera posibilidad de producir el resultado prohibido es suficiente, al menos en relación con el homicidio, en Sudáfrica (ver SNYMAN, C.R., *Criminal Law*, tercera edición, 1995, p. 169)

833. El conocimiento de la probabilidad de producir el resultado prohibido se requiere, al menos en relación con el homicidio, en Australia (*The Queen v. Crabbe* (1985) 156 C.L.R. 464. Ver también FISSE, B. *Howard’s Criminal Law*, quinta edición, 1990, p. 59); en Bahamas (secciones 311 y 11(2) del Código Penal de 1987); en Kenya (secciones 203 and 206 (b) del Código Penal de 1985); en Malawi (secciones 209 y 212(b) del Código Penal); en Zambia (ver THOMPSON, B., *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999, p. 61); y en Zambia (secciones 200 y 204 (b) del Código Penal).

más se exige la aceptación de dicho riesgo que normalmente es inherente al hecho de adoptarlo mediante la realización de la acción típica.⁸³⁴ A diferencia del dolo eventual no se exige elemento intencional alguno en relación con el resultado prohibido puesto que lo que se exige es una aceptación del riesgo, inherente al hecho de tomarlo, que es perfectamente distinguible de la aceptación del resultado exigida por el dolo eventual. Por ello, parece que la exigencia expresa en el Art. 30 ER de que “los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento” excluiría, por insuficiente, este elemento subjetivo. Con mayor razón aún la formulación del art. 30 ER parece excluir también la llamada *recklessness* objetiva que consiste en la adopción objetiva de un riesgo muy elevado que supera todos los estándares de lo socialmente permitido, y ello aunque el sujeto activo no sea consciente del riesgo adoptado por el mismo.⁸³⁵

Como ya hemos señalado, existen ciertos crímenes de guerra y formas de autoría y participación que establecen en sus definiciones un elemento subjetivo distinto a aquel previsto en el art. 30 ER. Entre ellos podemos distinguir un primer grupo de crímenes de guerra y formas de autoría y participación que incluyen expresamente en su definición la imprudencia como elemento subjetivo del tipo objetivo. El caso paradigmático es la responsabilidad de los superiores militares y otros superiores jerárquicos arriba comentada, si bien existen otros ejemplos como el reclutamiento o alistamiento en las fuerzas

834. SIMONS, K.W., *Rethinking Mental States*, en *Boston University Law Review*, May 1992, p. 486.

835. En Inglaterra y Gales, ver la conocida sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Cadwell* que dio lugar a la llamada *inadvertent, objective or Cadwell recklessness* en contraposición a la *advertent, subjective or Cunningham recklessness* (*Cadwell* 1982 AC 341).

armadas, o la utilización en operaciones militares, de niños menores de 15 años donde basta con que el autor material “debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años”⁸³⁶.

En un segundo grupo se encuadran aquellos crímenes de guerra y formas de autoría y participación que requieren un dolo directo como se manifiesta por el uso de las expresiones “intencionadamente” o “deliberadamente”. Si bien, el uso de tales expresiones en el ER no es unívoco, de manera que habrá que analizar en el contexto de la definición del subtipo de crimen de guerra de que se trate si las mismas han sido utilizadas para exigir el dolo directo (como por ejemplo en la infracción grave de los Convenios de Ginebra consistente en “causar deliberadamente grandes sufrimientos”⁸³⁷), o si simplemente se refieren al elemento intencional genérico previsto en el art. 30 ER (como por ejemplo en el crimen de “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o las beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos”⁸³⁸).

Por otra parte, el ER recoge también ciertos crímenes que además de requerir el dolo del art. 30 ER como elemento subjetivo general con respecto de todos los elementos del tipo objetivo, requieren un elemento subjetivo adicional que no se refiere a ningún elemento del tipo objetivo y que consiste en un propósito o finalidad particular por la que el delito deba haber sido principalmente cometido. Este elemento subjetivo

836.Elementos de los crímenes del Art. 8.2(b)(xxvi) y 8.2(e) (vii) ER.

837.Art. 8.2(a)(iii) ER.

838.Art. 8.2(b)(ix) y (e)(iv) ER.

adicional conocido en el derecho continental como *dolus specialis*, y en el derecho anglosajón como *ulterior intent* (que no debe confundirse con la categoría de *specific intent* en derecho anglosajón, equivalente al dolo directo de primer grado en derecho continental) se recoge en la definición de ciertos delitos mediante el empleo de expresiones como “con la intención”, “con el propósito”, o incluso “deliberadamente”. Ahora bien, una vez más es necesario insistir en que la utilización de estas expresiones no es unívoca en el Estatuto y que, por tanto, se deberá ser cuidadoso en su interpretación en el marco de la definición del crimen de que se trate para determinar cuando las mismas son utilizadas para referirse al elemento subjetivo general, ya sea el genérico del art. 30, ya sea dolo directo, y cuando son utilizadas para exigir un *dolus specialis* como en los crímenes de tortura,⁸³⁹ toma de rehenes⁸⁴⁰, declaración de que no habrá cuartel,⁸⁴¹ saqueo,⁸⁴² prostitución

839.La causación de grandes dolores físicos o sufrimientos físicos debe realizarse con la finalidad primaria de obtener información o confesión, castigar, intimidar o discriminar (ver art. 8.2(a)(ii) y (c)(i), y sus respectivos elementos de los crímenes).

840.La captura, detención o mantenimiento en calidad de rehén con amenaza de matar, herir o mantener la detención debe realizarse con la finalidad de obligar a actuar o de abstenerse de actuar como condición expresa o tácita para garantizar la seguridad o puesta en libertad de la víctima (ver art. 8.2(a)(viii) y (c)(iii) y sus respectivos elementos de los crímenes).

841.La declaración u orden de que no habrá sobrevivientes se realizará con el fin de amenazar al adversario o de que se conduzcan las hostilidades de esa manera (ver art. 8.2(b)(xii) y (e)(x)ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

842.La apropiación de los bienes protegidos debe hacerse con el ánimo de privar de los mismos a su propietario y de apropiarse de los mismos para uso personal o privado (ver art. 8.2(b)(xvi) y 8.2(e)(v) ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

forzada⁸⁴³, utilización de personas protegidas como escudos humanos⁸⁴⁴ o utilización de la hambruna como método de guerra⁸⁴⁵.

A pesar de que, como hemos señalado, el elemento subjetivo del tipo debe cubrir todas las acciones, consecuencias y circunstancias contenidas en el tipo objetivo, el mismo no debe cubrir los llamados elementos contextuales de carácter jurisdiccional a los que ya nos hemos referido. Sí debe abarcar, sin embargo, a los llamados elementos contextuales de carácter material, aunque su carácter eminentemente normativo conlleva ciertas especialidades. Así, con respecto de los mismos, no es exigible la realización del juicio de valor inherente a su conocimiento, y por ello los EC aclaran que basta con el conocimiento de las circunstancias fácticas sobre las que se basa dicho juicio de valor.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte deberá decidir si, como ESER apunta, además del conocimiento de las circunstancias fácticas será también exigible el conocimiento de

843.La causación de la realización de un acto de naturaleza sexual mediante el uso de la fuerza física, la amenaza, o la coacción, o mediante el aprovechamiento de un entorno coercitivo o de la incapacidad de la víctima para dar su libre consentimiento, debe llevarse a cabo con el fin de obtener para sí o para un tercero, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio o en relación con dicho acto (ver art. 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

844.La presencia de una persona civil o de otra persona protegida debe utilizarse para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares (ver art. 8.2(b)(xxiii) ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

845.El hacer padecer hambre intencionalmente a la población civil debe ser llevado a cabo con la finalidad de utilizarlo como método de guerra (ver art. 8.2(b)(xxv) ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

la relevancia social que para el “hombre medio” tienen tales circunstancias fácticas⁸⁴⁶. Ahora bien, si el conocimiento de la relevancia social es exigible parece que la capacitación técnica del autor del crimen para realizar el juicio de valor de que se trate requeriría que el autor material fuese consciente de la concurrencia del elemento normativo (por ejemplo la formación médica del autor del crimen de esterilización forzosa consistente en “privar de la capacidad de reproducción biológica”⁸⁴⁷).

Como consecuencia, las exigencias cognitivas de los elementos contextuales de los crímenes de guerra contenidas en los EC responden al esquema que se expone a continuación. Con relación a las personas o bienes protegidos: (i) se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen la protección de la persona o bienes afectados; (ii) no se exige, sin embargo, el conocimiento de la nacionalidad de la persona afectada sino simplemente su alianza o pertenencia a la parte adversa; y (iii) no se exige que el autor realice ningún juicio de valor normativo sobre el carácter de persona o bien protegido.

Con respecto de la relación del crimen cometido con un conflicto armado: (i) se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado; (ii) se exige el conocimiento de las circunstancias que determinan la producción del crimen en el contexto y en relación con el conflicto armado; y (iii) no se exige que el autor realice ningún juicio de valor normativo sobre la existencia o no de un conflicto armado. Por otra parte, dado su carácter

846.ESER, A., *Mental Element...*, p. 925

847.Ver art 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER y sus respectivos elementos de los crímenes.

jurisdiccional, no existe ninguna exigencia cognitiva en relación con la calificación jurídica, ni en relación con las circunstancias de hecho en que se base dicha calificación, del carácter internacional o no internacional del conflicto armado. Como tampoco existe ningún tipo de exigencia cognitiva sobre los elementos contextuales de carácter jurisdiccional referidos al umbral de gravedad necesario para que la Corte ejercite su jurisdicción material.

III.2.6. Causas eximentes de responsabilidad penal

El sistema de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal encontrado en el ER responde al derecho continental, en cuanto que distingue entre las circunstancias sustantivas que excluyen la responsabilidad penal (eximentes) y aquellas otras circunstancias procesales de las que se hace depender la perseguibilidad de un crimen. Ahora bien, aquí acaba la influencia del derecho continental en cuanto que se incluyen en una sola categoría, sin distinción alguna, las causas de justificación, las causas de exculpación y las condiciones objetivas de punibilidad.⁸⁴⁸

En materia de eximentes, y contrariamente a lo que pudiera parecer en un primer momento, el art. 31 ER tiene una función supletoria en cuanto que recoge aquellas eximentes que no han sido recogidas en otras disposiciones del ER, tales como el desistimiento⁸⁴⁹, la minoría de 18 años⁸⁵⁰, el error de he-

848.ESER, A., *Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Ed. Triffterer, O.), Nomos, 1999, p. 539.

849.Art. 25.3(f) ER.

850.Art. 26 ER.

cho⁸⁵¹, el error de derecho⁸⁵² y las órdenes superiores y disposiciones legales⁸⁵³. Así, el art. 31.1 ER recoge expresamente otras cinco eximentes: enfermedad o deficiencia mental, intoxicación, defensa propia o de tercero, defensa de propiedad en crímenes de guerra, y coacción.

Como ESER ha señalado, el ER muestra una reserva general a excluir responsabilidad penal por errores, ya sean de hecho, ya sean de derecho⁸⁵⁴, lo que ha sido debido a las grandes diferencias a nivel nacional en la construcción de los errores de hecho y de derecho y al carácter particularmente grave de los crímenes sobre los que la Corte ejerce su jurisdicción.⁸⁵⁵ Conforme al art. 32 ER, los errores de hecho y de derecho sólo son relevantes si excluyen el elemento subjetivo del tipo objetivo que, salvo excepción expresa en la definición del crimen de que se trate, consiste en el dolo. Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en ciertos sistemas nacionales, el carácter vencible o invencible de los errores de hecho o de derecho no tiene ninguna relevancia, actuando en ambos casos como circunstancias eximentes dado que eliminan el dolo que genéricamente se exige como elemento subjetivo del tipo.

851. Art. 32.1 ER. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Los Principios Generales de Derecho Penal...*, p. 439-440, critican “la utilización de la ya superada terminología (error de hecho y error de derecho), abandonada por la legislación, jurisprudencia y doctrina penal modernas”. Aunque algunos la han llegado a denominar como “una distinción propia del paleolítico superior superada hace tiempo por la ciencia del derecho penal” (RODRIGUEZ -VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Los Principios Generales de Derecho Penal...*, p. 440, citando a SCHABAS, W.A., *Principios Generales de Derecho Penal*, en *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, ed. K. Ambos/ O.J. Guerrero, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 311-312).

852. Art. 32 .2 ER.

853. Art. 33 ER.

854. ESER, A., *Mental Elements...*, pp. 934-935.

Conforme a la restrictiva definición contenida en el art. 32 ER, sólo los errores de hecho sobre la concurrencia de los elementos objetivos del tipo eximen de responsabilidad penal, aunque los errores de identidad sólo tendrán carácter relevante si las personas u objetos confundidos no pertenecen a la misma categoría en términos de la definición del delito. Por su parte, los errores de hecho sobre la concurrencia de las circunstancias fácticas de las que dependen las causas de justificación (como la legítima defensa subjetiva), o exculpación (como la creencia de que la amenaza era de muerte o de lesiones graves), o las condiciones objetivas de punibilidad, son irrelevantes a los efectos del art. 32 ER. Aunque como veremos más adelante podrían alegarse conforme al art. 31.3 ER como “otras circunstancias eximentes”.

La definición de los errores de derecho en el art. 32.2 ER es todavía más restrictiva en cuanto que, además de condicionarla a la negación del elemento subjetivo del tipo, excluye expresamente el error vencible o invencible de prohibición acerca de si un determinado comportamiento constituye un crimen sobre el cuál la Corte tiene jurisdicción. Como consecuencia, la restrictiva definición de los errores de derecho en el ER condiciona su aplicabilidad a los errores sobre la apreciación de la relevancia social para el hombre medio de las circunstancias fácticas que sirven de base a todo elemento normativo del tipo objetivo.⁸⁵⁶ Ahora bien, como ya hemos señalado, la jurisprudencia de la Corte deberá decidir si en relación con los elementos normativos, el conocimiento de las circunstancias fácticas que están en su base es suficiente, o si además se exige la apreciación de la relevancia social para el hombre medio de tales circunstancias. Sólo en este último caso los

855.Idem.

856.Ibíd, p. 941.

errores de derecho definidos en el art. 32.2 ER serían operativos.

En todo caso, es importante señalar que los errores de derecho sobre las causas de justificación (creencia de que el concepto de legítima defensa es más amplio de como se define en el Art. 31.1(c) ER), o exculpación (creencia de que la coacción prevista en el Art. 31.1(d) ER se extendía a males menos graves), o sobre las condiciones objetivas de punibilidad (error sobre la irrelevancia del cargo oficial) son irrelevantes a los efectos del art. 32.2 ER.⁸⁵⁷ Aunque podrían alegarse como “otras circunstancias eximentes” conforme al art. 32.2 ER.

El art. 33 ER establece, sin embargo, una excepción a la exclusión expresa del error de prohibición, acerca de si un determinado comportamiento constituye un crimen sobre el cuál la Corte tiene jurisdicción. Se trata de los supuestos de comisión de un crimen de guerra⁸⁵⁸ en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que el autor material se encuentre obligado a cumplir por ley, en los que, no siendo la orden manifiestamente ilícita, el autor realiza el comportamiento típico sin conocer su ilicitud.⁸⁵⁹

857.Siendo consciente de los problemas que la definición restrictiva de los errores de hecho o de derecho pueden plantear, ESER propone la aplicación extensiva *pro reo* de estas circunstancias eximentes en relación, al menos, con las causas de justificación (ESER, A., *Mental Elements*..., pp. 944-945), teniendo particularmente en cuenta la discrecionalidad con que las mismas pueden construirse como elementos negativos del tipo objetivo o como causas de justificación.

858.La eximente del art. 33 no es aplicable a genocidio o delitos de lesa humanidad puesto que el art. 33.2 ER establece una presunción *iure et de iure* de que las órdenes de cometer tales delitos son manifiestamente ilícitas.

859.Ver sobre este punto RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Principios Generales del Derecho Penal*..., pp. 433 y 434.

La exclusión de órdenes manifiestamente ilícitas, parece restringir el alcance de esta excepción a supuestos de error de prohibición invencible; si bien la jurisprudencia de la Corte deberá decidir si la presunción de legalidad de que disfrutaban las órdenes cuyo cumplimiento es obligatorio, por ley permitirá incluir también supuestos de error de prohibición vencible cuando las órdenes no fueran manifiestamente ilícitas.

Como hemos señalado, el art. 31.1 ER incluye expresamente cinco circunstancias eximentes adicionales. La primera se refiere al padecimiento de enfermedad o deficiencia mental en el momento de llevar a cabo la conducta prohibida. El art. 31.1(a) ER parece exigir el padecimiento de una enfermedad o deficiencia mental de carácter prolongado en el tiempo que produzca la privación de la capacidad para apreciar la licitud de la conducta o su naturaleza, o para controlar la conducta⁸⁶⁰. Se excluirían, por tanto, deficiencias de carácter físico que afecten a la capacidad intelectual o volitiva, trastornos mentales transitorios, o supuestos de disminución de capacidad que podrán, en su caso, invocarse bien como “otras eximentes” conforme al art. 31.3 ER, bien como circunstancias atenuantes de la pena en su condición de eximentes incompletas.

El art. 31.1(b) ER recoge como circunstancia eximente el estado de intoxicación en el momento de realización de la conducta prohibida, siempre que sea causado por el consumo de una sustancia externa (por ejemplo drogas o alcohol) y que prive de la capacidad para apreciar la ilicitud de la conducta o su naturaleza, o para controlar la conducta. Se exige también que la intoxicación haya sido involuntaria o, en caso de

860. En el mismo sentido, ESER, A., *Art. 31. Grounds for excluding criminal responsibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. Triffterer, O.), Nomos, 1999, p. 541.

que fuese voluntaria, que tanto se haya producido sin conocimiento del riesgo de cometer o verse envuelto en la comisión de un crimen sobre el que la Corte tiene jurisdicción, como que dicho riesgo no fuese objetivamente muy elevado, de manera que superase lo socialmente permisible. Por lo tanto, se excluyen supuestos de actuación en estado de excitación o aceleración no debidos a la consumición de sustancias externas que puedan provocar efectos similares, así como supuestos de disminución de capacidad, los cuales podrán, en su caso, invocarse bien como “otras eximentes” conforme al art. 31.3 ER, bien como atenuantes de la pena en su condición de eximentes incompletas.

El art. 31.1(c) ER recoge tanto la defensa propia o de un tercero, como la defensa de la propiedad en crímenes de guerra⁸⁶¹. La primera exige el objetivo uso inminente e ilícito de la fuerza contra el autor o un tercero, de manera que el comportamiento típico debe desarrollarse inmediatamente antes o durante tal uso ilícito de la fuerza. En este punto, la jurisprudencia de la Corte deberá resolver si la expresión “uso ilícito de la fuerza” se refiere únicamente a la fuerza física o incluye también una agresión psicológica tal como la coerción producida a través de amenazas. Por otra parte, el comportamiento típico debe ser una respuesta razonable, en el sentido de idónea y necesaria para evitar el peligro o repeler la agresión; y tiene que tener un carácter proporcional al grado de peligro para el autor o tercero que dependerá de la inminencia o intensidad de la fuerza. Como consecuencia, pareciera que la muerte del agresor debería limitarse a supuestos de prevención de homicidio o agresión física seria. La aplicación de esta causa de justificación, exige también el conocimiento de

861.El art. 31.1(c) ER limita expresamente la aplicación de esta causa de justificación a los crímenes de guerra.

que se está respondiendo de manera adecuada, necesaria y proporcionada a un uso inminente e ilícito de la fuerza, sin que se exija la intención específica de actuar primariamente a los efectos de evitar el peligro o repeler la agresión. La ausencia de este conocimiento impide, por tanto, la aplicación de esta causa de justificación⁸⁶².

La causa de justificación, en relación con los crímenes de guerra de defensa de la propiedad, exige un uso inminente e ilícito de la fuerza contra un bien esencial para la supervivencia del autor o de un tercero, o para la realización de una misión militar. Como en el supuesto anterior, el comportamiento típico debe haberse realizado inmediatamente antes o durante tal uso ilícito de la fuerza, y debe constituir una respuesta idónea y necesaria para evitar el peligro o repeler la agresión. Así mismo, debe constituir una respuesta proporcionada al grado de peligro determinado por la inmediatez e intensidad de la fuerza utilizada, lo que hace, cuando menos, dudosa su aplicabilidad en caso de que dicha respuesta tome la forma de la muerte del agresor. La aplicación de esta causa de justificación también requiere el conocimiento de que se está respondiendo de manera adecuada, necesaria y proporcionada a un uso inminente e ilícito de la fuerza, sin que se exija la intención específica de actuar primariamente a los efectos de evitar el peligro o repeler la agresión.

A los efectos de evitar una extensión indebida de las causas de justificación previstas en el art. 31.1(c) ER, el inciso

862. Como RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Principios Generales de Derecho Penal...*, p. 424, ha señalado, “el término ‘en defensa’ ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia en el sentido de que es exigible en esta causa de justificación, un especial ‘ánimo defensivo’ (*animus defenssionis*), elemento subjetivo que resulta esencial para la apreciación de la eximente”.

final de dicha disposición prevé expresamente que “el hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de combate de defensa, no bastará para constituir una circunstancia eximente de responsabilidad penal, de conformidad con el presente estatuto”.

Finalmente, el art. 31.1(d) ER recoge, bajo el nombre de *coacción*, una causa de exculpación que mezcla elementos del estado de necesidad y del miedo insuperable, tal y como son entendidos en el ordenamiento jurídico español⁸⁶³. Esta causa de exculpación exige la existencia de una amenaza de muerte o lesión grave inminente o de persistencia en la producción de una lesión grave, para el autor o una tercera persona. La amenaza puede venir de una tercera persona o de circunstancias ajenas al control del autor, como fuerzas naturales o amenazas físicas, y debe generar un peligro real, inminente y serio, siendo indiferente si el uso de la fuerza que amenaza es lícito o ilícito, y excluyéndose supuestos en que la amenaza resulta de una situación provocada voluntariamente por el autor. Elemento clave de esta causa de exculpación es que el autor realice el comportamiento típico bajo coacción, es decir, cediendo a la presión psicológica de la amenaza, a los efectos de evitar el resultado amenazado. Se exige que el autor haya sucumbido a una presión psicológica que objetivamente supere la exigencia media de soportar males y peligros,

863. En opinión de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Principios Generales de Derecho Penal...*, pp. 429-430, “la inclusión en el Estatuto de esta eximente constituye una rectificación clamorosa del polémico criterio seguido por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso *Erdemovic* (Case IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997) que excluyó la coacción como eximente en materia de crímenes de lesa humanidad. Realmente el Estatuto, en este aspecto, ha dado un paso decisivo en la ciencia del Derecho Penal Internacional, superando criterios tributarios de sus orígenes, bien ajenos a nuestro sistema romano-germánico”.

así como, en su caso, el nivel especial de exigencia media requerido para personas de su profesión (por ejemplo superiores militares, soldados...).

La coacción del art. 31.1(d) ER exige también que el comportamiento típico sea objetivamente idóneo y necesario para evitar el resultado amenazado. El término “razonable” exige también que el comportamiento típico no sea completamente desproporcionado al resultado amenazado, aunque no se recoge exigencia objetiva alguna de que el mismo cause un mal objetivamente inferior o igual al mal amenazado. Desde un plano subjetivo, esta causa de exculpación requiere conocimiento de que se está respondiendo de manera adecuada, necesaria y no completamente desproporcionada, a la amenaza de uso inminente de fuerza mortal o gravemente lesiva. Se exige también que el sujeto no tenga la intención de causar un daño mayor del que se propone evitar, si bien queda para la jurisprudencia de la Corte la determinación de si es también exigible la existencia de un propósito primario de actuar para evitar el resultado amenazado⁸⁶⁴.

864. Como resultado de esta regulación, no quedará más remedio que acudir al art. 31.3 ER para invocar como causa de justificación en calidad de “otra eximente” los supuestos de estado de necesidad, incluida la necesidad militar, que al cumplir con los siguientes requisitos queden al margen de la coacción del art. 31.1(d) ER: (i) situación objetiva de necesidad para el autor o una tercera persona, independientemente de su origen lícito o ilícito; (ii) ausencia de provocación voluntaria de la situación objetiva de necesidad; (iii) ausencia de obligación legal de soportar el mal amenazado; (iv) idoneidad y necesidad de la respuesta; y (v) superioridad o igualdad objetiva del mal evitado con respecto del mal causado.

Igualmente, se tendrá que acudir al art. 31.3 ER para alegar como causa de exculpación en calidad de “otra eximente” los supuestos de miedo insuperable que al cumplir con los siguientes requisitos queden al margen de la coacción del art. 31.1(d) ER: (i) existencia de una

Como venimos señalando, además de las circunstancias eximentes expresamente recogidas en el ER, el art. 31.3 ER deja abierta la posibilidad de invocar en un caso concreto cualquier otra circunstancia que no esté dentro de los confines de las arriba mencionadas y que sea aceptada como circunstancia eximente en el derecho internacional de los conflictos armados, en el derecho interno de los principales sistemas jurídicos del mundo, o en el derecho interno de los estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen. Las únicas excepciones son la improcedencia del cargo oficial⁸⁶⁵ y el error vencible o invencible de derecho, acerca de si un determinado comportamiento constituye un crimen sobre el cual la Corte tiene jurisdicción, que son expresamente excluidas como eximentes por el ER.

Respecto de estas “otras eximentes”, el art. 31.3 ER deja a la discrecionalidad de la Sala competente, su rechazo o aceptación como eximente o como circunstancia atenuante, en cuanto que eximente incompleta en el caso concreto en que sean invocadas. Entre aquellas que cabe encontrar en el derecho internacional de los conflictos armados se pueden citar el consentimiento de la víctima, la necesidad militar, la seguridad de la población civil, los trabajos que pueden exigirse de la población civil o de los prisioneros de guerra, el interés de la víctima, el carácter terapéutico o justificación médica del tratamiento, los actos de hostilidad, el intento de fuga, o la

amenaza para el autor que genera un riesgo serio, real e inminente, pero no necesariamente de muerte o lesiones graves; (ii) presión psicológica para el autor, derivada de dicha amenaza que supere la exigencia media de resistencia a la misma; (iii) realización del comportamiento típico a causa de la influencia psicológica derivada de la amenaza (miedo subjetivo que causa el comportamiento típico y es la clave de la excusa); y (iv) ausencia de necesidad o proporcionalidad de la respuesta.

resistencia a la ocupación. Por su parte, también los derechos internos recogen un buen número de eximentes al margen de aquellas expresamente previstas en el ER, entre las que se pueden destacar los conflictos de intereses, el estado de necesidad, el miedo insuperable, las deficiencias físicas que afecten a la capacidad intelectual o volitiva, los trastornos mentales transitorios, los supuestos de actuación en estado de excitación o aceleración no debidos a la consumición de sustancias externas que puedan producir efectos similares a la intoxicación alcohólica o drogadicción, el error de hecho invencible sobre los elementos objetivos de las causas de justificación o de exculpación o de las condiciones objetivas de punibilidad, y el error de derecho invencible sobre el carácter criminal del comportamiento típico, sobre la existencia de causas de justificación o de exculpación, o sobre la existencia de condiciones objetivas de punibilidad.

III.2.7. Apunte final: el papel principal de las jurisdicciones nacionales en la persecución penal de los crímenes de guerra

La creación de la Corte Penal Internacional no afecta al papel principal de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra, sino que por el contrario, lo refuerza⁸⁶⁶. Así, desde una perspectiva sustantiva, la eficacia de la función preventiva de la normativa penal contenida en el ER y de la actuación del principio de legalidad penal recogido en los arts. 22 a 24 ER requiere en

865.Art. 27 ER.

866.OLÁSULO, H., Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad...., pp. 60-61.

gran medida la adopción en las legislaciones internas de los tipos penales contenidos en el ER. Ello es consecuencia lógica de la estructura de la norma penal conforme a la cuál la amenaza de sanción penal en caso de violación del bien jurídico protegido se dirige a individuos, de manera que, al margen de los esfuerzos educativos sobre el contenido de la norma, la cercanía de la fuente normativa al individuo constituye un factor muy relevante en el conocimiento de su contenido y, por tanto, en la eficacia de su función preventiva.

Por otra parte, la claridad del mensaje enviado por la norma penal constituye a su vez un factor esencial en su eficacia preventiva, así como en la realización de las garantías fundamentales derivadas del principio de legalidad penal. Esta claridad se transformaría inevitablemente en confusión, no importa la simplicidad con que las normas contenidas en el ER hayan sido redactadas, si el individuo percibe que los mensajes enviados por la normativa interna y la internacional no se corresponden. Por esa razón, el ER se construye sobre la afirmación de la obligación de cada Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales⁸⁶⁷, lo que presupone la obligación previa de incorporarlos en sus respectivas legislaciones internas; particularmente teniendo en cuenta las exigencias internas derivadas del principio de legalidad penal y del carácter no auto-ejecutivo de incluso aquellas normas penales internacionales más precisas como las relativas a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra o de su Protocolo Adicional I⁸⁶⁸.

867. Párrafo sexto del Preámbulo del ER. Ver sobre este punto, OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional...*, pp. 80-82.

868. Como PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción...*, p. 91, ha señalado en relación con el derecho español: "Aún cuando las obligaciones de comportamiento en los tratados en que se contiene el Derecho internacional humanitario son autoejecutivas, no ocurre lo propio con

Pero el ER también pretende reforzar la eficacia de la sanción a nivel nacional de los crímenes de guerra desde un punto de vista jurisdiccional. Así, crea un órgano jurisdiccional internacional de carácter permanente que complementa a las jurisdicciones nacionales y las incentiva a ejercer su jurisdicción sobre los sub-tipos recogidos en el Art. 8 del ER⁸⁶⁹. En efecto, el ER no pretende en ningún caso sustituir a las jurisdicciones nacionales en la sanción de los crímenes de guerra, sino que, por el contrario, las complementa desde diversas perspectivas⁸⁷⁰.

En primer lugar, el nacimiento de la Corte no impide que las jurisdicciones nacionales continúen actuando como la única instancia para la sanción de crímenes de guerra, cuando la Corte no tenga jurisdicción material, personal, temporal o territorial sobre los mismos⁸⁷¹. Esto sucederá en supuestos de comportamientos criminalizados por el derecho internacional

otras, generalmente de resultado, como las que imponen a las Partes en aquellos instrumentos el deber, que estas asumen, de adoptar medidas para la difusión de la normativa humanitaria o para prevenir en su legislación penal la conminación, con sanciones adecuadas de aquella índole, de las infracciones graves de tal normativa. En consecuencia, respecto a las cláusulas de aquellos tratados que no puedan estimarse autoejecutivas, como claramente lo es la ateniende a la obligatoriedad de sancionar penalmente los crímenes de guerra, su aplicación o puesta en práctica en el Derecho interno español requiere de lo que se ha llamado derecho interno internacionalmente indispensable, esto es, de la adopción y publicación de leyes u otras disposiciones de rango inferior que las complementen y desarrollen”.

869.ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Universal*, en *Crímen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, eds. M. García Arán/D. López Garrido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 258.

870.OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure...*, pp. 132-134.

871.En el mismo sentido, PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción...*, p. 75.

de los conflictos armados pero no tipificados en el ER⁸⁷², así como en situaciones en las que, ausente una remisión del Consejo de Seguridad, los crímenes de guerra han sido presuntamente cometidos en el territorio, y por nacionales, de Estados no Parte⁸⁷³. Este escenario también podrá generarse cuando los Estados Partes hagan uso de la moratoria de siete años prevista en el art. 124 ER.

En segundo lugar, la creación de la Corte no obsta para que las jurisdicciones nacionales continúen siendo la principal, sino la única, instancia para la sanción de crímenes de guerra aislados, no cometidos conforme a un plan o política o en gran escala. Esta es la consecuencia de los elementos contextuales de carácter jurisdiccional referidos al umbral de gravedad necesario para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción material sobre los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2 ER, lo que se une al test de gravedad que, como ya hemos señalado, cada uno de los crímenes de guerra incluidos en el art. 8.2 ER ha superado *a priori*. Este umbral de gravedad está constituido por dos elementos. En primer lugar, ya el propio art. 8.1 ER, reconociendo las limitaciones materiales de la Corte, se refiere a que “la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.” A lo que hay que añadir el requisito de la “suficiente gravedad” de los crímenes para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción de conformidad con el art. 17.1(d) ER.

872. Sirva como ejemplo la infracción grave del art. 85.3 del Protocolo Adicional I de demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra o civiles.

873. Arts. 11 y 12 ER. Sin embargo, sí tendrá jurisdicción, si los Estados no Parte afectados realizan la declaración prevista en el art. 12.3 ER y en la regla 44 RPP.

Es necesario tener también en cuenta que estos dos elementos que conforman el umbral de gravedad de los crímenes de guerra, deben aplicarse primero con respecto a conflictos armados o situaciones de crisis en su conjunto, durante el proceso de activación de la jurisdicción de la Corte, y sólo con posterioridad con respecto a aquellos incidentes específicos que constituyan la base de una orden de arresto o de comparecencia contra uno o varios individuos determinados⁸⁷⁴. Este es el resultado de la configuración del proceso de activación recogido en los arts. 13, 14, 15, 18 y 53 (1),(3) y (4) ER como un proceso previo y autónomo con respecto al proceso penal ante la Corte, con un objeto, unas partes y un procedimiento propios, y dirigidos a la determinación de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen los conflictos armados o situaciones de crisis para los que se activa la jurisdicción de la Corte⁸⁷⁵. Sólo activada la jurisdicción de la Cor-

874.OLASOLO, H., The Triggering Procedure...., pp 130-131.

875.Los parámetros personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de los TPIY y TPIR han sido precisamente definidos por el órgano político que los creó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En realidad, debido a que han sido creados para conocer de los delitos cometidos en “situaciones” de crisis particulares, ambos Tribunales han sido caracterizados como Tribunales *ad hoc*. Por el contrario, los Estados Partes del ER no han definido, con el mismo grado de precisión, la jurisdicción de la Corte. Así, la Corte es definida en los arts. 1, 5, 11 y 12 ER como una institución de carácter permanente que podrá ejercitar su jurisdicción sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, cometidos en “situaciones” de crisis o conflictos armados que se produzcan tras la entrada en vigor del ER en el territorio de: (i) un Estado Parte; o (ii) cualquier Estado, si los delitos han sido presuntamente cometidos por los nacionales de un Estado Parte, o si la Corte actúa a instancia del Consejo de Seguridad. Como resultado de la diferencia significativa entre los TPIY y TPIR, y la Corte, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53(1), (3) y (4) ER han creado un proceso de activación dirigido a la determinación de los ámbitos personal, territorial y temporal que definen las

te con respecto a un cierto conflicto armado o situación de crisis, se procederá a su investigación, de conformidad con los arts. 54 *et seq.* ER. Posteriormente, cuando, como consecuencia de la existencia de motivos razonables de criminalidad, se dicte conforme al art. 58 ER una orden de arresto o comparecencia contra uno o varios individuos por la presunta comisión de ciertos delitos en los incidentes en ella reflejados, nacerá *stricto sensu* un proceso penal cuyo objeto, por seguir la terminología del ER, estará formado por “casos” o “asuntos” en lugar de “situaciones”⁸⁷⁶.

En consecuencia, la aplicación conforme a los arts. 15 y 53.1 ER y la regla 48 RPP de los dos elementos del umbral de gravedad de los crímenes de guerra arriba señalados a conflictos armados en su conjunto para determinar si procede o no la activación de la jurisdicción de la Corte tendrá, en nuestra opinión, como efecto que se excluya la activación de la jurisdicción de la Corte, con respecto a aquellos conflictos armados donde, a lo sumo, se pueda establecer la existencia de

“situaciones” de crisis o conflictos armados con respecto a las cuales la Corte va a ejercitar su jurisdicción. Así, los arts. 11 y 12 ER atribuyen a la Corte una amplia jurisdicción personal, temporal y territorial que se encuentra desactivada (*jurisdicción en abstracto*) y que se activa con respecto a una determinada “situación” de crisis o conflicto armado a través del proceso de activación (*jurisdicción en concreto*). Ver sobre esta cuestión el minucioso análisis contenido en OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional...*, pp. 105-117 y 391-403.

876. OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio...*, pp. 57-59. Por lo tanto, mientras el proceso de activación tiene por objeto pretensiones de activación referidas a “situaciones” de crisis o conflictos armados, y por partes a la Fiscalía, a los Estados afectados, y, en su caso, al Consejo de Seguridad y al Estado Parte que ejercitó la acción de activación, el proceso penal ante la Corte tiene por objeto pretensiones punitivas a las que el ER se refiere utilizando los términos “caso”, “causa” o “asunto”, y por partes a la Fiscalía y a las personas investigadas y enjuiciadas.

fundamentos razonables para creer que, de manera aislada, pudiera haberse cometido algún crimen de guerra. En efecto, tanto la configuración de la Corte como una instancia jurisdiccional de *ultima ratio* cuya actividad se circunscribe a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional⁸⁷⁷, como los varios umbrales de gravedad que tanto *a priori* como *a posteriori* se recogen en el ER, parecen requerir que para la activación de la jurisdicción de la Corte, con respecto a un conflicto armado, se establezca como mínimo la existencia de un fundamento razonable para creer que se han producido crímenes de guerra en el mismo, de manera sistemática (de acuerdo a un plan o política) o generalizada (a gran escala).

Posteriormente, cuando la Fiscalía solicite la emisión de una orden de arresto o de comparecencia, los dos elementos del umbral de gravedad de los crímenes de guerra tendrán que volver a aplicarse, si bien en esta ocasión, no en relación con un conflicto armado en su conjunto, sino en relación con los incidentes específicos que se encuentren a la base de la petición de la Fiscalía. Surge, por tanto, la cuestión de la necesidad o no de probar, en este momento procesal, la existencia de un plan o política, o la comisión de crímenes a gran escala, del que los incidentes de que se trate formen parte. En principio, los arts. 8.1 ER y 17.1(d) ER no parecen requerir *stricto sensu* la prueba de la inclusión de los incidentes específicos de que se trate, en una dinámica de sistematicidad o de generalidad en la comisión de crímenes de guerra. Sin embargo, parece innegable que dicha inclusión será la mejor prueba para demostrar la “suficiente gravedad” de dichos incidentes, si bien no se puede descartar, *a priori*, la existencia de otras vías para

877.OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional...*, p. 81.

superar el umbral de gravedad en relación con un caso concreto⁸⁷⁸.

En consecuencia, y como se dijo en un principio, parece que las jurisdicciones nacionales continuarán constituyendo la única instancia para sancionar los delitos que se pudiesen cometer en operaciones puntuales de carecer aislado, tales como el bombardeo de un tren de pasajeros al intentar destruir un puente sobre el que pasa una línea férrea o en casos muy esporádicos de vejaciones de prisioneros de guerra. Además, la jurisprudencia de la Corte deberá resolver si otras prácticas, de carácter más general, superan el umbral de gravedad previsto en el ER.

En tercer lugar, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que sólo conocerá de los crímenes de guerra cometidos en un determinado conflicto armado si, conforme al art. 17 ER, las jurisdicciones nacionales afectadas: (i) no llevan a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción *a priori*); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin razón técnica que lo justifique (inacción *a posteriori*); (iii) no tienen la infraestructura judicial necesaria

878. En este mismo sentido parece pronunciarse, PIGNATELLI Y MECA, F. *La sanción...*, pp. 74-75, cuando afirma: “Las alternativas que los principios de que se trata suponen, son plenamente compatibles, y aun accesorias o conexas, pues, de un lado, para aquellos crímenes de guerra que no alcancen o reúnan los requisitos o criterios alternativos de la comisión como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes a que se hace referencia en el artículo 8.1 del Estatuto de la CPI, es obvio que la sanción en sede nacional, para la que resulta determinante el principio de justicia universal, resulta, en principio, y dejando a salvo la excepción dimanante de la gravedad suficiente, determinante de una resolución de no inadmisibilidad ex artículo 17.1 d) del Estatuto de la CPI, la única posible...”.

para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carece de ella (incapacidad); o (iv) no tienen la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición).⁸⁷⁹ Por lo tanto, incluso en relación con aquellos crímenes de guerra, respecto de los cuales concurren los requisitos contextuales materiales y jurisdiccionales previstos en el ER, la función principal de la Corte es de seguimiento de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, de manera que sólo le corresponderá pasar a un primer plano en la investigación y enjuiciamiento de tales crímenes, cuando las jurisdicciones nacionales no cumplan con los requisitos previstos en los arts. 17 y 20 ER⁸⁸⁰.

Como resultado de la configuración de la Corte como un *órgano jurisdiccional de vigilancia y control* de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, el ER pretende reforzar los sistemas nacionales de sanción de crímenes de guerra a través del incentivo que supone la amenaza de que su inactividad provocará la actividad de la Corte⁸⁸¹. Al mismo tiempo, la función de supervisión atribuida a la Corte, servirá para legitimar implícitamente a las actuaciones nacionales que superen los criterios previstos en los Art. 17 y 20 del ER⁸⁸². Este

879.OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure...*, 132.

880.OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio...*, p. 61.

881.OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional...*, p. 232.

882.Como ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización...*, p. 261, ha señalado: "En ello radica, sin duda, la gran aportación del Estatuto: garantizar plenamente que el enjuiciamiento de los más graves crímenes de trascendencia internacional puede llevarse a efecto, bien sea por la intervención de los tribunales nacionales que actuaría aplicando reglas del principio de jurisdicción universal, bien sea por la intervención de la Corte cuando la primera fórmula no sea posible o adecuada".

espaldarazo a las actuaciones nacionales se presenta particularmente relevante a la luz de la importancia que el principio de justicia universal juega en la investigación y persecución de los crímenes de guerra⁸⁸³.

En cuarto lugar, el art. 53.1(c) y 2 (c) ER atribuye a la Fiscalía, bajo el control de la Sala de Cuestiones Preliminares, conforme al art. 53.3 ER, una amplia oportunidad política, no reglada en relación tanto con la activación de la jurisdicción de la Corte con respecto de un determinado conflicto armado, como con la solicitud de iniciación formal del proceso penal mediante la emisión de una orden de arresto o comparecencia⁸⁸⁴. En consecuencia, se precisa que no existan otras razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad de la actividad criminal y los intereses de las víctimas, la actuación de la Corte no redundaría en interés de la justicia. Entre estas razones se podría incluir el efecto desestabilizador que la Corte pudiera puntualmente producir

883. En relación con los crímenes de guerra, el principio de jurisdicción universal se recoge en el art. 49 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra); art. 50 del Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra); art. 129 del Convenio de Ginebra Relativo al Trato de Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra); art. 146 del Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra); y art. 85.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, concluido en Ginebra el 8 de Junio de 1977. Para un detallado análisis de la aplicación del principio de jurisdicción universal en el derecho interno español, en relación con los crímenes de guerra, ver PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción...*, pp. 76-85

884. Sobre el principio de oportunidad política no reglada en el marco del ER, ver OLÁSULO, H., *The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations...*, p. 110 *et seq.*

en procesos de negociación de paz o de transición democrática, lo que podría aconsejar retrasar la intervención de la Corte⁸⁸⁵. En estas situaciones, la imprescriptibilidad de los crímenes sobre los que la Corte tiene jurisdicción haría posible este aplazamiento sin que con ello se estuviese necesariamente favoreciendo la impunidad de sus presuntos autores⁸⁸⁶. Además, dadas las limitaciones materiales de la Corte, la Fiscalía ha afirmado desde un principio que pretende utilizar la discrecionalidad que le atribuye el Art. 53(2) ER para promover el ejercicio de la acción penal contra los responsables últimos de la comisión de aquellos crímenes de guerra con respecto de los que concurren las circunstancias contextuales materiales y jurisdiccionales previstas en el ER⁸⁸⁷. Por lo tanto, una vez más, las jurisdicciones nacionales continuarán actuando como instancia única para conocer de aquellos crímenes de guerra de los que la Corte no conozca, en virtud del principio de oportunidad política no reglada, y particularmente aquellos cuyos autores sean rangos intermedios o bajos en sus respectivas organizaciones.

885.En esta misma línea parecen definirse los poderes de suspensión temporal de las actuaciones de la Corte, atribuidos al Consejo de Seguridad en virtud del art. 16 ER. Por ello, pareciera que su ejercicio debería limitarse a evitar que la actuación de la Corte en un momento dado pudiera restar eficacia a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad, de conformidad con los poderes que le han sido conferidos por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para restablecer la paz y seguridad internacionales y poner fin a los actos de agresión.

886.Art. 29 ER.

887.Como la Fiscalía ha señalado en su llamado "*policy paper*": "The global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints port a preliminary recommendation that, as a general rule, the Office of the Prosecutor focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes" (ver,http://www.icc-cpi.int/otp/otp_policy.html).

III.3. Aspectos Prácticos Relativos al Análisis de Proporcionalidad en las Operaciones de Combate⁸⁸⁸

III.3.1. Introducción

Entendemos por ataques desproporcionados aquellos “actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”⁸⁸⁹ específicamente dirigidos contra objetivos militares que se prevé que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener de los mismos⁸⁹⁰. A pesar de que el art. 51(5)(b) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (PA I) no los trata autónomamente, sino que los considera como una subcategoría más de los ataques indiscriminados, entendemos que los ataques desproporcionados- en cuanto que dirigidos contra un objetivo militar concreto-son perfectamente

888.Publicado en el libro *Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario*, Prieto Sanjúan, R.A. (Ed.) Pontificia Universidad Javeriana / Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 2007, pp. 157-198.

889.La reciente Sentencia de Apelación del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafo 47) ha ratificado la definición contenida en el art. 49(2) PA I conforme a la cual “se entienden por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

890.Art. 51(5)(b) PA I.

distinguibles, tanto de los ataques dirigidos contra personas⁸⁹¹ o bienes civiles⁸⁹², como de los ataques indiscriminados entendi-

891.El art. 51(1),(2), (6) y (7) PA I establece que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, que no serán objeto de ataque, de represalias o de actos o amenazas de violencia, cuya finalidad principal sea aterrorizarlos, y que su presencia o movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertas zonas o puntos - en particular objetivos militares- a cubierto de operaciones militares del enemigo, ni para favorecer u obstaculizar operaciones militares propias. Además, el art. 50(1) y (3) PA I prevé que la presencia entre la población de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil, no priva a esa población de su calidad de civil y en caso de duda acerca de la condición de una persona como civil, se la considerará como civil.

Aunque el principio de distinción ha tenido un menor desarrollo en la normativa convencional que regula los conflictos armados de carácter no internacional, el art. 13(1) del Protocolo II Adicional (PA II) señala que la población civil y las personas civiles gozarán de una protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y el art. 13(2) PA II impone a las partes contendientes la obligación de no hacer objeto de ataque a la población civil como tal, ni a las personas civiles, y de no llevar a cabo actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Si bien, el art. 13(3) PA II deja fuera de dicha protección a las personas civiles que participen directamente en las hostilidades durante el tiempo que dure su participación en las mismas.

892.El art. 52(1) y (3) PA I prevé que los bienes de carácter civil, es decir todos aquellos que no son objetivo militar de acuerdo con el art. 52(2) PA I, no serán objeto de ataque ni de represalias y que en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles- como por ejemplo lugares de culto, escuelas o viviendas- se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal finalidad. Además, los arts. 53 a 56 PA I desarrollan esta disposición mediante la prohibición de los ataques a bienes especialmente protegidos.

Por su parte, en relación con los conflictos armados de carácter no internacional, el art. 14 PA II prohíbe la utilización del hacer padecer

dos como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil⁸⁹³.

La preocupación por los daños civiles colaterales ocasionados a personas y bienes de la parte enemiga es un fenómeno relativamente reciente⁸⁹⁴, que ha ido adquiriendo progresivamente mayor relevancia desde la guerra del Vietnam. Pero

hambre a la población civil como método de combate, mientras que los arts. 14 a 16 PA II prohíben los ataques contra: (i) los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego; (ii) las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, o centrales nucleares de energía eléctrica, si tales ataques pueden ocasionar la liberación de aquéllas y causar de esta manera pérdidas importantes a la población civil; y (iii) los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos. Finalmente, el art. 16 PA II prohíbe expresamente a las partes contendientes la utilización de los monumentos históricos, las obras de arte y los lugares de culto en apoyo al esfuerzo militar.

893. El art. 51(4) y (5) PA I prohíbe los ataques indiscriminados que define como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- i) Aquellos que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- ii) Aquellos en los que se emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto;
- iii) Aquellos en los que se emplean medios o métodos de combate cuyos efectos no pueden ser limitados como requiere el PA I; y
- iv) Aquellos que consisten en bombardeos que tratan como un objetivo militar único, varios objetivos militares precisos y claramente separados, que se encuentran situados en una misma ciudad, pueblo, aldea o en cualquier otra zona en la que haya una concentración análoga de personas o bienes de carácter civil.

894. W. H. PARKS, *The Protection of Civilians from Air Warfare*, en *Israeli Yearbook of Human Rights*, Vol. 27, 1997, pp. 65 y ss, p. 97.

ha sido a raíz de la emisión en directo por televisión de operaciones militares a partir de la operación “*tormenta del desierto*” en la primera guerra del golfo en 1991, que se ha convertido en objeto de particular atención de la opinión pública. Así, ya con respecto a la operación “*tormenta del desierto*” algunos autores⁸⁹⁵ realizaron fuertes críticas por los excesivos daños colaterales que, en su opinión, se habían ocasionado a la infraestructura económica iraquí -y sus presumibles efectos negativos a largo plazo en la población civil- como resultado de los bombardeos aéreos de la Coalición contra objetivos que, según la definición del art. 52(2) PA I, podían ser calificados en principio como militares⁸⁹⁶. La presión de la opinión pública para limitar los daños civiles colaterales se ha visto notablemente incrementada en relación con las operaciones en Kosovo en 1999, en Afganistán en 2001, en Irak en 2003 y en Líbano en 2006.

895.HUMAN RIGHTS WATCH, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991. Ver también J. G. GARDAM, *Proportionality and Force in International Law*, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 391 y ss.

896.Algunos autores, como por ejemplo F. J. HAMPSON, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, in *The Gulf War 1990-91 in International and English Law*, P. ROWE (Coord.), 1993, pp. 89 y ss, p. 100, han propuesto a este respecto una modificación de la actual normativa que desarrolla el principio de distinción a los efectos de incluir una de las dos siguientes medidas: (i) que la regla de proporcionalidad recoja expresamente la obligación de tener en cuenta el efecto cumulativo y a largo plazo en la población civil de los daños colaterales derivados de un ataque (particularmente cuando el objetivo del mismo son infraestructuras económicas); o (ii) que la definición de objetivo militar requiera que la destrucción, captura o neutralización de los bienes objeto de ataque, ofrezca una ventaja militar definida a la luz de los objetivos político-estratégicos de la parte atacante.

En respuesta, durante los últimos años, ciertas fuerzas armadas occidentales han establecido nuevos procesos de selección de objetivos que requieren la previa aplicación de la regla de proporcionalidad⁸⁹⁷. Así se refleja, por ejemplo, en las *reglas de combate* elaboradas por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (“OTAN”) en relación con sus más recientes operaciones⁸⁹⁸, así como en ciertos manuales de selección de objetivos, particularmente los norteamericanos, que requieren la presencia de miembros del cuerpo jurídico del ejército en unidades operacionales⁸⁹⁹.

Sin embargo, al mismo tiempo existe en determinados círculos militares, particularmente norteamericanos, la preocupación de que se están intentando aplicar estándares que ni son realistas ni son actualmente exigidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso por ejemplo de los nuevos procedimientos que seleccionan de los objetivos de los ataques aéreos que tanto la OTAN como los Estados Unidos (“EEUU”) han utilizado en sus más recientes campañas en Kosovo, Afganistán e Irak⁹⁰⁰.

897. Sobre los procedimientos de selección de objetivos en la OTAN ver, por ejemplo, T. MONTGOMERY, *Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 189-197.

898. Como W. H. PARKS, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 282.

899. T. BOYLE, *Proportionality in Decision Making and Combat Actions*, en *Protecting Civilians in 21st Century Warfare: Target Selection, Proportionality and Precautionary Measures in Law and Practice*, 2001, pp. 29 y ss, p. 37.

900. Idem.

La creciente preocupación de la opinión pública por los daños civiles colaterales causados al enemigo, ha venido acompañada por las primeras investigaciones y enjuiciamientos de ataques ilícitos -incluidos los resultantes de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad- llevados a cabo por un órgano jurisdiccional internacional (en este caso el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)) desde la segunda guerra mundial⁹⁰¹. Si bien el análisis realizado por la Fiscalía del TPIY del ataque de un caza de la OTAN contra el puente de ferrocarril de Leskovac⁹⁰², que acabó provocando la muerte de diez personas que viajaban en un tren de pasajeros, que resultó

901. Como la Comisión sobre Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas señaló en su análisis de las investigaciones y enjuiciamientos realizados tras la segunda guerra mundial, hasta 1949 las infracciones graves a las reglas de derecho internacional humanitario que regulan la conducción de las hostilidades, habían sido muy raramente el objeto de procesos por crímenes de guerra (Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes de Guerra, *Law Reports of the Trials of War Criminals*, Vol. XV, 1949, p. 109). A pesar de ello, se encuentran ciertos precedentes jurisprudenciales en los procesos desarrollados por crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial, entre los que destaca el caso de los rehenes (*Hostage Case, United States v. Wilhelm List et al.*, en *United States, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, 1950, pp. 957 y ss, y en particular pp. 1230-1319) y el caso de Shimoda (*Ryuichi Shimoda et al. v. The State, District Court of Tokyo*, 07 December 1963, *International Law Reports*, Vol. 32, pp. 626 y ss). Así, mientras el caso de los rehenes es relevante, en cuanto declara la legalidad de la destrucción de ciertos bienes civiles en el desarrollo de operaciones militares, en el caso Shimoda uno de los tribunales del distrito de Tokio condenó a los querellados -se trataba de una demanda civil- porque consideró que los objetivos militares en Nagasaki y Hiroshima eran insuficientes para justificar los daños civiles producidos por el lanzamiento de las dos bombas atómicas.

902. Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafos 58-62.

alcanzado, es quizá el mejor ejemplo de la reticencia aún existente a investigar y enjuiciar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad⁹⁰³.

903.A las 11.40 h. del día 12 de abril de 1999, un caza de la OTAN lanzó dos bombas guiadas por láser contra el puente de ferrocarril de Leskovac, situado en el desfiladero de Grdelica sobre el río Juzna Morava en el este de Serbia, alcanzando en ambas ocasiones a un tren de pasajeros que cruzaba el puente en el momento de ataque y causando la muerte de al menos diez personas y dejando heridas a otras quince. La Fiscalía del TPIY, sobre la base de los factores que se describen a continuación, consideró que el ataque no se había dirigido intencionadamente contra el tren de pasajeros, sino contra el puente de Leskovac y que este último constituía un objetivo militar en cuanto que formaba parte de la red de abastecimiento utilizada por el Ejército Federal de la República Federal Yugoslava -actualmente Serbia y Montenegro- (VJ). En primer lugar, al tratarse de bombas guiadas, éstas son lanzadas desde miles de kilómetros de distancia y dirigidas por control remoto a través de una pequeña pantalla de menos de quince centímetros cuadrados. En segundo lugar, en la película de la pantalla se podía observar cómo la cruz que marcaba el punto de impacto permaneció fija en el puente en todo momento y sólo se podía observar con claridad que un tren avanzaba hacia el puente una vez que la primera bomba había sido ya lanzada y se encontraba a seis o siete segundos de alcanzar su objetivo. Solo en este momento se podía observar un pequeño cambio en la posición de la cruz de manera que el punto de impacto se desplazó hacia abajo algo menos de un metro. En tercer lugar, si bien no quedaba claro si la tripulación del caza estaba formada por una o por dos personas, incluso en esta segunda hipótesis, que supondría la presencia de un oficial especializado cuya misión principal sería guiar la bomba a través del control remoto, el tiempo de reacción (6-7 segundos) era demasiado corto como para desviar la bomba hacia un área sin presencia de civiles – sobre todo si se tiene en cuenta que el caza estaba volando a gran velocidad y que los miembros de la tripulación debían realizar al mismo tiempo otras tareas como, por ejemplo, mantener la seguridad del caza en una zona de combate-. Por lo tanto, en opinión de la Fiscalía no se podía apreciar que la tripulación del caza hubiera actuado con la suficiente falta del deber de cuidado, como para haber incurrido en responsabilidad penal.

Esta reticencia ha sido provocada, por una parte, por la tendencia tradicional a considerar únicamente como penalmente relevantes aquellos supuestos de daños civiles co-

Tras el primer impacto, la tripulación del caza se dio cuenta de que no había conseguido destruir el puente de ferrocarril que tenía aproximadamente unos 50 metros de largo. Como el caza disponía de una segunda bomba guiada por láser, la tripulación consideró que todavía podía cumplir con su misión y el caza regresó en dirección al puente. En esta ocasión la mira se colocó en el extremo del puente opuesto a aquel en el que se encontraba el tren de pasajeros que había resultado alcanzado. Sin embargo, para cuando la segunda bomba alcanzó el puente, éste se encontraba cubierto de humo y no se podía apreciar en la pantalla que el tren se había movido hacia delante acercándose al extremo del puente que estaba a punto de sufrir el segundo impacto. Como resultado, el tren de pasajeros resultó nuevamente dañado.

Con respecto a este segundo incidente, los miembros del comité de la Fiscalía que realizó el informe no pudieron llegar a un acuerdo sobre si los miembros de la tripulación del caza habían actuado con la suficiente falta de cuidado como para incurrir en responsabilidad penal. Por su parte, no apreciaron ningún indicio de criminalidad en el comportamiento de superiores jerárquicos de la tripulación del caza.

La pregunta que surge es por qué si la Fiscalía había considerado que el ataque se dirigió contra el puente de Leskovac que, en su opinión, constituía un objetivo militar no realizó ningún tipo de análisis de proporcionalidad –particularmente si consideramos que, al menos en el momento de lanzar la segunda bomba, era evidente que había un riesgo de provocar daños civiles colaterales puesto que un tren de pasajeros se encontraba en el otro extremo del puente objeto del ataque-.

904. W. H. PARKS, *Linebacker and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 15, 1983, p. 13. Una descripción general de la jurisprudencia relativa a la aplicación de la regla de proporcionalidad se puede encontrar en W.J. FENRICK, *The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operational Allied Force: A View from the Outside*, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, pp. 53 y ss, p. 57. Ver también a este respecto W.J. FENRICK, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, en *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 91 y ss, p. 96.

laterales que eran tan excesivos que no cabía sino considerarlos como ataques dirigidos contra personas o bienes civiles⁹⁰⁴, y, por otra parte, por los problemas que plantea la aplicación de la regla de proporcionalidad en un caso concreto⁹⁰⁵.

Así, por ejemplo, en la parte de la ecuación relativa a los daños civiles colaterales, uno se pregunta si las bajas civiles esperadas han de computarse conjuntamente con los posibles daños a bienes de carácter civil, así como qué criterios utilizar, en su caso, para proceder a su cuantificación. Igualmente, uno se pregunta también qué elementos han de tenerse en cuenta a la hora de calcular la ventaja militar anticipada. Y lo que es más importante, qué criterios utilizar para comparar ambos conceptos de la ecuación de proporcionalidad⁹⁰⁶, sobre todo si se intenta evitar una mera comparación numérica entre el número de muertos y heridos civiles y el número de soldados enemigos puestos fuera de combate, que se espera como consecuencia del ataque⁹⁰⁷. Además, íntimamente ligadas a esta última cuestión, se encuentran aquéllas sobre los valores relativos que han de asignarse a cada uno de los elementos de la ecuación de proporcionalidad y la medida en

905. Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 48.

906. Así, por ejemplo, el art. 8(2)(b)(iv) del ER nos obliga a comparar dos elementos que no tienen prácticamente nada en común: (i) “la ventaja militar concreta y directa de conjunto” que se anticipaba se podría obtener del ataque; y (ii) “ las pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente” que se preveía podía causar el ataque.

907. Esta comparación numérica puede, sin embargo, resultar de cierta utilidad para realizar un análisis preliminar de proporcionalidad. Este método ha sido, por ejemplo, utilizado por la Fiscalía del TPIY en el informe sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 54.

que un superior militar se encuentra obligado a exponer sus propias fuerzas para limitar las bajas o daños civiles colaterales.

A ello hay que añadir un buen número de cuestiones adicionales que surgen a la hora de aplicar la regla de proporcionalidad, y entre las que se pueden citar las siguientes: ¿deben incluirse en la columna de daños civiles colaterales aquellos daños debidos al despliegue ilícito por el enemigo de soldados, armas, municiones u otro tipo de material militar, como por ejemplo la colocación de un mortero en el patio de una escuela infantil?; y ¿cuál es el contexto temporal y espacial que se debe tener en cuenta a la hora de aplicar la ecuación de proporcionalidad -de cuya respuesta depende, por ejemplo, si la regla de proporcionalidad ha de aplicarse al nivel táctico (incidentes aislados), operacional (ataques en su conjunto) o estratégico (campañas militares en su conjunto)?-

III.3.2. El principio de economía en el uso de la fuerza y la regla de proporcionalidad

Es mucho más fácil definir, en términos generales, la regla de proporcionalidad que aplicarla a un caso concreto, puesto que no es fácil comparar variables tan dispares como el valor de vidas humanas inocentes y la ventaja militar que se espera obtener de la destrucción, captura o neutralización de un cierto objetivo militar en una situación de combate⁹⁰⁸. De entre los principios que han de tenerse en cuenta para realizar esta comparación, merece particular atención el principio de economía en el uso de la fuerza porque se trata de un principio universalmente aceptado en la doctrina militar que es aplicado

908.Ibid, párrafo 48.

en todo momento y con independencia de los cambios en la circunstancias de combate por cualquier ejército del mundo y por cualquier grupo armado organizado, por muy incipiente que sea.

El principio de economía en el uso de la fuerza exige que todo superior militar utilice el mínimo nivel de fuerza requerida -hombres, armas, municiones y cualquier otro tipo de material militar- para alcanzar el objetivo con tan pocas bajas como sea posible. De esta manera, el esfuerzo que debe ser dedicado a cualquier tarea es el estrictamente necesario para llevarla a cabo, lo que requiere una adecuada selección y utilización del armamento, la maximización del rendimiento de las piezas de artillería (y en su caso de los aviones de combate), y un adecuado equilibrio en la distribución de las tareas⁹⁰⁹. Como resultado, todo superior militar se abstendrá, en principio, de llevar a cabo cualquier actividad que no facilite la consecución del objetivo y valorará en todo momento los recursos de los que dispone a la luz, no sólo de las exigencias del momento, sino también de cualquier necesidad futura. En aplicación de este principio, por ejemplo, peticiones de uso de artillería o de apoyo aéreo para tomar un bloque de apartamentos o una aldea sin valor estratégico alguno donde aparte de la población civil se encuentran un puñado de soldados de permiso que no constituyen una amenaza inmediata para las fuerzas atacantes, serían rechazadas por constituir un uso ineficiente de los recursos limitados de los que dispone toda unidad, para afrontar una situación de combate en la que a buen seguro se podrán atacar numerosos bienes del enemigo que tienen un valor militar muy superior⁹¹⁰.

909. United States, Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 1997, pp. 65-66, nota 9.

910. W. H. PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, pp. 1 y ss, p. 168.

Algunos autores han subrayado la estrecha relación entre el principio de economía en el uso de la fuerza y la regla de proporcionalidad. Esta relación sería fruto de la interacción entre los principios de inmunidad de las personas y bienes civiles y de economía en el uso de la fuerza en el art. 52(2) PA I, que prevé que “los ataques se limitarán, estrictamente, a los objetivos militares” y añade que a estos efectos “los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que... contribuyan eficazmente a la acción militar” y “cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”.

Ahora bien, una cosa es subrayar su estrecha relación, y otra muy distinta es intentar equiparar la regla de proporcionalidad con el principio de economía en el uso de la fuerza. Esta equiparación no es, en nuestra opinión, posible puesto que ataques que no presentan ningún tipo de riesgo de provocar daños civiles colaterales -y cuyo ataque sería perfectamente lícito desde la perspectiva de la regla de proporcionalidad- pueden terminar no llevándose a cabo por resultar incompatibles con el principio de economía en el uso de la fuerza puesto que ofrecen una ventaja militar insuficiente en comparación con los recursos necesarios para su ejecución⁹¹¹.

Así, en el ejemplo arriba mencionado, incluso si los civiles hubieran sido evacuados del bloque de apartamentos o de la aldea cuyo ataque se está evaluando -de manera que la posible infracción de la regla de proporcionalidad no constituya una variable a tener en cuenta al tomar una decisión- es más que probable que se decida no llevar a cabo la operación puesto que la ventaja militar de dejar fuera de combate a un puñado

911. T. MONTGOMERY, *Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 194.

de soldados de permiso es insuficiente para justificar el gasto de parte de los recursos limitados de artillería y la puesta en peligro de aquellas unidades de infantería que serían necesarias para ejecutar la operación. En este sentido, no se puede olvidar que el principio de economía en el uso de la fuerza requeriría al superior militar tener particularmente en consideración el alto coste de las municiones de artillería y su limitado abastecimiento -sobre todo si se encuentra en una zona de combate alejada de las bases de retaguardia- así como la dificultad de reemplazar a los soldados caídos en combate.

Las diferencias entre las exigencias derivadas del principio de economía en el uso de la fuerza y aquéllas derivadas de la regla de proporcionalidad se hacen todavía más manifiestas si se considera que esta última pretende, como mínimo, hacer que todo superior militar interiorice que cualquier daño civil colateral, tiene un coste tanto para la campaña militar en su conjunto como para la propia posición profesional del superior, y que dicho coste, derivado de consideraciones humanitarias, debe ser siempre tenido en cuenta junto con los costes tácticos y logísticos a la hora de analizar la idoneidad de un ataque a la luz del principio de economía en el uso de la fuerza. Lógicamente, cuanto mayor sea la presión de los medios de comunicación y del público en general para la adecuada aplicación de la regla de proporcionalidad, y cuanto más numerosas sean las investigaciones y los enjuiciamientos, tanto a nivel nacional como internacional de sus infracciones graves, mayor será la inclinación de los superiores militares a tener en cuenta los costes derivados de los posibles daños civiles colaterales en el proceso de selección de objetivos y en la preparación y ejecución del ataque.

De otra manera, si se acepta el sofisma de que la regla de proporcionalidad no hace sino reafirmar el principio de eco-

nomía en el uso de la fuerza⁹¹², se corre el riesgo de que la norma penal que tipifica sus infracciones graves pierda su eficacia preventiva general y que las consideraciones humanitarias tengan, a lo sumo, un carácter secundario, siempre sometidas a las consideraciones de carácter táctico y logístico⁹¹³.

III.3.3. Aspectos prácticos relativos a la evaluación de los daños civiles colaterales

Algunos autores han preferido hacer mayor hincapié en la parte de la ecuación de proporcionalidad, referida a los daños civiles colaterales. Para su análisis es importante tener en cuenta que la condición de objetivo militar recae no sólo en los combatientes enemigos, sino también en todos los que sin tener la condición de combatientes estén tomando parte directa en las hostilidades. Entre los primeros se encuentran los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de cualquier otro cuerpo del Estado, que se incorpore a las fuerzas armadas una vez iniciado el conflicto por declaración expresa de una parte con-

912. General G. S. BROWN, antiguo jefe del estado mayor norteamericano, citado en C. A.F. Jocknick/R. Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 49 y ss., p. 54.

913. En este sentido algunos autores como E.L. GONSALVES, *Armed Forces and the Development of the Law of War*, en *Military Law and Law of War Review*, Vol. de 1982, p. 192, han subrayado que la distinción entre objetivos militares y no militares y la aplicación de la regla de proporcionalidad conlleva un esfuerzo importante que supone, logísticamente, el empleo de más personal y municiones en el desarrollo de las operaciones militares y, tácticamente, “la pérdida de tiempo” en su ejecución. En consecuencia, los superiores militares, particularmente aquellos a niveles más bajos -pelotón, compañía o incluso batallón- tenderán de manera natural a prestar una menor atención a dichas obligaciones.

tendiente (por ejemplo ciertos cuerpos de policía que tienen un estatuto paramilitar, las fuerzas especiales de policía y ciertas unidades del cuerpo de bomberos)⁹¹⁴.

Por lo tanto, la muerte o lesiones producidas a miembros de las fuerzas armadas, o de cualquiera de los cuerpos que se incorporan a las mismas durante un conflicto armado, así como los daños causados a las infraestructuras que utilizan, no podrán ser incluidas en la columna de daños civiles colaterales a menos que afecten a su personal sanitario o religioso o a individuos que se encuentren fuera de combate (por ejemplo heridos convalecientes en un hospital o prisioneros de guerra reclusos en un campo de detención). Mientras que, por el contrario, la muerte o lesiones producidas a miembros de los cuerpos de seguridad o de otros cuerpos del Estado, incluido el personal perteneciente a los servicios de protección civil, que no se incorporen a las fuerzas armadas durante el desarrollo del conflicto armado (por ejemplo las unidades de policía encargadas del control del tráfico), así como los daños ocasionados a las infraestructuras que utilizan, sí deberían incluirse en la columna de daños civiles colaterales.

Además, es importante señalar que la condición de combatiente se mantiene durante las veinticuatro horas del día y hasta que se deja de pertenecer a los cuerpos arriba mencionados; de manera que las muertes o lesiones ocasionadas a sus miembros cuando se encuentren durmiendo o de permiso no podrán incluirse en la columna de daños civiles colaterales. Tampoco podrán incluirse en dicha columna, las muertes o lesiones ocasionadas a personas que, sin pertenecer a ninguno de los cuerpos arriba mencionados, estuviesen participando directamente en las hostilidades, puesto que desde el mismo

914. Art. 43 PA I.

momento en que comienza su participación directa en el conflicto y hasta que la misma concluye definitivamente, su neutralización supone una ventaja militar para el enemigo y, por lo tanto, dichas personas constituyen un objetivo militar.

Mención especial merecen, sin embargo, los supuestos en que, conforme al art. 31(1)(c) ER, personas no combatientes actúan en una situación puntual en legítima defensa para salvar sus vidas o las de terceros ante el uso ilícito de la fuerza armada por el enemigo. En estos casos no puede decirse que tales personas participen directamente en las hostilidades, de manera que cualquier lesión o daño ocasionado a las mismas o a sus bienes, deberá ser incluido en la columna de daños civiles colaterales.

Finalmente, tampoco se incluirán en la columna de daños civiles colaterales, los daños ocasionados a infraestructuras de carácter dual, es decir, aquellas que normalmente se utilizan para fines no militares pero que en tiempos de conflicto armado son utilizadas también para fines militares –por ejemplo centrales de energía, sistemas de comunicación o plantas industriales reconvertidas para la fabricación de armamentos, municiones o materiales de uso militar.

En consecuencia, en una situación de combate como la acaecida en los alrededores de Dubrovnik a finales de 1991, donde no existían centrales de energía o plantas industriales que pudieran ser reconvertidas para fabricar municiones, armamento o material de uso militar, y donde los puentes que unían las distintas partes de la ciudad no tenían un valor militar importante, dada la naturaleza estática del conflicto y el posicionamiento de las partes en el frente, entendemos que se deberían incluir en la columna de daños civiles colaterales todos los daños producidos a cualquiera de los edificios o infraestructuras que no estuviesen siendo ocupados o utilizados por unidades del ejército federal (“JNA”) o de las fuerzas

especiales de policía (“MUP”) de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia.

III.3.3.1. Daños indirectos a medio y largo plazo

Particular atención merecen las cuestiones relativas a la inclusión o no de los daños indirectos, que normalmente sólo dejan sentir sus efectos a medio y largo plazo, y de los daños derivados de actos ilícitos del enemigo. Con respecto a la primera cuestión, surge la pregunta de si el concepto flexible de objetivo militar que se prevé en el art. 52(2) PA I se puede hacer depender de la magnitud de la ventaja militar esperada en la destrucción o neutralización del objetivo.

Una primera posición defiende que la lista de objetivos militares debe extenderse o reducirse de acuerdo con los objetivos político-estratégicos de la campaña militar de las partes contendientes. De esta manera, aquella parte contendiente que tiene el control del territorio donde se desarrollan las hostilidades, tiene una obligación especial de evitar los daños civiles colaterales. Por lo tanto, si por ejemplo analizamos la primera guerra del golfo, el hecho de que las fuerzas de la Coalición, debido a su absoluto control del espacio aéreo, gozarán de una capacidad sin precedentes para ubicar y destruir objetivos militares importantes sin miedo a una respuesta del enemigo, hizo que jurídicamente se hiciese más exigente la obligación de las tropas de la Coalición de tomar las medidas de precaución necesarias para evitar en todo lo posible los daños colaterales a personas y bienes civiles iraquíes⁹¹⁵. Del mismo modo, cuando haya una disparidad tecnológica importan-

915.R. NORMAND/C.A.F. JOCHNICK, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 387 y ss, p. 393.

te entre las partes contendientes, la obligación de minimizar los daños civiles colaterales, si bien existirá para ambas partes, será más exigente para la parte que cuenta con una tecnología más desarrollada⁹¹⁶.

Los orígenes de esta posición se encuentran en las críticas recibidas por los EEUU, a raíz de sus campañas aéreas en Vietnam del Norte durante los años setenta. Estas críticas estuvieron basadas en una concepción fluctuante de la noción de objetivo militar que se expandía y restringía de acuerdo con la intensidad, la duración, el equipamiento de los participantes y la ubicación del conflicto armado. Así, mientras el bombardeo de un amplio complejo industrial podría ser perfectamente apropiado en un conflicto de las dimensiones de la segunda guerra mundial, no cabría decir lo mismo en conflictos de dimensiones más limitadas como el bombardeo de Trípoli en 1988 por parte de cazas norteamericanos o los conflictos ocurridos en las islas Malvinas, en Nicaragua o en Granada. En consecuencia, según esta posición, las partes contendientes deben analizar las características del conflicto para determinar qué personas, bienes e infraestructuras pueden tener la condición de objetivo militar⁹¹⁷.

916. Teniente Coronel S. W. BELT, *MISSILES Over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas*, en *Naval Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 115 y ss, p. 173.

917. Declaración de HAMILTON DE SAUSSURE que se puede encontrar en M. Matheson et al., *The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions*, en *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, pp. 419 y ss, p. 512. Otros como J. G. Gardam han señalado en relación con la campaña de la OTAN en Kosovo que las leyes y costumbres de la guerra se aplican si cabe de manera más estricta en aquellos conflictos iniciados en nombre de la paz y de la humanidad (ver J. G. Gardam, *Proportionality and*

Lógicamente, esta posición tiene el potencial de incrementar la protección ofrecida a las personas y los bienes civiles, particularmente en conflictos armados de corta duración donde los objetivos estratégicos y políticos de una o varias de las partes contendientes son limitados. Con ello, quienes apoyan esta posición defienden que la falta de precisión en la actual codificación de la regla de proporcionalidad no debería redundar en favorecer los intereses del ejército en lugar de aquellos de la población civil⁹¹⁸.

Una segunda posición, defendida por la mayoría de los comentaristas norteamericanos, subraya que la vinculación de la noción de objetivo militar a la de ventaja militar, y la definición de esta última a la luz de los objetivos de la campaña militar de las partes contendientes, reduce el alcance del concepto de objetivo militar de manera contraria a su definición en el art. 52(2) PA I. Para estos autores, este intento de limitar el contenido de la noción de objetivo militar, se enfrenta con el problema de que los oficiales y los soldados en el terreno, sobre todo aquellos inmersos en situación de combate, tendrán graves dificultades en analizar la entidad de la amenaza a la que creen enfrentarse, a la luz del más amplio contexto operacional, táctico y estratégico del conflicto armado. Por lo tanto, no se puede esperar que, aparte de un reducido grupo de oficiales de alta graduación, el resto de oficiales y soldados

Force in International Law, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, p. 407). Sin embargo, en nuestra opinión, este argumento, que se encuentra vinculado con la teoría de la guerra justa, no hace sino mezclar, de manera contraria a la separación existente en la actual regulación jurídica, la normativa del *ius ad bellum* y aquella del *ius in bello* para así intentar fortalecer la protección atribuida a las personas y bienes civiles.

918. JUDITH G. GARDAM, *Proportionality and Force in International Law*, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, p. 407.

sobre el terreno sea capaz de distinguir entre un conflicto armado de alta intensidad y un conflicto armado de baja intensidad, particularmente en el caso de las fuerzas del ejército de tierra para las que la existencia de un conflicto de baja intensidad y de alcance limitado no significa necesariamente la ausencia de bajas –especialmente aquellas producidas por el llamado “fuego amigo”⁹¹⁹-. .

Por otra parte, los autores que apoyan esta segunda posición afirman que las teorías sobre la existencia de conflictos de baja intensidad y de carácter limitado no han sido todavía aceptadas entre las fuerzas armadas de los países no occidentales⁹²⁰, como lo demuestran los ejemplos de los conflictos del Sahara o de Chechenia. Además, podría darse la paradoja de que, si dichas teorías fuesen finalmente aceptadas universalmente, un conflicto como el de la guerra del Vietnam pudiera tener un carácter limitado para los EEUU al tiempo que tuviera la entidad de una guerra total para el Vietnam del Norte y el

919. Así, para los defensores de esta segunda posición es difícil pensar que el comandante de las fuerzas norte-americanas, objeto de una emboscada en Mogadishu (Somalia) el 3 de octubre de 1993, dedicara mucho tiempo a analizar si sus hombres se encontraban en una situación de guerra total o en una misión de mantenimiento de la paz. Como también es difícil ver la influencia que la respuesta a tales preguntas pudiera haber tenido en la determinación de los objetivos a atacar, y del nivel de fuerza a emplear para obtener la ventaja militar que se buscaba –es decir sacar sanas y salvas a las tropas emboscadas del centro de Mogadishu. En otras palabras, las fuerzas de tierra que, a diferencia de las fuerzas de aire que hoy en día sólo actúan contra objetivos cuidadosamente predeterminados a través de un minucioso proceso de selección, actúan al nivel táctico-operacional tienden a desarrollar operaciones militares dirigidas a destruir, capturar o neutralizar objetivos de oportunidad, de acuerdo con las instrucciones genéricas dadas en las *reglas de combate*.

920. Coronel W. HAYS PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 52.

Vietnam del Sur⁹²¹. Finalmente, según estos autores, ni el carácter lícito o ilícito de una operación militar se encuentra sometido a ningún tipo de doctrina de equidad, ni el derecho internacional humanitario impone la obligación legal o moral a una nación de sacrificar hombres, armamento o superioridad tecnológica en favor del enemigo⁹²².

En cualquier caso, la amplia definición de la noción de objetivo militar en el art. 52(2) AP I y la ausencia de precedentes jurisprudenciales, hacen que las consideraciones humanitarias sobre las que sustenta el principio de distinción, deben resultar un complemento necesario del principio de economía en el uso de la fuerza armada como criterio clave para interpretar la noción de objetivo militar. De esta manera, se puede afirmar que el objeto y fines del PA I, que no son otros sino limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados, a quienes no participan directamente en las hostilidades, requieren que la determinación de lo que constituye o no un objetivo militar se supedite a lo que, además de contribuir al esfuerzo militar del enemigo, ofrezca en las circunstancias del momento “una ventaja militar definida”. En consecuencia, entendemos que el conjunto de personas y bienes que

921. Teniente Coronel B. M. CARNAHAN ‘Linebacker II’ and Protocol I: *The Convergence of Law and Professionalism*, en *American University Law Review*, Vol. 31, 1982, pp. 861 y ss, p. 867.

922. Coronel W. H. PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, pp. 169-170. También rechazan la adaptación de la noción de objetivo militar de acuerdo con los objetivos estratégicos y políticos de la campaña militar de las partes contendientes: M. N. Schmitt, *The Principle of Distinction in 21st Century Warfare*, en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 2, 1999, pp. 143 y ss, pp. 176-177; y F. J. Hampson, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, en *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, Peter Rowe (Coord.), 1993, pp. 89 y ss., p. 98.

en un determinado momento pueden incluirse dentro de la definición de objetivo militar es variable y puede, por tanto, extenderse o reducirse dependiendo de las características concretas del conflicto armado de que se trate, tales como su intensidad, su duración, la capacidad tecnológica y los objetivos político-estratégicos de las partes contendientes y la ubicación geográfica de la zona de combate en que se producen las hostilidades.

En este sentido, la inclusión del delito medio-ambiental en el marco de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad tipificadas en el art. 8(2)(b)(iv) ER da a entender que los “daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural” deben ser tenidos necesariamente en consideración, al valorar el conjunto de daños civiles colaterales provocados por la operación militar de que se trate.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta disposición no responde completamente a las preocupaciones mostradas por los autores arriba mencionados, puesto que los daños a infraestructuras claves en el desarrollo de la vida civil, que en el marco de un conflicto armado son utilizadas con fines militares y cuya destrucción propicia por tanto una ventaja militar directa y concreta, no parece que vayan a poder ser siempre calificados como daños al medio-ambiente natural⁹²³. En

923. Por otra parte, desde la perspectiva del delito medio-ambiental, el art. 8(2)(iv) se separa de la regulación contenida en el art. 55 PA I, en cuanto que la producción de daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, sólo da lugar a responsabilidad penal si los mismos son “manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”. En este sentido conviene recordar que el apartado primero del art. 55 PA I señala que “en la realización de la guerra, se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer

cualquier caso, entendemos que el hecho de que el art. 8(2)(b)(iv) ER declare expresamente que, al menos, ciertos daños indirectos de carácter duradero deban ser contabilizados al aplicar la ecuación de proporcionalidad, puede dar pie a una interpretación de esta disposición en el sentido de exigir que otros daños extensos de carácter indirecto que no afecten el medio ambiente natural pero que tengan importantes efectos negativos a largo plazo en las personas o bienes civiles, deban ser tenidos también en cuenta al aplicar la regla de proporcionalidad.

III.3.3.2. Daños originados por la actuación ilícita del enemigo

La cuestión relativa a si los daños civiles colaterales que pudieran producirse como consecuencia de actos ilícitos del enemigo, deben tenerse o no en consideración al aplicar la ecuación de proporcionalidad, tiene una particular relevancia dada la frecuencia con que soldados, armamento u otro tipo de material militar son desplegados, o infraestructuras de carácter militar son construidas en las inmediaciones de áreas donde se encuentran personas y bienes civiles, por no hablar de los casos de congregación voluntaria o involuntaria de civiles en el interior o en los alrededores de objetivos militares. Ni el art. 8(2)(b)(iv) ER ni los EC resuelven expresamente esta cuestión, en cuanto que ambos se limitan a referirse genéricamente a “perdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos

la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio-ambiente natural, comprometiéndose así la salud o supervivencia de la población”. Mientras que el apartado segundo de dicha disposición prohíbe los ataques contra el medio-ambiente como represalias.

y graves al medio ambiente natural”. De ahí que para responder a esta cuestión sea necesario recurrir una vez más a la normativa que desarrolla el principio de distinción en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra.

En cualquier caso, es de destacar que el art. 8(2)(b)(xxiii) ER tipifica, si bien únicamente en el contexto de conflictos armados de carácter internacional, la utilización de “la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares”. De esta manera, se atribuye cuando menos, responsabilidad penal a la parte que, con su actuación ilícita, pone en peligro la vida o la integridad de personas civiles.

El art. 58 PA I impone a las partes en el conflicto, a los efectos de proteger a la población civil, la obligación de “hasta donde sea factible”: (i) esforzarse por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control; (ii) evitar situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas; y (iii) tomar las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes, de operaciones militares, a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil, que se encuentren bajo su control. Por su parte, el art. 51(7) PA I establece que “la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos, no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares”. Y a continuación añade que “las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares”. Finalmente, el art. 51(8) PA I prevé que “ninguna violación de es-

tas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el art. 57”.

En consecuencia, tal y como ha señalado el CICR⁹²⁴, el PA I parece exigir que no se pueden dejar fuera de la columna de los daños civiles colaterales, aquellos daños que se espera se produzcan en relación con personas o bienes civiles que han sido puestos en peligro por actos ilícitos del enemigo⁹²⁵. De esta manera, si, por ejemplo, las fuerzas de la Coalición hubieran sido conscientes en 1991 de los numerosos civiles que se encontraban alojados en el mismo edificio donde se encon-

924. Y. SANDOZ/C. SWINARSKI/B. ZIMMERMAN/J. Pictet (Coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 628.

925. Como Y. SANDOZ, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 276 ha señalado recientemente, los atacantes no pueden simplemente ignorar el hecho de que civiles estén siendo utilizados como escudos humanos. En este mismo sentido, HUMAN RIGHTS WATCH, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991, p. 34, ha defendido tras la primera guerra del golfo que el uso deliberado de civiles por la parte defensora para obtener una ventaja militar no autoriza a la parte atacante a no adoptar las precauciones consuetudinarias que pretenden evitar, o al menos minimizar las bajas civiles. Por su parte, H. P. GASSER, *Protection of the Civilian Population*, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (Coord.), Oxford University Press, 1995, pp. 209-292, p. 224, ha afirmado que la presencia de un soldado en una infraestructura civil no convierte a esta última en un objetivo militar. Por el contrario, el objetivo militar continúa siendo el soldado mismo y cualquier daño que se ocasione a la infraestructura civil como resultado de intentar neutralizar al soldado debe ser incluido en la ecuación de proporcionalidad.

traba la instalación de comando y control del bunker de Al-Firdus, no hubieran tenido más remedio que tener en cuenta las numerosas muertes de civiles que el ataque a dicha instalación muy probablemente ocasionaría, al decidir si finalmente se incluía o no al bunker de Al-Firdus en la lista de objetivos a atacar⁹²⁶.

Existen, sin embargo, ciertos autores que han criticado abiertamente la idea de atribuir al atacante la responsabilidad por los daños civiles colaterales producidos como resultado de actos ilícitos del enemigo⁹²⁷. En sus críticas, estos autores subrayan los siguientes problemas. En primer lugar, las dificultades que todo superior militar, que selecciona el objetivo y prepara el ataque, encuentra para determinar dónde se encuentran los civiles que residen en territorio enemigo⁹²⁸. De

926. En el mismo sentido, W. J. FENRICK, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 489 y ss, p. 501.

927. W. H. PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 59, ha sido particularmente crítico con la manera en que ha evolucionado la responsabilidad por la protección de la población civil, de manera que de ser una responsabilidad compartida se ha convertido en responsabilidad exclusiva del atacante. En su opinión, mientras los Convenios de Ginebra recogen un sistema de responsabilidad compartida, debido a la influencia que en los mismos tuvieron personas experimentadas en la guerra, este enfoque fue desafortunadamente abandonado en las negociaciones que concluyeron con la aprobación de sus dos protocolos adicionales en 1977. Por su parte, Y. Disntein, *Comment, Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 216 ha señalado que una parte contendiente que protege un objetivo militar con personas civiles es plenamente responsable por los daños civiles colaterales producidos como resultado del ataque del enemigo contra dicho objetivo militar.

928. W. H. PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 197.

ahí, que en aquellos casos en los que las fuerzas defensoras se hayan entremezclado con la población civil, el superior militar medio se vea en la tesitura de decidir entre suspender el ataque y asumir el riesgo de un mayor número de bajas propias⁹²⁹ o lanzar un ataque sobre la base de información insuficiente, asumiendo con ello el riesgo de producir daños civiles colaterales superiores a los esperados⁹³⁰. En segundo lugar, todo superior militar se encontrará con graves dificultades si por un lado se quiere contrarrestar efectivamente los movimientos de las fuerzas enemigas, pero al mismo tiempo no se admite un nivel superior de daños civiles colaterales en aquellos supuestos en que las fuerzas enemigas se hayan entremezclado con la población civil⁹³¹. Finalmente, advierten estos autores que una regulación demasiado exigente podría privar a la ecuación de proporcionalidad de toda eficacia, puesto que, los miembros de las fuerzas armadas se volverían con-

929. A este respecto, W. H. PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 54, ha advertido que las leyes de la guerra no son un pacto suicida, de manera que los atacantes no están obligados a adoptar riesgos excesivos para minimizar los daños civiles colaterales.

930. En este contexto, A.V.P. ROGERS, *Zero-Casualty Warfare*, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 82, 2000, pp. 165 y ss, p. 177, ha señalado que, a la luz de la normativa internacional existente, no está claro cuál es el nivel de cuidado que se requiere del atacante y cuál es el nivel de riesgo que debe estar dispuesto a asumir. Así mismo, A.V.P. Rogers defiende que al analizar si se ha producido o no una infracción de la regla de proporcionalidad, todo tribunal competente debería considerar en favor del atacante cualquier tipo de actividad ilícita llevada a cabo por las fuerzas defensoras (A.V.P. Rogers, *Zero-Casualty Warfare*, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 82, 2000, pp. 165 y ss, p. 179).

931. S.OETER, *Methods and Means of Combat* en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Fleck, D. (Coord.), Oxford University Press, 1995, p. 180.

trarios a su aplicación al dar la impresión de que atribuye a la parte que la incumple, ventajas tácticas importantes sobre la parte que se ajusta a la misma⁹³².

Así, un superior militar razonable intentará evitar exponer la vida de sus hombres siempre que sea posible, aunque al mismo tiempo no tendrá más remedio que aceptar la posibilidad de que sus hombres resulten muertos o heridos en el fragor del combate. En este contexto, se encontrará dispuesto a asumir el riesgo de que algunos de sus hombres sean alcanzados por los efectos de evitar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos. Ahora bien, la aceptación de ese riesgo tendrá probablemente unos límites claros: (i) el mantenimiento de la eficacia de su unidad en la conducción de las hostilidades, que podría verse afectada en caso de sufrir bajas numerosas; y (ii) el mantenimiento de la cohesión interna dentro de su propia unidad, que podría verse erosionada si los subordinados consideran que su superior los expone a riesgos innecesarios. Lógicamente, cuanto mayor sea la proporción de daños civiles colaterales derivados de actos ilícitos del enemigo, menor será el nivel de riesgo aceptable para un superior militar medio con el fin de evitar esos daños. Por ello, los defensores de esta segunda posición consideran que no tiene sentido continuar incluyendo en la columna de daños civiles colaterales, aquellos daños provocados por actos ilícitos del enemigo puesto que se trata ésta, de una regla que no es socialmente aceptada por los sujetos a los que va destinada: el personal militar encargado de seleccionar los objetivos y de preparar los ataques que es de quien depende en última ins-

932.W. H. PARKS , *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 14.

tancia la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario⁹³³.

En esta misma línea se encuentra la posición oficial del ejército norteamericano, quien argumenta que las fuerzas defensoras deben ser consideradas responsables por los daños civiles colaterales producidos a raíz del despliegue de hombres, armamento y material militar, junto a bienes civiles o en las inmediaciones de áreas donde reside la población civil⁹³⁴. Esta posición ha sido respaldada por el departamento de defensa norteamericano para atribuir a las autoridades iraquíes la responsabilidad por las muertes civiles ocasionadas durante el ataque al bunker de Al-Firdus⁹³⁵. Igualmente, un informe previo del Pentágono afirmaba que el derecho internacional de los conflictos armados permitía el ataque a dos cazas iraquíes que habían sido emplazados junto al antiguo templo de Ur, correspondiendo a las autoridades iraquíes la responsabilidad por los daños que se pudieran causar al templo⁹³⁶. En conse-

933. T. TAYLOR, *The Concept of Justice and the Laws of War*, en *Colorado Journal of Transnational Law*, Vol. 13, 1974, pp. 189 y ss, p. 203. Ver también, W. H. PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 50.

934. Ya durante la Conferencia Diplomática en la que se negoció el PA I la delegación norteamericana dejó clara su posición de que los estados deberían ser ellos mismos responsables, si utilizan ilícitamente su población civil para proteger sus objetivos militares del ataque del enemigo.

935. Informe enviado al Congreso por el Departamento de Defensa (United States, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, en *International Law Materials.*, Vol. 31, 1992, pp. 612 y ss, p. 627.

936. United States, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: An Interim Report to Congress* (1991), citado por C. GREENWOOD, *Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977*, en *The Gulf War 1990-1991 in International and English Law*, P. Rowe (Coord.), Routledge, 1993, pp. 63 y ss, p. 80.

cuencia, para el ejército norteamericano, una vez que el enemigo decide colocar objetivos militares como misiles tierra-aire, baterías antiaéreas, tanques o armas de destrucción masiva en un área protegida por el derecho internacional humanitario, dicha área pierde su protección, y por lo tanto, ha de entenderse que en lugar de atacarse un área protegida se ataca la infraestructura militar situada en la misma, si bien se intentará minimizar, en la medida de lo posible, el daño causado en dicha área a raíz del ataque⁹³⁷.

La solución propuesta por los defensores de esta segunda posición, es decir, la exclusión de la protección ofrecida por la regla de proporcionalidad a las personas y bienes civiles afectados por aquellos daños civiles colaterales, derivados de actos ilícitos del enemigo resulta, en nuestra opinión, contraria a la finalidad última del principio de distinción, que se encuentra a la base de la regla de proporcionalidad y que se dirige a limitar los sufrimientos y daños causados por las operaciones militares a quienes ni son combatientes ni toman parte directamente en las hostilidades. De ahí que creamos que se debe seguir en este punto la opción acogida por el PA I.

Ahora bien, a los efectos de limitar el alcance de los problemas arriba mencionados, nos parece necesario que a la hora de evaluar el alcance de los daños civiles colaterales, se adopten otra serie de medidas que incluyan: (i) la efectiva investigación y enjuiciamiento de los últimos responsables del crimen de guerra, de utilización de escudos humanos de manera

937. United States, Department of the Air Force, AFP 110-31, International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations, 1976, pp. 5 a 13.

938. Esta apariencia ha sido subrayada por Mike Newton, *Comment*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), en *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, p. 298.

que se elimine toda posible apariencia de que quienes infringen las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario en esta materia adquiere ventajas tácticas importantes sobre quienes las respetan⁹³⁸; (ii) la adecuada valoración dentro de la columna de la ventaja militar anticipada de los beneficios que se esperan obtener del ataque en términos de la reducción del riesgo de sufrir bajas o daños en el armamento, municiones o material de uso militar de que se dispone; así como en términos del aseguramiento de la eficacia en el combate y de la cohesión interna de la unidad de que se trate; y (iii) la efectiva investigación y enjuiciamiento de quienes cometan infracciones graves de la regla de proporcionalidad de manera que los superiores militares no tengan más remedio que aceptar que todo daño civil colateral tiene un coste tanto para la campaña militar en su conjunto como para su propia posición profesional.

III.3.4. La aplicación de la regla de proporcionalidad a los niveles táctico, operacional y estratégico

Una de las cuestiones que levantó mayor interés entre las delegaciones que negociaron el PA I y que, sin duda, es clave en el resultado final de la aplicación de la regla de proporcionalidad es el contexto geográfico y temporal en el que hay que valorar la ventaja militar que se espera obtener, y los daños civiles colaterales que se prevé se vayan a ocasionar⁹³⁹. Se pueden distinguir a este respecto tres posiciones principales que promueven respectivamente la aplicación de la ecuación

939.Y. SANDOZ/C. SWINARSKI/B. ZIMMERMAN/J. Pictet (Coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, pp. 625-626 y 683-685.

de proporcionalidad al nivel de incidentes aislados, de ataques en su conjunto o de campañas militares en su conjunto.

A primera vista, la definición de la regla de proporcionalidad en el PA I y en el ER parece situarse en un contexto más amplio que el de operaciones puntuales contra objetivos militares aislados, puesto que presuponen la existencia del personal necesario para llevar a cabo un cuidadoso proceso de selección de los objetivos militares a alcanzar y de preparación de los ataques a realizar, lo que difícilmente se encontrará al nivel de pelotón, compañía o incluso batallón⁹⁴⁰. En este sentido, algunos estados de la OTAN, como Canadá, realizaron declaraciones interpretativas en las que señalaban que el término “ventaja militar” se refería a la ventaja militar esperada del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo⁹⁴¹.

Sin embargo, para algunos la regla de proporcionalidad debe aplicarse en el marco de un contexto más limitado, como de hecho ha ocurrido con la selección de objetivos en las recientes campañas aéreas de Kosovo, Afganistán e Irak. Esta posición parece haber sido acogida también por la reciente jurisprudencia del TPIY en el caso Galic, donde el análisis de proporcionalidad se ha realizado al nivel táctico en relación con objetivos militares específicos. Al mismo tiempo esta última jurisprudencia del TPIY ha rechazado la posición que defiende que el análisis de proporcionalidad ha de realizarse siempre al nivel estratégico, es decir, comparando todos los daños civiles que prevén causarse en una

940. Normalmente sólo a partir del nivel de división podrá encontrarse este tipo de personal.

941. Statement of understanding of Canada, incluido en A. Roberts/ R. Guelff (Coord.), *Documents on the Laws of War*, Tercera Edición, 2000, p. 503.

determinada campaña militar -por ejemplo el sitio de Sarajevo entre 1992 y 1994- con la ventaja militar que de su conclusión con éxito, se espera obtener a la luz del conflicto armado en su conjunto.

III.3.4.1. La aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional

Tanto el art. 51(5)(b) PA I al definir la regla de proporcionalidad, como el art. 8(2)(b)(iv) ER al criminalizar las infracciones graves de dicha regla, utilizan el término “ataque” en lugar de las expresiones “incidente”, “campaña” o “conflicto armado”. Por lo tanto, la interpretación literal del precepto parece requerir la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional en relación con aquellos ataques que se realizan en el marco de un conflicto armado. De esta manera, parecería que se excluye tanto la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel táctico en relación con cada uno de los incidentes de los que puede estar compuesto un ataque, como al nivel estratégico en relación con campañas o, incluso, conflictos armados en su conjunto.

Sin embargo, si se analiza con mayor detenimiento la definición que del término “ataque” realiza el art. 49(1) PA I, surge la duda sobre si la regla de proporcionalidad debe aplicarse al nivel táctico (incidente por incidente) o al nivel operacional (ataque por ataque). Así, conforme a esta disposición, “se entiende por “ataque” los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”. Además, según el comentario del CICR, el término ataque podría ser equiparado con la expresión “acción de combate” en el sentido de que se refiere al uso de la fuerza en el desarrollo de cualquier tipo de operación militar con independencia de la naturaleza ofensi-

va o defensiva de la misma⁹⁴². La duda se acrecienta si se tiene en cuenta que el art. 51(5)(a) PA I considera como ataques indiscriminados aquéllos “que traten como objetivo militar único, varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil”, de donde se podría deducir que por ataque se entienden también las operaciones llevadas a cabo, por una compañía o incluso por un simple pelotón.

Ahora bien, si se analiza la definición del término ataque en general, y la ecuación de proporcionalidad en particular, en el contexto de aquellas otras disposiciones del PA I relativas a las medidas de precaución en la preparación y desarrollo de operaciones militares⁹⁴³, parece despejarse cualquier duda sobre la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional. Así las obligaciones impuestas a quienes preparan y deciden llevar a cabo un ataque en el sentido de hacer todo lo posible por verificar la naturaleza militar del objetivo⁹⁴⁴, de tomar todas las precauciones posibles en la selección de los métodos y medios de ataque para minimizar los daños civiles colaterales⁹⁴⁵ y de cancelar un ataque cuando se prevea que causará daños civiles colaterales excesivos⁹⁴⁶ son indicativas de que por ataque se entiende algo más que el simple recurso a la violencia. En definitiva, el término ataque

942.Y. SANDOZ/C. SWINARSKI/B. ZIMMERMAN/J. PICTET (coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 603.

943.Ver art. 57 PAI.

944.Art. 57(2)(a)(i) ER.

945.Art. 57(2)(a)(ii) ER.

946.Art. 57(2)(a)(iii) ER.

en este contexto parece referirse a un tipo de operación militar que requiere una cierta preparación y planificación que sólo puede llevarse a cabo a niveles superiores de los de un simple superior militar de una pequeña unidad, particularmente si se encuentra bajo fuego enemigo tratando de cumplir la misión que le ha sido encomendada y de evitar al mismo tiempo, el mayor número de bajas posibles.

Este mismo concepto de ataque parece acogerse también en el art. 57 (3) PA I que prevé que “cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligros para las personas civiles y los bienes de carácter civil”. Lógicamente, esta obligación sólo puede imponerse a superiores militares que no se encuentren por debajo del nivel operacional, pues sólo a este nivel se tiene la posibilidad de elegir entre varios objetivos militares alternativos, que pueden reportar una ventaja militar similar⁹⁴⁷.

En todo caso, para evitar cualquier duda sobre la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional (ataque por ataque) varios estados, entre los que se encuentran Australia, Bélgica, Canadá, Alemania, Italia, España, Holanda, Nueva Zelanda y el Reino Unido, realizaron declaraciones interpretativas que entendían que el término “ventaja militar esperada” en los arts. 51 y 57 PA I debía considerarse como que incluía la ventaja militar esperada del ataque en su con-

947. Esta interpretación era también acogida en la reserva realizada por Suiza al art. 57 (2) PA I en la que se afirmaba que esta disposición crea sólo obligaciones para superiores militares al nivel de batallón o superior. Aunque Suiza ha retirado esta reserva el 18 de junio de 2005.

junto y no simplemente de cualquiera de los incidentes de los que se compone⁹⁴⁸.

Esta misma interpretación ha sido seguida por varios autores. Así, para Dörmann la adecuada valoración de la ventaja militar esperada de la destrucción total o parcial, captura o neutralización de un objetivo militar sólo puede realizarse si se tienen en cuenta los fines últimos de la operación militar en que se incluya, la cual puede estar formada por varias acciones individuales⁹⁴⁹. En este mismo sentido, Oswald-Beck ha señalado que una operación militar puede requerir por ejemplo la destrucción de varios objetivos militares, de los cuales uno de ellos puede ser particularmente difícil de alcanzar y puede originar daños civiles colaterales superiores a los que puedan generarse durante la destrucción de todos los otros juntos. En este supuesto, la ventaja militar derivada de la destrucción del objetivo más difícil de alcanzar, puede ser no muy importante si se analiza de manera aislada, pero puede que si se mira en el contexto de la operación en su conjunto, resulte esencial. De ahí que en un caso como éste habría que comparar el conjunto de daños civiles colaterales que se prevé se puedan derivar de la operación militar en su conjunto, con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener del desarrollo con éxito de dicha operación⁹⁵⁰. Del mismo modo, Oeter ha señalado que es evidente que en el nuevo contexto

948.K. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, pp. 170-171 notas al pie 8 y 9.

949.K. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, p. 173.

950.Citada por W.J. FENRICK, *Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense*, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. , 1997, pp. 539 y ss, p. 545.

de integración de las distintas operaciones militares, las acciones militares de una determinada unidad no constituyen un fin en sí mismas, de manera que la ventaja militar que se espera obtener las mismas, sólo puede entenderse si se analiza a la luz del contexto operacional, en el que se llevan a cabo⁹⁵¹.

Ahora bien, este último autor no sólo defiende la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional, sino que parece incluso defender su aplicación al nivel estratégico al afirmar que sólo en el marco del complejo plan de la campaña militar de la parte contendiente de que se trate, se puede medir su valor relativo de un determinado objetivo militar que se espera destruir, capturar o neutralizar en un ataque concreto⁹⁵². Esta idea, defendida particularmente en círculos militares norteamericanos, no es nueva y, para algunos, se encuentra implícita en la expresión “ataque de conjunto” utilizada en las declaraciones interpretativas, arriba referidas, e incorporada en el actual art. 8(2)(b)(iv) ER a través de la fórmula “ventaja militar concreta y directa de conjunto”. De hecho, hasta la fecha, ninguno de los estados arriba mencionados ha despejado esta ambigüedad mediante la explicación oficial de lo que entienden por “ataque de conjunto”⁹⁵³.

Esta posición parece además encontrar cierto apoyo en el informe que sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del principio de proporcionalidad por las fuerzas de la

951.S.OETER, *Methods and Means of Combat* en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Fleck, D. (Coord.), Oxford University Press, 1995, p. 179.

952.Idem.

953.K. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, p. 171.

OTAN en la campaña de Kosovo realizó la Fiscalía del TPIY. En este informe, la Fiscalía, después de afirmar que el análisis de proporcionalidad debe llevarse a cabo al nivel operacional en relación con ataques concretos, parece inclinarse en la práctica en favor de su análisis al nivel estratégico, en cuanto que ataques como el bombardeo de la Radio Televisión Serbia (RTS) son analizados a la luz de objetivos tan amplios como el deterioro del sistema de mando, control y comunicaciones del ejército federal yugoslavo (VJ)⁹⁵⁴.

Ahora bien, la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel estratégico de una campaña militar o de un conflicto armado en su conjunto, tiene el riesgo de diluir el requisito del uso proporcional de la fuerza armada en las acciones ofensivas o defensivas de combate (*ius in bellum*) al asimilarlo a las reglas que rigen el derecho a recurrir a la fuerza armada en legítima defensa (*ius ad bellum*)⁹⁵⁵. Además, como veremos con mayor detalle más adelante, la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel estratégico multiplicaría el volumen de daños civiles colaterales permitidos al tiempo que disminuiría la protección ofrecida por el principio de distinción a las personas y bienes civiles. Por ello, el comentario del CICR rechaza como contrario al art. 51(5)(b) PAI la idea de que, cualquiera que sea la gravedad de los daños civiles colaterales ocasionados, éstos podrían ser aceptables si la ventaja militar esperada es de gran importancia⁹⁵⁶.

954. Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo. 78.

955. En el mismo sentido K. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, p. 171.

956. Y. SANDOZ/C. SWINARSKI/B. ZIMMERMAN/J. Pictet (Coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of*

Por otra parte, la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel estratégico, limitaría presumiblemente el ámbito de sujetos obligados por la misma a los más altos superiores militares, en cuanto que sólo ellos tendrían pleno conocimiento de los objetivos militares y políticos de la campaña militar en su conjunto. Además, mientras algunos podrían afirmar la idoneidad de este tipo de análisis, en relación con campañas aéreas de duración limitada como la llevada a cabo por la OTAN en Kosovo en la primavera de 1999, no cabría en ningún caso decir lo mismo en relación con campañas terrestres, como el conflicto en la ex Yugoslavia en los noventa⁹⁵⁷ o la segunda guerra del golfo, cuyo marco espacio-temporal es mucho más amplio y donde el número de soldados movilizados, la multiplicidad de acciones armadas y la cantidad de munición y armamento utilizado es muy superior.

En cualquier caso, como bien ha sido señalado, se puede afirmar que, al menos con respecto a la tipificación de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad contenida en el art. 8(2)(b)(iv) ER, los adjetivos “concreta y directa”, que también califican a ventaja militar, no parecen compatibles con la aplicación de dicha regla al nivel estratégico de una campaña militar que se extiende en el tiempo y en el espacio o incluso de un conflicto armado en su conjunto⁹⁵⁸.

12 August 1949, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 626.

957. Se trata éste de un conflicto donde las partes contendientes tenían una amplia variedad de objetivos político-militares cuya evolución a lo largo del tiempo parecía interminable.

958. K. DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press/CICR, 2003, p. 171.

Esta posición ha sido acogida por la mayoría del limitado número de precedentes jurisprudenciales existentes hasta la fecha. Así, en el caso Shimoda la ventaja militar esperada del lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki no fue calculada a la luz de la situación del conflicto armado en el Pacífico. En consecuencia, el objetivo norteamericano de forzar la rendición de Japón para evitar así las numerosas bajas norteamericanas⁹⁵⁹ y japonesas que cabía esperar en caso de que hubiera sido necesario luchar por el control de las principales islas de Japón, no se tuvo en ninguna consideración⁹⁶⁰.

Se trata, ésta también, de la posición más frecuentemente acogida por el TPIY que, si bien en la Sentencia de Primera Instancia en el caso Galic optó por un análisis de proporcionalidad al nivel táctico y en el informe de la Fiscalía sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se decantó por un análisis al nivel estratégico, en las Sentencias de Primera Instancia en los casos Blaskic y Strugar llevó a cabo un análisis de proporcionalidad al nivel operacional⁹⁶¹. Así, la Sala de Pri-

959. B.L. BROWN, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, en *Cornell International Law Journal*, Vol. 10, 1976, pp. 134 y ss, p. 141, ha señalado que las bajas norteamericanas que se esperaban del asalto a las principales islas japonesas rondaba el medio millón de soldados.

960. Ryuichi Shimoda et al. v. The State, District Court of Tokyo, de 7 de diciembre de 1963, en *International Law Reports*, Vol. 32, pp. 626 y ss.

961. La Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez (párrafos 565-576, 646-649 y 738-753) combina el análisis individualizado de ataques contra localidades como Busovaca en enero de 1993 o contra Stupni Do el 23 de octubre de 1993 con el análisis conjunto de la serie de ataques lanzados por el HVO contra diferentes poblaciones del valle del Lasva (Vitez, Stari Vitez, Donja Veceriska, Ahmici, Nadioci, Pirici y Santici) el 16 de abril de 1993 a las

mera Instancia en el caso Blaskic valoró la ventaja militar que se podía esperar del ataque a los pueblos y aldeas bosnio-musulmanes del valle del río Lasva, en el contexto exclusivo del ataque a cada uno de dichos municipios. De esta manera, la Sala rechazó cualquier análisis de proporcionalidad, tanto al nivel táctico -que se hubiera centrado exclusivamente en la destrucción de ciertas mezquitas o centros educativos- como al nivel estratégico en el contexto de los objetivos generales de la campaña del HVO en Bosnia Central o de la operación conjunta contra los pueblos y aldeas del valle del río Lasva entre el 16 y el 20 de abril de 1993. De particular importancia a este respecto, es el reconocimiento expreso de que el ataque contra Donja Veceriska constituyó un ataque lícito puesto que se dirigió contra un objetivo militar y no produjo daños civiles desproporcionados⁹⁶².

05.30 h de la mañana y cuyo resultado fue estimado en la muerte de 172 bosnio-musulmanes, la expulsión de otros 5000 (1200 de los cuales permanecieron unos días detenidos) y la destrucción de 420 edificios, incluidos dos seminarios musulmanes, tres mezquitas, y dos escuelas.

962 El ataque a Donja Veceriska comenzó el día 16 de abril de 1993 sobre las 6.00 h con el bombardeo de la artillería del HVO situada en la factoría de municiones SPS. Varias granadas fueron lanzadas dentro de las viviendas y los residentes fueron arrestados y golpeados. La defensa territorial bosnio-musulmana, que incluía aproximadamente entre 40 y 50 combatientes, organizó la defensa del pueblo que duró unas 48 horas hasta que se les agotaron las municiones, luego tuvieron que retirarse (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 538-540; y Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Kordic y Cerkez, párrafo 645). A pesar de que durante el ataque en Donja Veceriska murieron varias personas civiles y varias propiedades civiles fueron incendiadas, la Sala de primera instancia en el caso Blaskic consideró que ningún crimen de guerra se había producido con anterioridad a la retirada de los miembros de la defensa territorial bosnio-musulmana. Hasta ese momento, en opinión de la Sala, lo que se produjeron en Donja Veceriska fueron combates entre

miembros del HVO y otras unidades croatas independientes por un lado, y combatientes bosnio-musulmanes por otro, y no se podía afirmar que los daños civiles colaterales producidos a resultas del ataque a las posiciones de estos últimos, fueran excesivos (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Blaskic, párrafo 543).

Por otra parte, la Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar no entró *per se* a analizar la proporcionalidad del bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik (declarado patrimonio histórico de la humanidad) por el JNA en el marco de la operación de captura del fuerte sobre el monte Srdj (elevación más importante en los alrededores de Dubrovnik) el 6 de diciembre de 1991. Para la Sala (párrafos 209 y 214), cualquier objetivo militar que el JNA pudiera haber bombardeado aquel día en la ciudad de Dubrovnik se encontraba demasiado lejos de su casco antiguo y, por lo tanto, los daños causados a este último no podían ser de ninguna manera considerados como un resultado colateral del ataque contra objetivos militares.

Sin embargo, la sentencia contiene suficientes elementos como para afirmar que, de haber sido necesario, la Sala hubiera optado por un análisis de proporcionalidad al nivel operacional mediante la comparación entre el conjunto de daños ocasionados al casco antiguo de Dubrovnik y la ventaja militar esperada de la destrucción de las piezas de artillería croatas situadas en las inmediaciones del casco antiguo de Dubrovnik que se encontraban presuntamente disparando sobre las unidades del JNA, que intentaban tomar el fuerte sobre el monte Srdj. Así, en primer lugar, la Sala, al rechazar las alegaciones de la defensa en el sentido de que el JNA atacó el casco antiguo porque creyó que en el mismo se encontraban ubicados los morteros y las baterías antiaéreas que estaban bombardeando las posiciones de su infantería sobre el monte Srdj, señaló que, incluso si los morteros y baterías antiaéreas croatas se hubiesen encontrado ubicados en el casco antiguo y hubiesen constituido una amenaza real para las fuerzas del JNA sobre el monte Srdj, no cabía sino afirmar la falta de proporcionalidad entre esta hipotética amenaza y la destrucción a gran escala ocasionada por el bombardeo durante diez horas y media del casco antiguo de Dubrovnik (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafos 194-195).

En segundo lugar, la Sala, a pesar de describir en detalle el contexto del conflicto en el que se desarrolló la operación militar objeto de análisis, no lo tuvo posteriormente en consideración en su análisis sobre la licitud o no de dicha operación. Para la Sala, el ataque al monte Srdj el 6 de diciembre de 1991 se produjo en el marco de la

III.3.4.2. La aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel táctico

A pesar de las razones expuestas en la sección anterior para rechazar la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al

campana de bloqueo marítimo y terrestre de Dubrovnik que el JNA estaba llevando a cabo desde finales de septiembre de 1991. En este contexto la ciudad de Dubrovnik había sido ya bombardeada en varias ocasiones en octubre de 1991, si bien su casco antiguo no había sido alcanzado por primera vez hasta el ataque lanzado los días 23 y 24 de octubre contra las áreas de Lapad, Gruz, Ploce y el propio casco antiguo (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Strugar, párrafos 31 y 50).

Además, en noviembre de 1991 la ciudad de Dubrovnik, incluido su casco antiguo, había sido nuevamente bombardeada (párrafo 62), y para diciembre de 1991 el JNA había realizado importantes progresos en los alrededores de Dubrovnik, lo que le había permitido estrechar su bloqueo de la ciudad (párrafo 79). Finalmente, la Sala subrayó el hecho de que el día 5 de diciembre se había celebrado una reunión entre el almirante del JNA Jokic y varios ministros croatas, para acordar un alto al fuego, y eventualmente poner fin al bloqueo de Dubrovnik, y que dados los progresos realizados, se esperaba concluir al día siguiente por la mañana un alto al fuego que entraría en vigor a partir del mediodía (párrafo 81). De hecho, en opinión de la Sala, el ataque contra el fuerte sobre el monte Srdj, que desembocó en última instancia en el bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik, fue planeado en el atardecer del día 5 de diciembre con la intención de capturar el fuerte antes de las 12.00 h del día siguiente (párrafos 85 y 88). En consecuencia, es más que probable que si la Sala hubiera tenido que llevar a cabo un análisis de proporcionalidad del ataque lanzado por el JNA el 6 de diciembre, hubiera declinado realizarlo al nivel estratégico en relación con la campana de Dubrovnik en su conjunto.

Finalmente, y dado el tratamiento conjunto de los daños producidos en el casco antiguo de Dubrovnik durante el bombardeo del 6 de diciembre de 1991 (párrafos 179, 194, y 208-209), parece también poco probable que la Sala hubiese estado dispuesta a aplicar la ecuación de proporcionalidad al nivel táctico en relación con los daños infringidos a cada uno de los edificios afectados durante el ataque del JNA.

nivel táctico, es decir incidente por incidente, algunos autores continúan defendiendo la necesidad de aplicar por separado la regla de proporcionalidad a todos y cada uno de los incidentes de los que se compone un ataque. Así, Benvenuti considera que sólo examinando las circunstancias específicas de cada incidente es posible determinar si se han adoptado o no todas las medidas de precaución posibles, y si el uso de la fuerza armada en el mismo, es conforme o no con el derecho internacional humanitario⁹⁶³. Este mismo criterio ha sido adoptado, entre otros, por Americas Watch en su análisis de la destrucción del barrio del Chorrillo, en la Ciudad de Panamá, durante la operación “*Causa Justa*” en 1989; por Human Rights Watch, en su análisis de los daños civiles colaterales ocasionados durante la operación “*Tormenta del Desierto*” en 1991; por Amnistía Internacional en el estudio de la incursión israelí en el Líbano denominada operación “*Uvas de la Ira*” en 1996⁹⁶⁴; o más recientemente por Eric David al afirmar que la destrucción del edificio de la Radio Televisión Serbia en Belgrado constituyó claramente un crimen de guerra⁹⁶⁵. Además, numerosos críticos de la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se inclinan por la aplicación de la ecuación de proporcionalidad incidente

963.P. BENVENUTI, *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, en *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, pp. 503 y ss , p. 515.

964.HUMAN RIGHTS WATCH, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, 1991; Amnistía Internacional, *Israel/Lebanon: Unlawful Killings during Operation ‘Grapes of Wrath’* , July 1996.

965.ERIC DAVID, *Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War*, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, pp. 81 y ss, p. 106.

por incidente sin tener en consideración los objetivos más amplios de dicha campaña o de parte de la misma⁹⁶⁶.

El análisis de proporcionalidad al nivel táctico encuentra cierto apoyo en la indeterminación del significado del término “ataque” en los arts. 49 y 51(5)(b) PA I. Además, el propio comentario del CICR, aunque pone el énfasis en la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional, parece dejar también la puerta abierta a su posible aplicación al nivel táctico⁹⁶⁷. A ello se unen los estudios de algunos autores que señalan que, durante las negociaciones desarrolladas en la Conferencia Diplomática que terminó con la aprobación del PA I, la mayoría de los delegados era favorable a una aplicación de la regla de proporcionalidad incidente por incidente⁹⁶⁸.

Pero, sin duda, donde los defensores del análisis de proporcionalidad al nivel táctico encuentran un mayor apoyo, es en la Sentencia de Primera instancia del TPIY en el caso Galic, que analiza la proporcionalidad de hasta veintitrés incidentes aislados ocurridos durante el sitio de Sarajevo entre 1992 y

966.Ver, por ejemplo, TANIA VOON, *Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict*, en American University International Law Review, Vol. 16, 2001, pp. 1083 y ss; Human Rights Watch, *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, febrero 2000; y Amnistía Internacional, *NATO/FRY: ‘Collateral Damage or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, junio 2000.

967.Y. SANDOZ/C. SWINARSKI/B. ZIMMERMAN/J. Pictet (Coord), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 683.

968.B.L. BROWN, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, en Cornell International Law Journal, Vol. 10, 1976, pp. 134 y ss, pp. 140-142.

1994. Esta sentencia extiende la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel táctico más allá de operaciones de corta duración con listas de objetivos limitados, como ocurre en operaciones de represalia como las llevadas a cabo por los EEUU contra objetivos militares en Trípoli y Benghazi el 15 de abril de 1986, o contra lo que finalmente parece haber sido una fábrica farmacéutica en Khartoum en agosto de 1998.

El hecho de que en los últimos años la posición que defiende la aplicación de la regla de proporcionalidad, incidente por incidente, se haya visto reforzada, no significa que el derecho internacional humanitario exija en la actualidad que el análisis de proporcionalidad se deba llevar a cabo al nivel táctico. Por el contrario, por las razones descritas en la sección anterior, se puede afirmar que al día de hoy el derecho internacional humanitario exige la aplicación de la regla de proporcionalidad al nivel operacional, lo que se ha visto sin duda reforzado por la referencia en el art. 8(2)(b)(iv) ER a la “ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”, que parece sacar definitivamente el análisis de proporcionalidad fuera de la esfera puramente táctica para asentarlo en la esfera operacional. Se refleja, de esta manera, la creencia de muchos de que en los modernos conflictos armados integrados, las acciones aisladas de unidades individuales no son un fin en sí mismas, sino que por el contrario deben ser valoradas en su contexto operacional⁹⁶⁹.

Sin embargo, esto no quiere decir que la evolución apreciada en estos últimos años hacia un modelo táctico de aplicación de la regla de proporcionalidad, no pueda terminar en el futuro por imponerse en el derecho internacional humanita-

969.S. OETER, *Methods and Means of Combat* en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Fleck, D. (Coord.), Oxford University Press, 1995, p. 179.

rio. Ahora bien, de ser este el caso, y dado que el derecho internacional humanitario es sólo aplicable como fuente de interpretación de los tipos penales recogidos en el ER cuando existe un problema interpretativo que no puede ser resuelto mediante la aplicación del propio ER o de sus instrumentos complementarios⁹⁷⁰, entendemos que sería necesario enmendar la tipificación de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad recogida en el art. 8(2)(b)(iv) ER para que la jurisprudencia de la Corte pudiera acoger esta nueva tendencia.

III.3.4.3. *El análisis de proporcionalidad al nivel estratégico*

Para el ejército norteamericano, el daño colateral previsto y la ventaja militar esperada deben analizarse desde las necesidades estratégicas, derivadas del conflicto armado de que se trate⁹⁷¹. De esta manera, los defensores de esta posición, tienden a incluir en la columna de los daños civiles colaterales todos aquellos producidos en cualquiera de las operaciones militares, desarrolladas en el marco de una campaña militar, o, dependiendo de su duración, incluso de un conflicto armado en su conjunto; y los comparan con la ventaja militar estratégicamente esperada del desarrollo con éxito de dicha campaña o conflicto.

970.Art. 21(1) ER.

971.W. H. PARKS, *Rolling Thunder and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 22, 1982, pp. 2 y ss. Ver también W. HAYS PARKS, *Air War and the Law of War*, en *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1990, p. 174; y Teniente Coronel B. M. CARNAHAN, *'Linebacker II' and Protocol I: The Convergence of Law and Professionalism*, en *American University Law Review*, Vol. 31, 1982, pp. 866-867.

Es fácil comprender cómo el volumen de daños civiles colaterales, que no son manifiestamente excesivos, es mucho mayor si al otro extremo de la ecuación de proporcionalidad se encuentra la ventaja estratégico-militar esperada de la destrucción del sistema de control, mando y comunicaciones del ejército de la antigua Federación de Serbia y Montenegro (“VJ”) o la ventaja político-militar anticipada del cambio de régimen en Irak. Lógicamente, al mismo tiempo que se incrementa el volumen de daños civiles colaterales aceptados, disminuye el nivel de protección ofrecida a las personas y bienes civiles por la normativa que desarrolla el principio de distinción⁹⁷².

972. Esta situación se refleja perfectamente en el informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999 (párrafos 54, 55, 77, 78 y 79). Así, en relación con el bombardeo de la sede de la Radio Televisión Serbia (RTS) en Belgrado, la Fiscalía del TPIY esgrimió las siguientes razones para concluir que las muertes y lesiones ocasionados a civiles durante el mismo, a pesar de ser desafortunadas, no podían considerarse como daños colaterales excesivos. En primer lugar, la Fiscalía reconoció que un análisis de proporcionalidad incidente por incidente hubiera conducido probablemente a un resultado muy distinto, puesto que la destrucción de cualquiera de los múltiples objetivos del ataque de la OTAN contra el sistema de mando, control y comunicaciones del Ejército Federal Yugoslavo (VJ) –uno de los cuales era la RTS– no hubiera afectado al sistema en su conjunto y por lo tanto, hubiera reportado una ventaja militar muy limitada. En segundo lugar, la Fiscalía consideró que la correcta aplicación de la ecuación de proporcionalidad exigía que el bombardeo de la RTS no se analizase como un incidente aislado sino como parte del ataque general de la OTAN contra el sistema de mando, control y comunicaciones del VJ. Finalmente, según la Fiscalía, el conjunto de los daños civiles colaterales ocasionados durante el bombardeo de la RTS y del resto de objetivos que componían dicho ataque no aparecían como desproporcionados en relación con la importantísima ventaja militar esperada del deterioro, y eventual puesta fuera de servicio, de la red de comunicaciones sobre la que se basaba el sistema de control y mando del VJ.

Llama la atención que mientras el informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo lleva a cabo el análisis de proporcionalidad al nivel estratégico, la Sentencia de Primera Instancia del propio TPIY en el caso Galic se inclina por aplicar la regla de proporcionalidad al nivel táctico. A este respecto hay que subrayar que el verda-

Aunque las frecuentes referencias al término “ataque” pudieran dar la impresión de que la Fiscalía aplicó la regla de proporcionalidad al nivel operacional, lo cierto es que difícilmente se puede hablar de ataque cuando nos encontramos con cientos de incidentes desarrollados a través de una buena parte del conflicto, a los efectos de deteriorar primero, y destruir después. El elemento más importante en la defensa de un territorio: la coordinación interna de las fuerzas armadas defensoras garantizada a través del sistema de mando, control y comunicaciones. Por esta razón, entendemos que lo que la Fiscalía llamó ataque tenía en realidad las dimensiones de una campaña y que, por tanto, su análisis de proporcionalidad se llevó a cabo al nivel estratégico.

Esta conclusión se ve reforzada, además, por el hecho de que la Fiscalía sólo abordara el análisis de proporcionalidad de incidentes como el bombardeo de la RTS tras de haber afirmado que el conjunto de los daños civiles colaterales ocasionados por las operaciones aéreas de la OTAN durante el conflicto en Kosovo, no podían ser de ninguna manera considerados como excesivos. En este sentido, la Fiscalía señaló que durante el conflicto en Kosovo en la primavera de 1999, los aviones de la OTAN realizaron 38400 salidas y lanzaron un total de 23614 bombas. Además, aunque la Fiscalía reconoció que algunos de los objetivos atacados por la OTAN, pertenecían a categorías de bienes cuyo carácter civil o militar dependía de su uso durante el conflicto armado -como por ejemplo las infraestructuras utilizadas por la industria militar, ciertos ministerios, las refinerías petrolíferas y la prensa- acabó concluyendo que, al menos en los incidentes revisados, la OTAN solamente atacó aquellos objetivos que en su opinión constituían objetivos militares lícitos. Al mismo tiempo, la Fiscalía subrayó que el número total de muertes civiles colaterales ocasionadas durante las operaciones aéreas de la OTAN fue de aproximadamente 500 personas. En consecuencia, en opinión de la Fiscalía, no parecía que la OTAN hubiera conducido su campaña aérea con el objetivo de causar directamente o colateralmente daños civiles substanciales.

dero problema con el que se enfrentó la Fiscalía durante el caso Galic fue, por un lado, la inexistencia de órdenes directas del acusado (general Galic, comandante en jefe del SRK) para que se atacase a la población civil y, por otro lado, la imposibilidad material de presentar elementos de prueba sobre cada uno de los numerosos ataques de mortero y disparos de francotiradores que las tropas del SRK, desplegadas en los alrededores de Sarajevo (aproximadamente 15000 soldados), habían realizado contra la población civil durante los 23 meses de sitio a que se refería el escrito de acusación. Ante esta situación, la Fiscalía intentó probar la existencia de una campaña de ataques deliberados contra la población civil, con el fin de aterrorizarla mediante la combinación de los siguientes dos elementos: (i) la presentación, a modo de ejemplo, de elementos de prueba relativos a 23 incidentes con francotiradores y 5 ataques de mortero; y (ii) la presentación de otros elementos de prueba de carácter general sobre los 23 meses de sitio de Sarajevo objeto del escrito de acusación como estadísticas, estudios demográficos o informes del personal internacional destinado en Sarajevo. En este contexto, la Mayoría de la Sala optó por un análisis de proporcionalidad al nivel táctico, en relación con cada uno de los 28 incidentes incluidos en el anexo del escrito de acusación, rechazando comparar al nivel estratégico, los daños civiles colaterales ocasionados durante el sitio de Sarajevo con la ventaja militar esperada por el SRK de su toma. Por su parte, en su voto particular, el juez Nieto Navia expresó su sorpresa porque la Mayoría no hubiera realizado ningún esfuerzo por determinar qué porcentaje de los daños ocasionados a civiles durante los 23 meses de sitio habían sido consecuencia colateral de los ataques lanzados por el SRK contra objetivos militares en Sarajevo -sobre todo considerando que se había demostrado la presencia de unos

45000 soldados bosnio musulmanes del ABiH dentro de la ciudad⁹⁷³.

973.La Mayoría de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic llegó a la conclusión de que entre 1992 y 1994 el Sarajevo Romanija Korps (SRK, perteneciente a las fuerzas Bosnio Serbias (VRS)) recurrió de manera sistemática a ataques de mortero y disparos de francotiradores contra la población civil de Sarajevo) con la intención de terrorizarla. La Mayoría explicó que las razones que le llevaron a alcanzar esta conclusión fueron las siguientes: En primer lugar, los testigos que residían en Sarajevo en aquella época, testificaron que no había habido ningún tipo de actividad civil ni ningún área bajo el control del ABiH que hubiese estado protegida contra los ataques del SRK. En este sentido, la Mayoría señaló que los incidentes analizados se referían a civiles muertos o heridos mientras atendían funerales, se encontraban en ambulancias, hospitales, tranvías o autobuses, volvían a sus casas en coche o bicicleta, cuidaban de sus jardines o iban por agua. En segundo lugar, la topografía urbana de Sarajevo, con varias colinas y edificios altos, ofrecía al SRK una posición inmejorable para disparar contra los civiles que circulaban por la ciudad. En tercer lugar, a pesar de que la población civil se adaptó al entorno hostil mediante el cierre de las escuelas, la limitación en la medida de lo posible de sus desplazamientos por la ciudad, el retraso de sus salidas hasta el anochecer o la construcción de barricadas para protegerse mejor de los francotiradores del SRK, no había área de la ciudad en la que se podían sentir seguros. En cuarto lugar, el personal internacional destinado en Sarajevo, testificó que los residentes civiles de Sarajevo eran continuamente objeto de ataque por la artillería o por los francotiradores del SRK. En quinto lugar, la Mayoría admitió que tanto el personal militar internacional como los residentes de Sarajevo habían tenido dificultades para detectar las posiciones desde las que provenía el fuego y que se habían presentado elementos de prueba que parecían indicar que el ABiH habían lanzado en ciertas ocasiones ataques contra personas civiles residiendo en Sarajevo con el fin de llamar la atención de la Comunidad Internacional sobre los perniciosos efectos del sitio del SRK. Sin embargo, para la Mayoría, sólo una mínima parte de los ataques contra civiles podían ser atribuidos a esta causa. Igualmente, en opinión de la Mayoría, sólo una pequeña parte de las bajas civiles podía resultar atribuible, bien a proyectiles perdidos, bien a la creencia errónea de que las personas atacadas eran en realidad combatientes. En sexto lugar, la Mayoría consideró que los ataques de la artillería y

de los francotiradores del SRK en áreas controladas por el ABiH respondían a un determinado patrón temporal. En séptimo lugar, para la Mayoría, en una situación de combate estática como la vivida en Sarajevo entre 1992 y 1994, los ataques sistemáticos y generalizados contra personas civiles no podían atribuir al atacante ningún tipo de ventaja militar. Finalmente, a juicio de la Mayoría, la naturaleza de las actividades desarrolladas por los civiles cuando fueron atacados, la manera en que se produjeron los ataques, el marco temporal de los mismos y su duración, mostraban que el objetivo de la campaña fue el de aterrorizar a la población civil haciendo que no se sintieran seguros en ningún momento ni en ningún área de la ciudad (Sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Galic, párrafos 582 y 594).

En su voto particular, el juez Nieto Navia señaló que el número de personas viviendo en Sarajevo entre 1992 y 1994 era de 340000, de los cuales 45.000 eran del ABiH. Además, subrayó que los tres expertos demográficos de la Fiscalía habían coincidido en que durante los 23 meses referidos en el escrito de acusación, al menos 1399 personas habían perdido la vida y otras 5093 habían sido heridas. Sin embargo, según el juez Nieto Navia, si un ejército de la competencia y el profesionalismo que la Fiscalía atribuía al SRK hubiera llevado realmente a cabo durante 23 meses una campaña contra la población civil residiendo en Sarajevo, se hubiera esperado que el número de bajas civiles fuera mucho más elevado, sobre todo si se tiene en cuenta que en las cifras presentadas por la Fiscalía no se cuantifican las bajas civiles debidas a daños colaterales ocasionados por ataques del SRK contra objetivos militares. En opinión del juez Nieto Navia a esto había que unir otra serie de factores como: (i) el paulatino descenso en el número de bajas civiles mensuales; (ii) la cesión voluntaria por el SRK del control sobre el aeropuerto; (iii) la autorización dada por el SRK para el establecimiento de rutas azules que permitieran la distribución de ayuda humanitaria en la ciudad; (iv) la conclusión por el SRK de acuerdos para suspender los ataques de francotiradores; (v) la aceptación por el SRK de la creación de una zona de exclusión; y (vi) la conclusión por las autoridades serbo-bosnias de dos acuerdos y la emisión de dos declaraciones afirmando su compromiso con el respeto de los principios del derecho internacional humanitario. Por todas estas razones, el juez Nieto Navia llegó a la conclusión de que de los elementos de prueba presentados no se podía concluir que el SRK hubiera conducido durante 23 meses una campaña de ataques de artillería y de francotiradores deliberadamente dirigida contra la población civil de Sarajevo (Voto particular del juez Nieto Navia en el caso Galic, párrafos 106- 107).

En cualquier caso, es importante subrayar que incluso dentro de la esfera del propio ejército norteamericano se han podido apreciar en los últimos años ciertas instancias en las que el análisis de proporcionalidad no se ha realizado al nivel estratégico. Así, el informe del departamento de defensa al Congreso sobre el cumplimiento del ejército norteamericano con las exigencias del derecho internacional humanitario en la primera guerra del golfo señalaba que, de haberse conocido que personas civiles se encontraban presentes en el bunker de Al-Firdus, se podría haber retrasado su ataque hasta que las mismas hubieran sido evacuadas⁹⁷⁴. De mayor relevancia es, en nuestra opinión, el hecho de que tras el ataque al Convoy en Djakovica el 14 de abril de 1999, donde alrededor de 70 civiles perdieron la vida y otros 100 resultaron heridos, el comandante del componente aéreo de las fuerzas combinadas de la OTAN emitiera una directiva, conforme a la cual, cuando vehículos militares y civiles circularan en un mismo convoy, los primeros no deberían ser atacados para así evitar los daños colaterales que se pudieran causar a los segundos⁹⁷⁵.

Algunos han señalado que la mayor importancia dada en los últimos años por el ejército norteamericano a la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional, no es el resultado de una distinta percepción de las exigencias derivadas del derecho internacional humanitario, sino el fruto de motivaciones políticas -ya sean éstas de carácter político-estratégico como el facilitar la reconstrucción de Irak tras la

974. United States, Department of Defense, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, en *International Law Materials*, Vol. 31, 1992, p. 627. Ver también W. HAYS PARKS, *Rolling Thunder and the Law of War*, en *Air University Review*, Vol. 22, 1982, pp. 2 y ss.

975. Informe de la Fiscalía del TPIY sobre la campaña de la OTAN en Kosovo en 1999, párrafo 68.

caída del régimen de Sadam Hussein, ya sean fruto de la reducción del nivel de daños civiles colaterales que la opinión pública considera aceptables-. Para estos autores, esta sería la razón por la que en el informe sobre la primera guerra del golfo arriba mencionado, el departamento de defensa norteamericano afirmase que la ecuación de proporcionalidad se podía aplicar tanto en el contexto de objetivos específicos como a la luz de los objetivos generales de la campaña militar en su conjunto⁹⁷⁶. De esta manera, el descarte de ciertos objetivos militares en virtud de los excesivos daños colaterales que su ataque podría ocasionar en relación con la ventaja militar anticipada de su exclusiva destrucción o neutralización, no constituiría una obligación jurídica impuesta por el derecho internacional humanitario.

Sin embargo, en nuestra opinión, no es posible restar toda significación jurídica al hecho de que el ejército de los EEUU, que no sólo no ha ratificado el PA I sino que además es el principal valedor de la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel estratégico, haya ido desde el final de la guerra del Vietnam ajustando progresivamente su práctica en esta materia a la aplicación de la ecuación de proporcionalidad al nivel operacional. Este hecho adquiere todavía mayor significación a la luz de la prohibición de recurrir a la interpretación extensiva de las disposiciones del derecho internacional humanitario, cuando ésta tenga como resultado el menoscabo de su finalidad última, que no es otra que la de limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados- y particularmente aquellos causados a quienes no toman

976. United States, Department of Defense, *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War...*, pp. 622.

parte activa en las hostilidades⁹⁷⁷. En cualquier caso, en lo que al ER se refiere, ya señalamos en secciones precedentes que la utilización de los adjetivos “concreta y directa” como calificativos de la noción de “ventaja militar” a la hora de tipificar las infracciones graves de la regla de proporcionalidad en el art. 8(2)(b)(iv) ER, no parece ser compatible con el análisis de proporcionalidad al nivel estratégico.

977.Y. SANDOZ/C. SWINARSKI/B. ZIMMERMAN/J. Pictet (Coord.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 626.

III.4. Análisis del Caso Couso a la luz del Estatuto de Roma⁹⁷⁸

III.4.1. Introducción

El 8 de abril de 2003, las tropas norteamericanas realizaban una “operación de limpieza”, dirigida a obtener definitivamente el control sobre ciertas áreas de Bagdad⁹⁷⁹. En el marco de esta operación, hacia las 7.50 h. de la mañana del día 8 de abril de 2003, bajo el mando de la Tercera División

978.Publicado en la *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Logroño (España), Vol. 5, 2007, pp. 67-91.

979.La descripción de los hechos del caso está basada en los hechos descritos en (i) la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, por la que se reconoce la jurisdicción de la justicia española, para investigar los hechos que ocasionaron la muerte de José Couso, y que priva de toda eficacia la anulación de la orden de búsqueda y captura dictada por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 contra los tres principales imputados y el archivo de la querrella, decretados en marzo de 2006 por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; (ii) el auto de 19 de octubre de 2005 del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 por el que dicta orden de búsqueda y captura contra los tres principales imputados; (iii) la querrella interpuesta ante el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de la Audiencia Nacional el 27 de mayo de 2003 (disponible en <http://www.josecouso.info/IMG/pdf/querrella.pdf>); y (iv) el informe del Comité para la Protección de Periodistas (CPP), disponible en: www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

de Infantería del Ejército de los Estados Unidos, un misil lanzado desde un avión de combate estadounidense, alcanza las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dhabi en Bagdad⁹⁸⁰, causando la muerte al periodista jordano Tarek Ayub e hiriendo a su cámara.

Poco después de las once de la mañana, la tripulación de un carro de combate estadounidense Abrams M1, perteneciente a la compañía A del Regimiento 64 de la Segunda Brigada de la Tercera División de Infantería, giró su torreta para apuntar al Hotel Palestina -lugar donde una buena parte de la prensa internacional se encontraba ubicada de acuerdo con las indicaciones dadas por el Pentágono- a raíz de la identificación de lo que en principio se dijo era un francotirador enemigo y, posteriormente, parece ser que se trataba de un observador con prismáticos.

Tras una espera de varios minutos, y con la pertinente autorización de sus superiores jerárquicos (ya fuese el capitán Wolford o el teniente coronel Philip de Camps), el sargento Gibson disparó desde el carro de combate Abrams M1 un proyectil que impactó contra el piso 15 del Hotel Palestina. José Couso Permy, cámara y reportero de Tele 5, fue alcanzado por el impacto mientras se encontraba filmando desde la habitación 1403 del Hotel Palestina, falleciendo pocas horas después a causa de las heridas recibidas. En el ataque falleció también Taras Protsyuk, periodista de la agencia Reuters, quién se encontraba en la habitación 1503, y resultaron heridos de gravedad Samia Najul, periodista libanesa, Paul Pasquale, coordinador de satélite de nacionalidad británica y

980. La sede de Al Yazira en Bagdad se encontraba ubicada en un edificio residencial, cuyas coordenadas habían sido proporcionadas por la propia cadena de televisión al Pentágono dos meses antes. Además, amplias banderas con el símbolo "TV" colgaban de dicho edificio.

el fotógrafo iraquí Faleh Kheiber -hubo además varios heridos de menor consideración.

Según fuentes del Pentágono, la Tercera División de Infantería tenía todos los motivos para creer que *existía un franco-tirador en el hotel Palestina*, y además desconocía que en el hotel Palestina se encontraban alojados los corresponsales de la prensa internacional⁹⁸¹. Por su parte, el Secretario de Estado, Colin Powell, en una carta dirigida a la ministra de asuntos exteriores española, Ana Palacio, el 21 de abril de 2003 afirma que el uso de la fuerza estuvo justificado y el nivel de fuerza fue proporcional a la amenaza contra las fuerzas norteamericanas. En el mismo sentido, el Departamento de Defensa norteamericano en su informe en respuesta a una *petición del Comité para la Protección de los Periodistas* (“CPP”) -organización norteamericana que investiga casos de violencia contra periodistas en todo el mundo- en virtud de la Ley de Libertad de Información, sostiene que el ataque contra el hotel Palestina se efectuó en defensa propia porque la tripulación del carro de combate tenía razones para creer que en dicho hotel se encontraban fuerzas enemigas disparando sobre las tropas estadounidenses. Además, según el Pentágono, la responsabilidad recae en todo caso sobre el enemigo por-

981. Las declaraciones del capitán Wolford, superior inmediato que autorizó al sargento Shawn Gibson, (que se encontraba al mando del carro de combate Abrams M1), a efectuar el disparo contra el hotel Palestina, resultan algo confusas, ya que, por un lado señala que el carro de combate que disparó al hotel Palestina estaba «devolviendo» el fuego, mientras que por otro lado afirma rotundamente que el carro disparó contra un vigía con prismáticos. Por su parte, el sargento Shawn Gibson afirma que la compañía A del Regimiento 64 de segunda Brigada de la Tercera División de Infantería, que se encontraba en el puente Al-Jumhuriya cuando las tropas norteamericanas entraron en el centro de Bagdad, buscaba en realidad a un observador de la artillería iraquí, al que intentaba neutralizar.

que «eligió combatir en una ciudad, exponiendo innecesariamente a la población civil, incluidos los periodistas». Por todo ello, el Pentágono concluye que en el ataque al hotel Palestina, que causó la muerte al periodista español José Couso Permuy, no se pudo apreciar que existiera imprudencia alguna.

Por su parte, el CPP, en un comunicado emitido el 25 de junio de 2003, basado en algunas comunicaciones de radio interceptadas, afirma que los soldados que abrieron fuego sólo tenían la certeza de estar siendo observados desde un edificio suficientemente alto, y recuerda que ninguno de los periodistas alojados en el hotel Palestina indicaron que saliera fuego hostil desde el hotel. Es más, muchos aseguraron que durante los quince o veinte minutos previos ni siquiera hubo fuego en la zona, y daba la impresión de que los combates habían terminado⁹⁸².

El CPP denuncia que las conclusiones del Pentágono no explicaban las razones por las que las tropas estadounidenses no sabían que el hotel Palestina estaba repleto de periodistas internacionales, cuando las agencias de noticias habían informado previamente a los mandos militares norteamericanos de dónde se alojaban sus corresponsales. Según el CPP, parece ser que dichos mandos militares no informaron al respecto a sus subordinados⁹⁸³. En consecuencia, el CPP concluye que el ataque contra los periodistas alojados en el hotel Palestina, si bien no fue premeditado, se pudo evitar.

982. El Informe puede verse en www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

983. Surge el interrogante de: ¿por qué no se informó a las unidades militares de la presencia de un emplazamiento civil de importancia en el campo de batalla antes del ataque?

Finalmente, en la querrela presentada por los familiares de José Couso Permuy⁹⁸⁴, se afirma el carácter civil del hotel Palestina, así como el hecho de que las fuerzas y mandos angloamericanos conocían que en dicho hotel se alojaba la prensa internacional. Según se afirma en la querrela, tanto el ataque contra el hotel Palestina, como el ataque contra las sedes de Al-Yazira y Abu Dhabi, fueron inmediatamente reconocidos por el mando central aliado en Qatar. Ahora bien, la justificación ofrecida en relación con el hotel Palestina, es decir la existencia de un francotirador en el tejado, no es confirmada por el testimonio de ninguno de los numerosos periodistas presentes en el lugar de los hechos.

Por esta razón, la querrela presentada por la acusación particular ante el Juez Central de Instrucción Núm. I de la Audiencia Nacional el 27 de mayo de 2003, califica los hechos relatados en la misma, desde la perspectiva del ER, de la siguiente manera:

Los hechos relatados constituyen, desde la perspectiva del derecho internacional, “crimen de guerra”. Según el Estatuto de Roma, que dio lugar a la creación del la Corte Penal Internacional, firmado por España el día 18 de julio de 1998 y ratificado el 24 de octubre de 2000, se entienden por crímenes de guerra:

- Artículo 8.2 a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares.

La Convención de Ginebra establece en su Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977:

984.Ver <http://www.josecouso.info/IMG/pdf/querella.pdf>.

- Art. 51.1: “La población civil y los civiles deberán gozar de protección civil contra los peligros inherentes a las operaciones militares”.
- Art. 51.4, 5: Para hacer efectiva la protección a la población se prohíben los ataques indiscriminados. Se consideran ataques indiscriminados: Art. 51.4 a) “los que no están dirigidos contra objetivo militar concreto”. Art. 51.5 b) “los ataques, cuando sea prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas”.
- Art. 79: “Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en la zona de conflicto armado serán consideradas personas civiles. Deberán ser protegidas como tales de conformidad con el presente Convenio y el presente Protocolo, a condición de que abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil⁹⁸⁵ .

III.4.2. Observaciones preliminares sobre la tipificación de los ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y de los ataques desproporcionados en el Estatuto de Roma

A pesar de las dificultades a las que se enfrentan quienes participan en un conflicto armado (especialmente durante situaciones de combate), el derecho internacional humanitario, también llamado derecho internacional de los conflictos armados, exige a los mismos el respeto de ciertas reglas básicas que pretenden limitar los sufrimientos y destrucción causados por el conflicto -en particular, los ocasionados a aquellas personas que no han participado o que han dejado de participar

985.Idem.

986.REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial*, en *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos

en el mismo⁹⁸⁶. Por ello, el derecho internacional humanitario obliga en la misma medida a todas las partes contendientes con independencia de quién recurrió primero al uso de la fuerza armada y de las razones para ello⁹⁸⁷.

Esto no puede, sin embargo, equipararse con la prohibición del empleo letal o devastador de la fuerza. Por el contrario, muerte y destrucción, incluso cuando afecta a civiles, son efectos inevitables de los conflictos armados, y no se encuentran prohibidos como tales, por el derecho internacional humanitario. Por tanto, de su existencia no se puede presumir sin más que se haya cometido un crimen de guerra. Sólo cuando muerte y destrucción son el resultado de infracciones graves del derecho internacional humanitario se puede hablar de responsabilidad penal individual.

En consecuencia, prácticas como la de catalogar como crímenes contra la humanidad -o incluso como delitos ordinarios- ataques perfectamente lícitos desde la perspectiva del derecho internacional humanitario por el mero hecho de que causan bajas civiles o daños a bienes de carácter civil⁹⁸⁸ no

de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 142 y ss.

987. QUINTANO RIPOLLÉS, A., Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, Tomo I, pp. 573 y 574.

988. Ejemplo paradigmático de esta práctica es el análisis de los ataques a los pueblos de Vitez y Donja Veceriska, ambos situados en el valle del río Lasva en Bosnia Central, por las fuerzas bosnio-croatas (HVO) entre el 16 y el 18 de abril de 1993 en los párrafos 643 a 649 de la Sentencia de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (“TPIY”) en el caso *Prosecutor v. Dario KORDIC and Mario CERKEZ*, caso núm. IT-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001. Véase a este respecto el distinto tratamiento que del ataque a Donja Veceriska realiza la Sentencia de primera instancia en el caso *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, caso Núm. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000

sólo es contraria a la normativa que regula los conflictos armados (y en particular las situaciones de combate), sino que introduce estándares de imposible cumplimiento que eliminan todo incentivo para que las partes contendientes ajusten su comportamiento a los mismos y reduce drásticamente la eficacia preventivo-general de sus normas penales.

No todas las infracciones del derecho internacional humanitario dan lugar a responsabilidad penal individual. En principio, sólo las infracciones más graves del derecho internacional humanitario, denominadas crímenes de guerra, dan lugar a la responsabilidad penal de sus autores y de aquellos otros que contribuyen a su comisión⁹⁸⁹. Así, los Convenios de Ginebra de 1949, estipulan en el párrafo primero de los arts. 49 CG I, 50 CG II, 129 CG III y 146 CG IV que “las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas la medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales

(párrafos 533-544). En cualquier caso, esta práctica del TPIY parece haber sido definitivamente superada, como así lo indica, la Sentencia de primera instancia en el caso *Prosecutor v. Stanislav Galic*, caso núm. IT-98-29-T, de 5 de diciembre de 2003, párrafo 144.

989.No todas las infracciones del derecho internacional humanitario dan lugar a responsabilidad penal individual. De hecho, mientras las primeras limitaciones conocidas a la manera de conducirse en las hostilidades, datan del guerrero chino Sun Tzu en el siglo VI a.c. -habiendo sido los griegos los primeros en atribuir a estas prohibiciones el valor de ley- hay que esperar al Código hindú Manu hacia el año 200 a. c. par encontrar la primera elaboración comprensiva de la noción de crimen de guerra, que eventualmente sería integrada en el derecho romano. Ver RATNER, R., *Crímenes de Guerra, Clases de*”, en *Crímenes de Guerra. Lo que Debemos Saber*, Gutman/Rieff (Coord.), Debates, 2003, pág. 145; y AMATI, E., *La Repressione dei Crimini di Guerra tra Diritto Internazionale e Diritto Interno*, en *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Comisión Verità e Riconciliazione* (Coord. Illuminati/Stortoni/Vigilio), Giappichelli, Torino, 2000, p. 102.

que cometan, o den orden de cometer, cualesquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente”. Además, en el párrafo tercero de estas mismas disposiciones se añade que: “cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente”.

El sistema es completado por el art. 85(1) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (“PA I”) que señala que “las disposiciones de los Convenios, relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”; mientras que en el párrafo quinto del mismo artículo se añade que “sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra”.

En principio, el resto de violaciones de la normativa de derecho internacional humanitario sólo da lugar, según los casos, a responsabilidad administrativa o disciplinaria y, en ciertos supuestos, a una simple obligación de los Estados a adoptar las medidas legislativas necesarias para poner fin a las mismas⁹⁹⁰. Sin embargo, debido a la tradicional reticencia

990. Los arts. 49 CG I, 50 CG II, 129 CG III y 146 CG IV disponen que “cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio”. Por su parte el art. 85(1) PA I establece que “las disposiciones de los Convenios, relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”. Además, el art. 86(1) PA I añade que “ las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar

de los Estados, a tipificar mediante tratados internacionales aquellos comportamientos que más gravemente menoscaban los valores superiores sobre los que se asienta la comunidad internacional, la costumbre ha tenido tradicionalmente un papel particularmente relevante como fuente de derecho penal internacional⁹⁹¹. De ahí, que, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos nacionales donde el derecho consuetudinario no es fuente de derecho penal, sea necesario prestar atención a aquel para determinar el conjunto de infracciones del derecho internacional humanitario, que dan lugar a responsabilidad penal individual⁹⁹².

las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un “deber de actuar”, mientras que el art. 87(3) PA I dispone que “las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios, o del presente Protocolo, a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

991. Conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional son las siguientes: (i) las convenciones internacionales, ya sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados, que las suscriben; (ii) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (iii) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

992. En este sentido, la Sala de Apelaciones común a los tribunales *ad hoc*, señaló en su decisión sobre jurisdicción de 2 de octubre de 1995 en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, caso núm. IT-94-1-AR72, (párrafo 143), que tanto la costumbre internacional como el derecho convencional, son fuentes de derecho penal internacional relevantes a los efectos de

analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine lege*. Si bien la aplicación del derecho convencional se encuentra sometida a las siguientes dos condiciones: (i) la adhesión de todas las partes en conflicto al tratado internacional de que se trate en el momento en que se produzcan los hechos presuntamente constitutivos de delito; y (ii) la compatibilidad entre el contenido de las normas convencionales de que se trate y las normas internacionales de *ius cogens*, entre las que se encuentran la mayoría de los usos y costumbres de la guerra (Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 143). En la misma decisión (párrafo 143) la Sala de Apelaciones añadió que los redactores del estatuto del TPIY habían hecho particular énfasis en la aplicación del derecho consuetudinario para evitar así la violación del principio *nullum crimen sine lege* en aquellos supuestos en los que alguna de las partes en conflicto no fuese parte del tratado internacional relevante.

Más recientemente, la Sala de Apelaciones, sobre la base del informe del Secretario General de las Naciones Unidas, ha señalado que, en principio, sólo puede aplicar aquellas normas del derecho internacional humanitario sobre las que no hay duda de su carácter consuetudinario, de manera que el TPIY sólo puede conocer de hechos que en el momento de producirse fuesen constitutivos de delito conforme a la costumbre internacional. Este cambio se dejó entrever por primera vez en la decisión interlocutoria de 22 de noviembre de 2002 en el caso *Prosecutor v. Pavle Strugar*, caso núm. IT-01-42-AR72 (párrafos 9, 10 y 13) en relación con los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles. Posteriormente, se ha consolidado con la decisión sobre jurisdicción respecto de la doctrina del propósito criminal común de 12 de mayo de 2004 en el caso *Prosecutor v. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic and Dragoljub Ojdanic*, caso núm. IT-99-37-AR72 (párrafo 9), la decisión sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos de 16 de julio de 2003 en el caso *Prosecutor v. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, caso núm. IT-01-47-AR72 (párrafo 32), la Sentencia de Apelación de 22 de marzo de 2006 en el caso *Prosecutor v. Milomir Stakic*, caso núm. IT-92-24-A (párrafo 62), y la Sentencia de Apelación de 30 de noviembre de 2006 en el caso *Prosecutor v. Stanislav Galic*, case núm. IT-98-29-A.

La tradicional importancia del derecho consuetudinario para determinar el conjunto de infracciones del derecho internacional humanitario que dan lugar a responsabilidad penal individual, se ha reflejado también en los criterios aplicados en la selección de los comportamientos típicos incluidos en el ER. Ver a este respecto, Von HEBEL, H./Robinson,

En este sentido, la Sala de Apelaciones común a los tribunales *ad hoc*, ha afirmado en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, la existencia de un núcleo duro de normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, cuya infracción grave da lugar a responsabilidad penal con independencia de que se actúe en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o de carácter interno⁹⁹³. Entre estas normas se incluyen la prohibición de realizar actos de violencia contra todos aquellos que no toman parte activa o que han dejado de tomar parte activa en las hostilidades, la protección de los bienes de carácter civil (así como de los bienes históricos, culturales o dedicados a ciertas finalidades sociales), la prohibición del lanzamiento de ataques indiscriminados o de ataques, que, se prevé, causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar esperada de los mismos y la prohibición de ciertos métodos y medios de combate⁹⁹⁴.

Como resultado de esta evolución, el Estatuto de Roma (“ER”), al menos en relación con los conflictos armados de carácter internacional, tipifica por separado los ataques que más gravemente infringen el núcleo central de la normativa que desarrolla el principio de distinción en la conducción de

D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Roy S. Lee (Coord), Kluwer Law International, 1999, pp. 103-104.

993. Decisión sobre jurisdicción de 2 de octubre de 1995 en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, caso núm. IT-94-1-AR72., párrafos 111, 126, 127, 134 y 143.

994. Idem. Más recientemente, la Sala de Apelaciones ha subrayado en su Decisión interlocutoria de 22 de noviembre de 2002 en el caso *Prosecutor v. Pavle Strugar*, caso núm. IT-01-42-AR72, párrafos 9, 10 y 13, la naturaleza consuetudinaria de los delitos relativos a los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles.

las hostilidades, es decir: (i) los ataques dirigidos contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participan directamente en las hostilidades; (ii) los ataques dirigidos contra bienes civiles, es decir, aquellos que no constituyen objetivos militares⁹⁹⁵; y (iii) los ataques desproporcionados contra objetivos militares; es decir, aquellos que se prevé causarán daños civiles colaterales manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea obtener de los mismos⁹⁹⁶.

995.Arts. 8(2)(b)(i) y (ii) y (2)(e)(i) ER.

996.Art. 8(2)(b)(iv) ER. Los redactores del ER llevaron a cabo un proceso de selección de las infracciones graves del derecho internacional humanitario que fueron finalmente tipificadas en el ER a los efectos de asegurar que la jurisdicción material de la Corte se limite a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Tres fueron los criterios utilizados por los redactores del ER para determinar *a priori* qué infracciones del derecho internacional humanitario merecían ser incluidas en el ER y cuáles otras debían ser excluidas. Los criterios elegidos fueron los siguientes: (i) que con independencia de su posible origen convencional, la norma afectada hubiese alcanzado la condición de costumbre internacional y por tanto vinculase a todos los Estados miembros de la comunidad internacional; (ii) que al margen de las consecuencias previstas en los instrumentos internacionales donde dicha norma se recogiese, su violación diera lugar a responsabilidad penal de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario; y (iii) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente. Ver H. VON HEBEL/ D. ROBINSON, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, R.S. Lee (Coord), 1999, pp. 103-104. Ver también, H. OLÁSULO, *Apuntes Prácticos sobre el Tratamiento de los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Num. 86, Número de julio-diciembre de 2005, pp. 107 y ss. Como consecuencia, no todas las conductas incluidas en el sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del PA I fueron tipificadas en el ER. Sirva como ejemplo la exclusión de la infracción grave del art. 85(4)(b) PA I relativa a la “demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles”. Ver a este respecto, A. CASSESE,

Con ello se reconoce la distinta naturaleza entre los ataques ilícitos lanzados contra personas o bienes que no tienen la condición de objetivo militar y aquellos otros ataques que, si bien en principio podrían ser considerados lícitos en cuanto que son lanzados contra objetivos militares, acaban en última instancia siendo ilícitos por infringir gravemente la regla de proporcionalidad⁹⁹⁷.

Es precisamente a la luz de estos tres tipos penales, desde los que hay que analizar si operaciones militares como la que costó la vida a José Couso Permuy el 8 de abril del 2003 dan lugar a la responsabilidad penal de sus autores conforme al ER. Además, al llevar a cabo dicho análisis conviene recordar que el carácter lícito o ilícito del conflicto armado es irrelevante a la hora de analizar si una determinada operación militar se desarrolla de conformidad con el principio de distinción y la regla de proporcionalidad.

International Criminal Law, Oxford University Press, 2003, pp. 60-61. La importancia de esta exclusión es palpable si tenemos en cuenta lo acontecido por ejemplo al final de la segunda guerra mundial (H. FISCHER, *Protection of Prisoners of War*, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, D. FLECK (Coord.), pp. 321-368, pp. 324-32).

997. Una posición diferente es sostenida por J.G. GARDAM, *Proportionality and Force in International Law*, en *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 391 y ss, p. 410; y por J. F. MURPHY, *Some Legal (And A Few Ethical) Dimensions Of The Collateral Damage Resulting From NATO'S Kosovo Campaign*, en *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, A. Wall (Coord.), *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 244-245 y 248.

III.4.3. Las jurisdicciones nacionales como principal instrumento en la persecución penal de los crímenes de guerra

La creación de la Corte Penal Internacional (“la Corte”) no sólo no afecta a la configuración de las jurisdicciones nacionales como el principal instrumento en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra, sino que, por el contrario, lo refuerza⁹⁹⁸.

Desde una perspectiva sustantiva, la eficacia de la función preventiva de las normas penales recogidas en el ER- y de la actuación del principio de legalidad penal recogido en los arts. 22 a 24 ER - requiere en una importante medida la adopción en las legislaciones internas de los tipos penales previstos en el ER. Esta es la consecuencia lógica de la estructura de la norma penal conforme a la cuál la amenaza de sanción penal en caso de menoscabo del bien jurídico protegido se dirige a individuos, de manera que, al margen de los esfuerzos educativos sobre el contenido de la norma, la cercanía de la fuente normativa al individuo, constituye un factor de indudable relevancia en el conocimiento de su contenido y por lo tanto en la eficacia de su función preventiva.

La claridad del mensaje enviado por la norma penal constituye también un factor esencial en su eficacia preventiva y en la realización de las garantías fundamentales derivadas del principio de legalidad penal. Esta claridad se transformaría inevitablemente en confusión. No importa la simplicidad con que las normas contenidas en el ER hayan sido redactadas si

998.OLÁSULO, H., *Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Num. 82, Julio-Diciembre 2003, pp. 60-61.

el individuo percibiese que los mensajes enviados por la normativa interna e internacional no se corresponden. Por esa razón, el ER se construye sobre la afirmación de la obligación de cada Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales⁹⁹⁹, lo que presupone la obligación previa de incorporarlos en sus respectivas legislaciones nacionales, particularmente a la luz de las exigencias internas derivadas del principio de legalidad penal y del carácter no auto-ejecutivo de las normas penales internacionales – el cuál se predica incluso de aquellas normas que tiene un mayor grado de precisión y especificidad como las relativas a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra o del PA I ¹⁰⁰⁰.

999.Párrafo sexto del Preámbulo del ER. Ver sobre este punto, OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 80-82.

1000.Como Fernando PIGNATELLI y MECA, *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, Ministerio de Defensa, 2003, p. 91, ha señalado en relación con el derecho español: “Aún cuando las obligaciones de comportamiento en los tratados en que se contiene el Derecho internacional humanitario son autoejecutivas, no ocurre lo propio con otras, generalmente de resultado, como las que imponen a las Partes en aquellos instrumentos el deber que estas asumen, de adoptar medidas para la difusión de la normativa humanitaria o para prevenir en su legislación penal la conminación, con sanciones adecuadas de aquella índole, de las infracciones graves de tal normativa. En consecuencia, respecto a las cláusulas de aquellos tratados que no puedan estimarse autoejecutivas, como claramente lo es la ateniende a la obligatoriedad de sancionar penalmente los crímenes de guerra, su aplicación o puesta en práctica en el Derecho interno español requiere de lo que se ha llamado derecho interno internacionalmente indispensable, esto es, de la adopción y publicación de leyes u otras disposiciones de rango inferior que las complementen y desarrollen”.

Pero el ER también pretende reforzar la eficacia de la sanción de los crímenes de guerra a nivel nacional, mediante la creación de un órgano jurisdiccional de carácter permanente, que complementa a las jurisdicciones nacionales y las incentiva a ejercer su jurisdicción sobre los tipos penales recogidos en el art. 8 del ER. En efecto, el ER, lejos de pretender sustituir a las jurisdicciones nacionales en la sanción de los crímenes de guerra, las complementa desde diversas perspectivas¹⁰⁰¹.

En primer lugar, la creación de la Corte no impide que las jurisdicciones nacionales continúen actuando como la única instancia para la sanción de aquellos crímenes de guerra que se encuentran fuera de la jurisdicción material, personal, temporal o territorial de la Corte¹⁰⁰². Esto ocurrirá cuando nos encontremos con conductas que dan lugar a responsabilidad penal conforme al derecho internacional humanitario, pero que no han sido tipificadas por el ER¹⁰⁰³. Este será también el caso cuando, ausente una remisión del Consejo de Seguridad conforme al art. 13(b) ER, los crímenes de guerra se hayan presuntamente cometido en el marco de una situación de crisis ocurrida en el territorio y entre nacionales de Estados no Parte¹⁰⁰⁴. Finalmente, este escenario también podrá generarse

1001. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional en Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*. El Caso PINOCHET, García Arán, M./ López Garrido (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 258.

1002. En el mismo sentido, PIGNATELLI y MECA, *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, Ministerio de Defensa, 2003, p. 75.

1003. Sirva como ejemplo la infracción grave del art. 85(3) PA I de demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra o civiles.

1004. Arts. 11 y 12 ER. La Corte sí tendrá jurisdicción, sin embargo, si los Estados no Parte afectados realizan la declaración prevista en el art. 12.3 ER y en la regla 44 RPP.

cuando los Estados Partes, hagan uso de la moratoria de siete años, prevista en el art. 124 ER, como así han hecho por ejemplo Francia y Colombia.

En segundo lugar, la creación de la Corte no obsta para que las jurisdicciones nacionales continúen siendo la principal, sino la única instancia para la sanción de aquellos crímenes de guerra que no sean cometidos, ni a gran escala ni de manera sistemática en ejecución de un plan o política¹⁰⁰⁵. Esta es en nuestra opinión, la consecuencia de la aplicación de los arts. 8(1) y 17(1) (d) ER que recogen los elementos relativos al umbral de gravedad necesario, para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción material sobre los crímenes de guerra previstos en el ER¹⁰⁰⁶, y que no deben ser confundidos con el fil-

1005. OLÁSULO, H., *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 305-308.

1006. En cuanto a su contenido hay que señalar que mientras el art. 8(1) ER se refiere a que “la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes,” el art. 17(1)(d) ER añade el requisito de la “suficiente gravedad” del crimen de guerra de que se trate, para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción de conformidad con el art. 17(1)(d) ER.

Es necesario recordar que estos dos elementos que conforman el umbral de gravedad de los crímenes de guerra, deben aplicarse primero con respecto a situaciones de crisis en su conjunto; - como por ejemplo, al conflicto armado que tuvo lugar en el territorio de la ex Yugoslavia entre 1991 y 1995 o la situación de crisis vivida en Rwanda entre abril y junio de 1994. Esto se produce en el marco del proceso de activación previsto en los arts. 13, 14, 15, 18 y 53 (1),(3) y (4) ER, que se configura como un proceso previo y autónomo con respecto al proceso penal ante la Corte, con un objeto, unas partes y un procedimiento propios, y dirigido a la determinación de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen las situaciones de crisis con respecto a los cuales la Corte va a activar su

jurisdicción abstracta – o latente – para así poder proceder a la investigación y, en su caso, enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos en las mismas.

A este respecto hay que subrayar que los parámetros personal, material, territorial y temporal de la jurisdicción de los TPIY y TPIR han sido precisamente definidos por el órgano político que los creó, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En realidad, debido a que han sido creados para conocer de los delitos cometidos en situaciones de crisis particulares, ambos tribunales han sido caracterizados como tribunales *ad hoc*. Por el contrario, la Corte es definida en los arts. 1, 5, 11 y 12 ER como una institución de carácter permanente que podrá actuar en relación con los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra cometidos en situaciones de crisis o conflictos armados que se produzcan tras la entrada en vigor del ER en el territorio de: (i) un Estado Parte; o (ii) cualquier Estado, si los delitos han sido presuntamente cometidos por los nacionales de un Estado Parte, o si la Corte actúa a instancia del Consejo de Seguridad. Como resultado de la diferencias significativas entre la Corte y los tribunales *ad hoc*, en este punto, los arts. 13, 14, 15, 18 y 53(1), (3) y (4) ER han creado un proceso de activación dirigido a la determinación de los ámbitos personal, territorial y temporal que definen las situaciones de crisis o conflictos armados con respecto a las cuales la Corte va, primero, a activar su jurisdicción abstracta – o latente – y a continuación a ejercerla mediante la investigación y enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos en dicha situación de crisis o conflicto armado. Ver sobre esta cuestión *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 105-117 y 391-403

Sólo activada la jurisdicción abstracta o latente de la Corte con respecto a una cierta situación de crisis, se procederá a su investigación de conformidad con los arts. 54 et seq ER. Posteriormente, cuando a raíz de dicha investigación se dicte, según lo previsto en el art. 58 ER, una orden de arresto o de comparecencia contra uno o varios individuos por su presunta responsabilidad penal en los incidentes contenidos en tal orden – por ejemplo el bombardeo del casco antiguo de Dubrovnik el 6 de diciembre de 1991- nacerá *stricto sensu* un proceso penal, cuyo objeto, según la terminología del ER, estará formado por “casos” o “asuntos” en lugar de situaciones de crisis o conflictos armados en su conjunto. Será sólo en el momento de decidir si se inicia o no un caso mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia a petición de la Fiscalía cuando el umbral de gravedad de los crímenes de guerra habrá de ser aplicado de

nuevo en relación con los incidentes específicos a que se refiere la solicitud de la Fiscalía.

Debido a que la Corte se configura como una instancia jurisdiccional de *ultima ratio* cuya actividad se circunscribe a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes que menoscaban de manera más grave los valores superiores de la comunidad internacional, y a que aquella parte del umbral de gravedad prevista en el art. 17 (1) (d) ER se aplica no sólo con respecto a los crímenes de guerra, sino también con respecto a los crímenes contra la humanidad y al delito de genocidio (y ello con independencia de los elementos contextuales de estas dos últimas categorías de delitos), entendemos que para la activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte, con respecto a un determinado conflicto armado, se requiere la existencia de un fundamento razonable para creer que en el mismo se hayan producido de manera sistemática (de acuerdo a un plan o a una política) o generalizada (a gran escala) delitos tipificados en el ER. Una opinión contraria es sostenida por Pellandini, C., *Los Crímenes de guerra*, en *Justicia Penal Internacional: Una Perspectiva Iberoamericana*, Casa de América, 2000, p. 123, quien afirma que el umbral de gravedad, previsto en el ER, no es excluyente y, por tanto, deja a la Corte la posibilidad de investigar crímenes de guerra cometidos de manera aislada.

Una vez que la Fiscalía solicita la emisión de una orden de arresto o de comparecencia, el umbral de gravedad de los crímenes de guerra, en cuanto que condición objetiva de procedibilidad, debe ser aplicado en relación con los incidentes específicos en los que se basa la petición de la Fiscalía. En este contexto, la referencia a “en particular” en el art. 8(1) ER, si bien refuerza el umbral de gravedad previsto en el art. 17(1) (d) ER, no parece exigir *stricto sensu* que los crímenes de guerra que la Fiscalía imputa a la persona objeto de la orden de arresto o de comparecencia deban ser necesariamente parte de un plan o política o de la comisión a gran escala de crímenes de guerra (Cottier, M./Fenrick, W.J./Sellers, P.V./Zimmerman, A. *Article 8. War Crimes*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Coord.), Ed. Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 181). De esta manera, la prueba de que los incidentes específicos sobre los que se basa la petición de una orden de arresto o de comparecencia forman parte de una dinámica de sistematicidad (de acuerdo a un plan o a una política) o generalidad (a gran escala) en la comisión de crímenes de guerra no constituye *conditio sine qua non* para que la Corte pueda dictar la orden de

arresto o comparecencia solicitada y proceder con el caso. Esta parece ser también la posición adoptada por, F. PIGNATELLI Y MECA, *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, Ministerio de Defensa, 2003, pp. 74-75, cuando afirma: “Las alternativas que los principios de que se trata suponen son plenamente compatibles, y aun accesorias o conexas, pues, de un lado, para aquellos crímenes de guerra que no alcancen o reúnan los requisitos o criterios alternativos de la comisión como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes a que se hace referencia en el artículo 8.1 del Estatuto de la CPI, es obvio que la sanción en sede nacional, para la que resulta determinante el principio de justicia universal, resulta, en principio, y dejando a salvo la excepción dimanante de la gravedad suficiente determinante de una resolución de no inadmisibilidad ex artículo 17.1 d) del Estatuto de la CPI, la única posible...”

En definitiva, el umbral de gravedad se configura como una auténtica condición objetiva de procedibilidad, de la que los negociadores por razones utilitarias - en este caso, con la intención de delimitar el marco de actuación de la Corte, y con ello quizá de reforzar su eficacia dada la limitación de recursos materiales a aquellas conductas que más gravemente afectan a los valores sobre los que se asienta la comunidad internacional - hicieron depender el ejercicio de la jurisdicción material de la Corte sobre cualquier conducta, sin que con ello se afecte a su carácter típico, antijurídico y culpable y por lo tanto a la existencia misma del delito.

Su aplicación provocará que las jurisdicciones nacionales continúen siendo la única instancia para perseguir penalmente aquellos crímenes de guerra que se cometan de manera aislada en el desarrollo de operaciones militares, así como aquellos otros que constituyan casos esporádicos de vejaciones de personas protegidas - y en particular prisioneros de guerra o población civil pertenecientes a las otras partes contendientes. Además, la jurisprudencia de la Corte deberá resolver si otras prácticas de carácter más general superan el umbral de gravedad previsto en el ER. Sirva como ejemplo hipotético la práctica de los bombardeos selectivos por las tropas norteamericanas contra áreas residenciales en las que se presumía se encontraban los principales líderes del régimen iraquí, que es analizada en el informe de HUMAN RIGHTS WATCH sobre la guerra de Irak (HUMAN RIGHTS WATCH, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, diciembre, disponible en www.hrg.org). El informe, citando fuentes del Comando Central norteamericano,

tro de gravedad al que cada una de las conductas típicas del art. 8 ER ha sido sometida para su inclusión en el ER¹⁰⁰⁷.

En tercer lugar, la Corte constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que únicamente conocerá de los crímenes de guerra cometidos en un determinado conflicto armado, si conforme al art. 17 ER, las jurisdicciones nacionales afectadas: (i) no llevan a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción *a priori*); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas, sin razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas leyes de enjuiciamiento penal (inacción *a posteriori*); (iii) no tienen la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tienen la infraestructura judicial necesaria para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado, debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad)¹⁰⁰⁸.

revela que durante las tres semanas que duró el conflicto en Iraq, se llevaron a cabo unas cincuenta operaciones de bombardeos selectivos, ninguna de las cuales alcanzó su objetivo, y que provocaron la muerte de, al menos, decenas de civiles (cuarenta y dos civiles fueron abatidos en las cuatro operaciones analizadas en detalle por Human Rights Watch en su informe) Surge, por lo tanto, la cuestión de si las bajas entre la población civil son consideradas desproporcionadas en relación con la ventaja militar esperada del desarrollo con éxito de las distintas operaciones, y de si la realización de cincuenta operaciones en el espacio de tres semanas puede ser calificado o no como de política o práctica sistemática.

1007. H. VON HEBEL/ D. ROBINSON, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, R.S. Lee (Coord), 1999, pp. 103-104.

1008. OLÁSOLO Alonso, H. *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor*, in *International Criminal Law Review*, 2005/1, pp. 121-146, p. 132.

En consecuencia, se puede afirmar que la función principal de la Corte es la de seguimiento del desarrollo de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales afectadas, de manera que sólo le corresponderá pasar a un primer plano en la investigación y enjuiciamiento de crímenes de guerra, cuando aquéllas permanezcan inactivas o adolezcan de falta de disposición o de capacidad para llevar a cabo sus actuaciones¹⁰⁰⁹. La configuración de la Corte como un *órgano jurisdiccional de vigilancia y control* pretende reforzar los sistemas nacionales de sanción de crímenes de guerra a través del incentivo que supone la amenaza de que su inactividad provocará la actividad de la Corte¹⁰¹⁰. Al mismo tiempo, la función de supervisión atribuida a la Corte servirá para legitimar implícitamente las actuaciones nacionales que superen los criterios previstos en el art. 17 ER¹⁰¹¹. Este espaldarazo a las actuaciones nacionales se presenta particularmente relevante a la luz de la impor-

1009. OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma*, en *Revista Española de Derecho Militar*, Num. 82, Julio-Diciembre 2003, p. 61.

1010. OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, p. 232.

1011. Como ESCOBAR HERNÁNDEZ C. *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional en Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, M. García Arán, M./D. López Garrido (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 261, ha señalado: “En ello radica sin duda, la gran aportación del Estatuto: garantizar plenamente que el enjuiciamiento de los más graves crímenes de trascendencia internacional puede llevarse a efecto; bien sea por la intervención de los tribunales nacionales que actuaría aplicando reglas del principio de jurisdicción universal, bien sea por la intervención de la Corte cuando la primera fórmula no sea posible o adecuada”.

tancia que el principio de justicia universal tiene en la investigación y persecución de los crímenes de guerra¹⁰¹².

En cuarto y último lugar, el art. 53(1)(c) y 2 (c) ER atribuye a la Fiscalía, bajo el control de la Sala de Cuestiones Preliminares (“SCP”) previsto en el art. 53(3) ER, una amplia discrecionalidad política no reglada para la activación de la jurisdicción abstracta o latente de la Corte con respecto a una determinada situación de crisis (iniciación de la investigación) como para solicitar a la SCP la iniciación de un caso mediante la emisión de una orden de arresto o de comparecencia¹⁰¹³. En consecuencia, se precisa que no existan razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad de la actividad criminal y los intereses de las víctimas, la actuación de la Corte no redundaría en interés de la justicia. Entre estas razones, se podría incluir el efecto desestabilizador que la Corte pudiera puntualmente producir en procesos de negociación de paz o de transición democrática, lo que podría aconsejar retrasar la intervención de la Corte¹⁰¹⁴. En estas situa-

1012. Para un detallado análisis de la aplicación del principio de jurisdicción universal en el derecho interno español en relación con los crímenes de guerra, ver Fernando Pignatelli y Meca, *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, Ministerio de Defensa, 2003, pp. 76-85.

1013. Sobre el principio de oportunidad política no reglada en el marco del ER, ver OLÁSULO, H., *The Prosecutor of the ICC before the Initiation of the Investigations: A Quasi-judicial or a Political Body*, in *International Criminal Law Review*, 2003, pp. 110 y ss.

1014. En esta misma línea parecen definirse los poderes de suspensión temporal de las actuaciones de la Corte atribuidos al Consejo de Seguridad en virtud del art. 16 ER. Por ello, parece que su ejercicio debe limitarse a evitar que la actuación de la Corte en un momento dado pueda restar eficacia a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con los poderes que le han sido

ciones, la imprescriptibilidad de los delitos previstos en el ER, incluidos los crímenes de guerra recogidos en el art. 8 ER, haría posible este aplazamiento sin que con ello se estuviese necesariamente favoreciendo la impunidad de sus presuntos autores¹⁰¹⁵.

A esto hay que añadir que la Fiscalía ha venido desde un principio afirmando su intención, dadas las limitaciones materiales de la Corte, de utilizar la discrecionalidad que le atribuye el art. 53(2) ER para promover el ejercicio de la acción penal contra los responsables últimos de los delitos previstos en el ER¹⁰¹⁶. Por lo tanto, serán una vez más las jurisdicciones nacionales las que continuarán actuando como instancia única para conocer de aquellos crímenes de guerra que la Corte decline investigar o enjuiciar por razones de oportunidad, incluida la posible responsabilidad penal de los mandos intermedios y de los subordinados de rango más bajo que con frecuencia resultan ser los autores materiales de tales delitos¹⁰¹⁷.

conferidos por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para restablecer la paz y seguridad internacionales y para poner fin a los actos de agresión.

1015. Art. 29 ER.

1016. Como la Fiscalía de la Corte ha señalado en su llamado *Policy Paper*: “The global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints port a preliminary recommendation that, as a general rule, the Office of the Prosecutor focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes” (disponible en www.icc-cpi.int/otp/otp_policy.html).

1017. Sobre las experiencias prácticas en España y en diversos países de América Latina en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de guerra se pueden consultar entre otros J.M. HENCKAERTS/L.DOSWALD-BECK (Coord.), *Customary International Humanitarian Law*, CICR, Cambridge University Press, 2005; PÉREZ-CEPEDA, A.

III.4.4. Análisis del caso *Couso*

III.4.4.1. Jurisdicción, Admisibilidad y Marco Procesal Aplicable

Antes de proceder al análisis del caso desde una perspectiva sustantiva, conviene subrayar que la Corte no tendría hoy jurisdicción para conocer de los hechos descritos en la querrela puesto que, a pesar de producirse con posterioridad a la entrada en vigor del ER el 1 de julio del 2002, tuvieron lugar en el territorio de un Estado no Parte (Irak) y fueron presuntamente cometidos por nacionales de un Estado no Parte (EE.UU.). De manera que, al no ser Estados Parte del ER ni el Estado territorial ni el Estado de nacionalidad de los presuntos responsables, la Corte sólo podría tener jurisdicción si concurre una de las dos circunstancias siguientes:

- (a) Que el Consejo de Seguridad remita a la Fiscalía de la Corte según lo previsto en el art. 13 (b) ER la situación de crisis generada a raíz del inicio del conflicto armado en Iraq el 20 de marzo de 2003 mediante resolución adoptada conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰¹⁸;

La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional, en Serta in memoriam Alexandra Baratta, Pérez Álvarez (Coord.), Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1363 y ss; K.Ambos/E. Malarino (Coord.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer/ Instituto Max Planck, 2003 – E. MALARINO (Argentina, pp. 71-74); E. SANTALLA (Bolivia, p. 105-108); S. STEINER/M.T. MOURA (Brazil, p.153); J.L. Guzmán (Chile, pp. 189-194); A. PONTE (Colombia, pp. 241-248); P. HERNÁNDEZ (Costa Rica, p. 295-296); N.A. VAQUERANO (El Salvador, pp. 326-328); A. GIL (España, pp. 387-393); E.P. NERI (México, pp. 435-437); D.C. CARO (Perú, pp. 483-486); J.L. GONZÁLEZ (Uruguay, pp. 522-526) y J.L. MODOLELL (Venezuela, pp. 562-565).

1018. Las limitaciones jurisdiccionales del art. 12(2) ER no se aplican a las remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad conforme al art. 13(b) ER.

- (b) Que el gobierno de los EE.UU, o el gobierno iraquí, elegido tras la aprobación de la nueva constitución extienda *ad hoc* la jurisdicción de la Corte sobre dicha situación de crisis, mediante la emisión de una declaración según lo previsto en el art. 12(3) ER y en la regla 44 RPP¹⁰¹⁹.

Además, es importante tener en consideración que en ambos casos, el objeto de las actuaciones ante la Corte sería el conjunto de la situación de crisis generada a raíz del inicio del conflicto armado en Iraq el 20 de marzo de 2003, y no solamente los hechos descritos en la querrela de la acusación particular en el Caso Couso.

Únicamente, cuando como resultado de la investigación de dicha situación de crisis, se llegase a la conclusión de que existen “motivos razonables para creer” que el sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Wolford y el teniente coronel Philip de Camp son penalmente responsables por las muertes, lesiones y daños ocasionados como consecuencia del ataque al hotel Palestina el 8 de abril de 2003, la Fiscalía de la Corte solicitaría, y la SCP dictaría, una orden de arresto o de comparecencia contra los mismos, iniciándose de este modo un “caso” o proceso penal propiamente dicho¹⁰²⁰.

Y todo ello siempre que se considerase: (a) que los crímenes que se les imputan tienen la suficiente gravedad – valoración que habrá de realizarse a la luz del resto de actividades delictivas que hayan podido cometerse en la situación de crisis objeto de la investigación¹⁰²¹; y (b) que no existen razones

1019. Ver a este respecto, OLÁSOLO, H. (with STAHN, C. and El ZEIDY, M.M.), “The International Criminal Court’s Ad Hoc Jurisdiction Revisited” in *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005/3 Issue.

1020. Art. 58(1) y (7) ER.

1021. Art. 17(1)(d) and 8(1) ER.

para creer que el enjuiciamiento de estas personas no redundaría en los intereses de la justicia¹⁰²² –principio de oportunidad no reglada en el ejercicio de la acción penal, que según la Fiscalía de la Corte va a ser utilizado para que la acción penal se ejercite únicamente contra los responsables últimos de la criminalidad sistemática o a gran escala que se haya producido en las distintas situaciones de crisis objeto de investigación¹⁰²³.

Por otra parte, y aun en la hipótesis remota de que se produjesen las circunstancias arriba mencionadas, la Corte no podría conocer del caso Couso en virtud del principio de complementariedad de la Corte en tanto la Audiencia Nacional conozca del mismo¹⁰²⁴. Este es precisamente el sentido de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 por la que se reconoce la jurisdicción de la Audiencia Nacional para investigar los hechos que ocasionaron la muerte de José Couso, y que priva de toda eficacia a la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de marzo de 2006 por la que se dejaba sin efecto la orden de búsqueda y captura dictada por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 contra los tres principales imputados y se ordenaba el archivo de la querella presentada por la acusación particular.

1022. Art. 53(2)(c) ER.

1023. Como la Fiscalía de la Corte ha señalado en su *Policy Paper*: “The global character of the ICC, its statutory provisions and logistical constraints port a preliminary recommendation that, as a general rule, the Office of the Prosecutor focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those crimes” (disponible en www.icc-mpi.int/otp/otp_policy.html).

1024. Ver entre otros los arts. 1, 17, y 53(1)(b) y (2)(b) ER.

A este respecto, conviene no olvidar que la Corte no sustituye, sino que complementa, los mecanismos existentes a nivel nacional e internacional para la persecución penal de los delitos recogidos en el ER (incluidos los crímenes de guerra). Y que por lo tanto, la Corte sólo puede ejercer su jurisdicción en casos de (i) inacción *a priori* o *a posteriori* de las jurisdicciones nacionales; (ii) de falta de disposición para llevar a buen término sus actuaciones dado que las mismas están dirigidas a proteger a los presuntos responsables o adolecen de un retraso injustificado o de una falta de independencia o imparcialidad que no es compatible con la intención de traer a los mismos ante la justicia; y (iii) de falta de capacidad para tramitar sus actuaciones debido al colapso total o sustancial o la inexistencia de la administración de justicia.

Pero, ¿qué ocurriría en el caso de que pasaran meses o incluso años sin que las solicitudes de asistencia judicial enviadas por el Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 a los EEUU fuesen atendidas¹⁰²⁵ y, lo que es más importante, sin que la orden internacional de detención contra los tres principales imputados fuese ejecutada, impidiendo con ello la apertura del juicio oral?

No creemos que este escenario pueda calificarse, según lo dispuesto en el art. 17(3) ER, como un supuesto de incapacidad de la jurisdicción española, puesto que el mismo tendría lugar ante un más que improbable colapso total o parcial – o desmantelamiento – de la administración de justicia en España. Por lo tanto, la Corte sólo podría actuar si el escenario arriba descrito pudiese ser calificado como un supuesto de inacción *a posteriori* o sobrevenida de la jurisdicción española (aunque sea por causas ajenas a su voluntad)¹⁰²⁶ o como un

1025. Referidas en el auto de 19 de octubre de 2005 del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1.

1026. Art. 17(1)(a) ER. Sobre el concepto de inacción *a posteriori* ver, OLÁSULO, H. *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 147 y ss.

supuesto de falta de disposición derivado de “una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”¹⁰²⁷.

En todo caso, sirva lo hasta aquí apuntado para subrayar que la probabilidad de que el caso contra el sargento Thomas Gibson, el capitán Philip Wolford y el teniente Coronel Philip de Camp por el ataque contra el hotel Palestina que terminó con la vida de José Couso Permuy el 8 de abril de 2003 termine en la Corte es prácticamente nula, de manera que el análisis que a continuación realizamos de los aspectos sustantivos del caso no pasan de tener un carácter puramente hipotético.

III.4.4.2. El Umbral de Gravedad como Condición Objetiva de Procedibilidad

Como dijimos en su momento, el art. 8(1) ER no exige como un elemento del tipo objetivo que el ataque contra el hotel Palestina se haya producido “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”, si bien el umbral de gravedad resultante de la combinación de esta disposición con el art. 17(1)(d) ER constituye una condición objetiva de procedibilidad.

En este sentido, de los hechos referidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, en el auto del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de 19 de octubre de 2005, en la querrela de la acusación particular y en el informe del Comité de Protección de Periodistas (“CPP”), podría atisbarse una posible relación entre el ataque al hotel Palestina y el ataque a las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dhabi en Bagdad que tuvieron lugar unas horas an-

1027. Art. 17(2)(b) ER.

tes. Sin embargo, no parece que se pueda deducir de esta posible relación la existencia de un plan o de una política para la comisión de tales delitos, ni mucho menos su comisión a gran escala, siendo en este sentido ostensibles las diferencias con otro tipo de prácticas como las presuntamente acaecidas en los meses sucesivos a la toma de Bagdad en la prisión de Abu Graib.

En todo caso, esto no significa necesariamente que el ataque al hotel Palestina no pueda de ninguna manera alcanzar el nivel de gravedad necesario para que pudiera ser hipotéticamente perseguible por la Corte, puesto que los ataques contra los corresponsales de guerra tienen un efecto particularmente negativo en las personas protegidas por el derecho internacional humanitario. Esto es debido a que posiblemente, la garantía más importante contra las infracciones graves del derecho internacional humanitario, es la presencia de corresponsales de guerra en las zonas de conflicto que puedan informar sobre las infracciones graves cometidas por las partes contendientes – en este sentido cumplen una función particularmente relevante quienes en lugar de limitarse a acompañar a las fuerzas armadas de una de las partes contendientes realizan lo que el art. 79 PA I denomina “misiones profesionales peligrosas, en la zona de conflicto armado”. A lo que hay que añadir la alarma social despertada en España por el ataque al hotel Palestina, como se refleja en el extenso tratamiento que los medios de comunicación nacionales han dedicado a este caso.

III.4.4.3 Elementos contextuales

Con respecto a los elementos contextuales del delito imputado, conviene señalar que el ataque al hotel Palestina se produjo en el marco del conflicto armado que desde el 20 de marzo de 2003 enfrentaba a las fuerzas anglo-americanas y a las fuerzas armadas iraquíes, de manera que la participación di-

recta de varios Estados en el conflicto elimina cualquier duda sobre su calificación jurídica como conflicto armado de carácter internacional. Además, el ataque al hotel Palestina se encuentra íntimamente relacionado con dicho conflicto armado porque se produjo durante el desarrollo de la operación de toma de Bagdad por la tercera división de infantería del ejército norteamericano y, según fuentes del mismo, pretendía neutralizar un observador, un francotirador o una base lanzagranadas que operaba desde el hotel¹⁰²⁸.

El carácter protegido o no de las personas y bienes objeto del ataque es una de las cuestiones más controvertidas del caso y sobre la que volveremos más adelante. En cualquier caso, valga por el momento con señalar que si, como alega la acusación particular y numerosos testigos presentes en el hotel en el momento del ataque, el hotel Palestina no estaba siendo utilizado por las fuerzas armadas iraquíes (o por las milicias vinculadas a las mismas) con fines militares – ya sea como puesto avanzado de observación, ya sea como “nido” de francotiradores, ya sea como base operativa para el lanzamiento de granadas - y se encontraba, principalmente, ocupado por miembros de la prensa internacional que no participaban activamente en las hostilidades, deberá ser jurídicamente calificado como un bien de carácter civil protegido por los arts. 52, 57 y 58 PA I.

Del mismo modo, los periodistas alojados en el hotel Palestina que, según las informaciones disponibles, se encontraban allí en lo que se conoce como misión profesional peligrosa en zona de conflicto armado y no participaban directamente en las hostilidades, tendrían conforme al art. 79 PA I el estatuto jurídico de personas civiles y, por lo tanto, se encontrarían protegidos por los arts. 49, 50, 51, 57 y 58 PA I.

1028. Ver Informe del Comité para la Protección de Periodistas (CPP), disponible en: www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

Ahora bien, es importante subrayar que en el momento en el que se produjo el ataque al hotel Palestina, el ejército norteamericano sólo controlaba la parte occidental de Bagdad, mientras que el hotel Palestina se encontraba situado en la parte oriental de la ciudad que todavía no había caído bajo el control norteamericano.

En consecuencia, ni el edificio del hotel ni los periodistas que habitaban en su interior se encontraban protegidos por los Convenios de Ginebra, puesto que estos últimos se circunscriben (salvo contadas excepciones como es el caso, por ejemplo, de las instalaciones sanitarias) a regular el comportamiento de las partes contendientes con respecto a las personas y bienes que no pertenecen a las mismas y que se encuentran en su poder¹⁰²⁹ – ya se trate de heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra (incluyendo a aquellos periodistas que acompañan a las fuerzas armadas de una de las partes contendientes y que caen en poder del enemigo) o civiles.

El carácter protegido del hotel Palestina y de las personas que se encontraban en su interior se derivaría por tanto del PA I que, no lo olvidemos, no ha sido ratificado por los EE.UU. Ahora bien, el hecho de que los EEUU no hayan ratificado el PA I no les exime de su cumplimiento, al menos en lo que se refiere a la prohibición de dirigir ataques contra personas o bienes de carácter civil, porque, en cuanto piedra angular del principio de distinción en la conducción de las hostilidades y pilar básico del derecho internacional humanitario, forma parte de la costumbre internacional como así lo ha declarado la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* en su Decisión sobre

1029. Salvo que pertenezcan a Estados neutrales o co-beligerantes con representación diplomática en Estado de que se trate.

jurisdicción en el caso *Tadic*¹⁰³⁰ y más recientemente en su Decisión interlocutoria en el caso *Strugar*¹⁰³¹.

Además, en esta última decisión, la Sala de Apelaciones reconoce expresamente que las violaciones graves de dicha prohibición dan lugar a responsabilidad penal individual conforme a la costumbre internacional¹⁰³². De hecho, fue precisamente el carácter consuetudinario de la responsabilidad penal derivada de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles el que en última instancia justificó su inclusión entre los crímenes de guerra previstos en el ER¹⁰³³, de manera que ningún Estado puede oponer la no ratificación de la norma convencional (en este caso el PA I) cuya infracción grave (en este caso el lanzamiento de un ataque dirigido contra personas o bienes civiles) se recoge en el ER.

La técnica utilizada por los negociadores de tipificar en el ER los crímenes de guerra de acuerdo con la naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado en el marco del cual se producen, así como la distinción entre los tipos penales derivados de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (art. 8(2)(a) ER) y los tipos penales que tienen su origen en otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 8(2)(b) ER), presenta importantes problemas en el caso que nos atañe.

1030. Decisión sobre jurisdicción de 2 de octubre de 1995 en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, caso núm. IT-94-1-AR72, párrafos 111, 126, 127, 134 y 143.

1031. Decisión interlocutoria de 22 de noviembre de 2002 en el caso *Prosecutor v. Pavle Strugar*, caso núm. IT-01-42-AR72, párrafos 9, 10 y 13.

1032. *Idem*.

1033. Ver a este respecto, VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Roy S. Lee (Coord), Kluwer Law International, 1999, pp. 103-104.

Así, a pesar de que los delitos de atacar a personas o bienes civiles – tipificados ambos en el art. 8 (2)(b) ER como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales, en este caso del PA I - se configuran en el ER como delitos de mera actividad que se consuman con independencia de que el recurso a la violencia se concrete en un resultado de muerte, lesiones o daños¹⁰³⁴, no existe tipo penal alguno a través del cual se pueda imputar el resultado de muerte de José Couso Permy. Esta es la consecuencia de que el delito de “homicidio intencional” se encuentra únicamente tipificado como una infracción grave de los Convenios de Ginebra¹⁰³⁵, y en el momento de producirse el ataque al hotel Palestina, José Couso Permy no tenía la condición de persona protegida conforme a dichos Convenios puesto que dicho hotel no se encontraba bajo el control de las fuerzas norteamericanas¹⁰³⁶.

III.4.4.4. Estructura típica de los crímenes de guerra de lanzar ataques contra personas o bienes civiles o de lanzar ataques desproporcionados en el Estatuto de Roma

En su querrella, la acusación particular imputa el crimen de guerra de dirigir intencionadamente un ataque contra un bien

1034. OLÁSULO, H., Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, p. 114.

1035. Art. 8(2)(a)(i) ER.

1036. Entendemos que esta es la razón por la cual la querrella de la acusación particular no imputa el resultado de muerte de José Couso Permy como un delito de “homicidio intencional”, si bien hay que señalar que existe en la misma una notable confusión entre lo que constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra y lo que constituyen violaciones graves del PA I. De hecho, en la propia querrella se puede advertir un error cuando se refiere al delito de

de carácter civil (en nuestro caso el hotel Palestina), previsto en el art. 8(2)(b)(ii) ER. Sorprende, sin embargo, la no imputación conforme al art. 8(2)(b)(i) ER del crimen de guerra de dirigir intencionadamente un ataque contra personas civiles, particularmente cuando de acuerdo con la posición de la acusación particular, los miembros de la prensa internacional que se encontraban alojados en el hotel, fueron el objetivo último del ataque. Así mismo, y dadas las declaraciones de las distintas fuentes del ejército norteamericano y de los propios imputados en el sentido de que el hotel Palestina (uno de los edificios más altos de la ciudad) podría haber estado siendo utilizado por las fuerzas iraquíes con fines militares, llama la atención que la querrela no impute de manera alternativa, conforme al art. 8(2)(b)(iv) ER, el crimen de guerra de dirigir intencionadamente un ataque contra un objetivo militar cuando se prevea que causará pérdidas civiles incidentales manifiestamente excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se espera obtener del ataque.

Los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles (al igual que ocurre con los ataques desproporcionados) se configuran en el ER - a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TPIY que los ha definido como delitos de resultado¹⁰³⁷ - como delitos de mera actividad que se consuman con

atacar bienes de naturaleza civil como una infracción grave de los Convenios de Ginebra recogida en el art. 8(2)(a)(ii) ER. En realidad, dicho delito constituye una violación grave del art. 52 PA I y aparece tipificado en el art. 8(2)(b)(ii) ER.

1037. Sentencia de Apelación de 17 de diciembre de 2004 en el caso *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Núm. IT-95-14/2-A, párrafo 67. Ver también las Sentencias de Primera Instancia en los casos *Prosecutor v. Blaskic*, caso núm. IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000 (párrafo 180); *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, caso núm. IT-95-14/2-T, de 26 de febrero de 2001 (párrafo 328); *Prosecutor v. Stanislav Galic*, caso núm. IT-98-29-T, de 5 de diciembre de 2003 (párrafos 56 y 62); y *Prosecutor v. Pavle Strugar*, caso núm. IT-01-42-T, de 31 de enero de 2005 (párrafo 280).

el lanzamiento del ataque, o lo que es lo mismo con la realización de actos de violencia¹⁰³⁸ contra personas o bienes que, además de no tener la naturaleza de objetivo militar, ni pertenecen, ni han caído en el poder de la parte contendiente a la que pertenece quien lanza el ataque (en nuestro caso los EEUU). De ahí, que al no exigirse un resultado lesivo causalmente vinculado al acto de violencia, el elemento subjetivo del tipo tenga una relevancia particular.

Aunque el art. 30 ER establece como elemento subjetivo general para todos los crímenes de guerra el dolo - lo que en principio incluiría también el dolo eventual - la utilización de la expresión “intencionalmente” en la definición de los crímenes de guerra de atacar a personas o bienes de carácter civil introduce un elemento subjetivo específico en los mismos¹⁰³⁹. En consecuencia, se exige que el autor del ataque haya pretendido lanzar el mismo contra personas o bienes que él mismo conocía tenían un carácter civil - o con respecto a los cuales conocía que concurrían aquellas circunstancias de hecho que les atribuían dicho carácter civil. Además, entendemos que cabría incluir también en estos tipos penales los supuestos de ataques indiscriminados, es decir aquellos que el autor no dirige contra un objetivo militar concreto - o conoce que no puede dirigir contra un objetivo militar concreto debido a la falta de precisión o al carácter incontrolado de los efectos del armamento o método de combate utilizado - y dónde: (i) el autor es además consciente de que las personas o bienes finalmente alcanzados tendrán necesariamente un carácter

1038. Mientras el ER no recoge definición alguna de la noción de “ataque”, el art. 49(1) PA I recoge la siguiente definición: “Se entiende por “ataques” los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

1039. OLÁSULO, H., *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 264-266.

civil; o (ii) el autor es al menos consciente de la probabilidad de que las personas o bienes finalmente alcanzados tengan un carácter civil y acepta internamente la producción de este resultado¹⁰⁴⁰.

Sin embargo, quedarían excluidos aquellos supuestos en los que el autor pretende dirigir su ataque contra lo que considera un objetivo militar, aunque a resultas de dicho ataque el autor sea consciente de que personas o bienes civiles se verán necesariamente afectados o vayan probablemente a verse afectados. En realidad, tan pronto como se prueba que el autor dirigió el ataque contra lo que pensaba (aunque fuese erróneamente) se trataba de un objetivo militar nos adentramos en el ámbito de la llamada ecuación de proporcionalidad – cuyas infracciones graves dan lugar al delito de ataques desproporcionados, previsto en el art. 8 (2) (b) (iv) ER - y salimos del ámbito de aplicación de los tipos penales de ataques intencionados contra personas o bienes civiles.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el autor se encuentra en la creencia errónea de que está atacando un objetivo militar, cuando en realidad se trata de una persona o bien de carácter civil, como resultado de no haber adoptado las medidas de precaución exigidas por el art. 57(2) PA I, y en particular la relativa a “hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos”?

En nuestra opinión, en estos supuestos no habrá más remedio que aplicar la normativa sobre el error de tipo prevista en

1040. Idem.

el art. 32 ER, a no ser que el incumplimiento sea tan flagrante, – por ejemplo el autor tenía la sospecha de que el objeto del ataque podría no constituir un objetivo militar y decidió no adoptar ninguna medida de precaución a los efectos de evitar la confirmación de sus sospechas y de verse con ello obligado a suspender el ataque – que pueda afirmarse que en realidad se trató más bien de un ataque indiscriminado¹⁰⁴¹.

Así, según el art. 32 ER, cualquier error - ya sea vencible o invencible - sobre las circunstancias fácticas que atribuyen a la persona o bien objeto del ataque, la condición de civil excluye el dolo del autor y por lo tanto, al no haber la comisión imprudente de los delitos de atacar intencionadamente a personas o bienes civiles, tendrá que declararse la ausencia de responsabilidad penal del autor.

Por otra parte, la definición del crimen de lanzar un ataque desproporcionado recogida en el art. 8(2)(b)(iv) ER incluye también un tipo subjetivo específico que se aparta del general contenido en el art. 30 ER a raíz del uso de las expresiones “intencionalmente” (referida al hecho de lanzar el ataque) y “a sabiendas” (referida a las pérdidas civiles incidentales manifiestamente excesivas que se esperan del ataque), y que está formado por los elementos siguientes. En primer lugar, habrá que tener en cuenta la representación que el autor se hizo en el momento de decidir el ataque contra un determinado objetivo militar de los daños civiles colaterales (“pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”) que su ataque necesariamente, o al menos probablemente, generaría¹⁰⁴², con independencia de que los haya sobreestimado o subestimado por error. En segundo lugar,

1041 Ibid, p. 268.

habrá que analizar la representación que el autor se hizo en el momento de lanzar el ataque de la ventaja militar concreta y directa de conjunto que el ataque probablemente le proporcionaría (ventaja militar esperada) ¹⁰⁴³, con independencia de que el autor la haya sobreestimado o subestimado por error¹⁰⁴⁴.

Finalmente, se exige que el autor, tras la aplicación por sí mismo de la regla de proporcionalidad, haya decidido lanzar el ataque contra el objetivo militar de que se trate: (i) con la pretensión específica de causar daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de primer grado), (ii) a sabiendas de que el ataque produciría necesariamente daños civiles colaterales manifiestamente excesivos (dolo directo de segundo grado); o al menos (iii) con conocimiento de la probabilidad de que el ataque podría producir daños civiles colaterales manifiestamente excesivos y aceptación interna de que tal eventualidad se realice¹⁰⁴⁵.

En el supuesto de que se llegue a la conclusión de que el sargento Gibson, el capitán Wolford y el teniente coronel Philip

1042. D. PFIRTER, *Excessive Incidental Death, Injury or Damage*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), 2001, pp. 149-150.

1043. Como la nota 36 de los EC recoge expresamente “la expresión ‘expresión ventaja militar concreta y directa de conjunto’ se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente”. Ver a este respecto, D. Pfirter, *Excessive Incidental Death, Injury or Damage*, en *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Lee, R.S. (Coord.), 2001, p. 150.

1044. OLÁSOLO, H., *Ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 276-279.

1045. *Ibid*, pp. 280-282.

de Camp no actuaron con el estado mental necesario como para ser penalmente responsables por alguno de los tres delitos analizados (ataques contra personas civiles, ataques contra bienes civiles y ataques desproporcionados) habría que declarar su falta de responsabilidad penal, conforme al ER, por la muerte de José Couso Permuy. Esta sería la consecuencia de varios factores que concurren en el caso objeto de estudio a pesar de que por regla general el hecho de que el lanzamiento de un ataque no dé por sí mismo lugar a responsabilidad penal conforme al ER – recordemos que el ER sólo tipifica aquellas infracciones dolosas graves de la normativa que regula la manera en la que han de conducirse los ataques en situación de combate – no significa que el resultado de dicho ataque no pueda ser punible, siempre y cuando el ataque haya sido ilícito desde la perspectiva del derecho internacional humanitario¹⁰⁴⁶.

En primer lugar, el ER tipifica el delito de “homicidio intencionado” como una infracción grave de los Convenios de Ginebra, conforme a los cuales, como ya hemos explicado, José Couso Permuy no podría ser considerado como una persona protegida. En segundo lugar, José Couso Permuy tampoco entraría en alguna de las categorías de personas, objetos o áreas especialmente protegidas cuyo ataque, muerte o lesiones – dependiendo de los casos - se tipifica en un tipo autónomo dentro del art. 8(2)(b) ER. En tercer lugar, el ataque contra el hotel Palestina tampoco se realizó mediante la utilización de ciertos medios o métodos de combate prohibidos por el derecho internacional humanitario cuyo uso es objeto de un tipo penal autónomo dentro del art. 8(2)(b) ER. En cuarto lugar, al no haberse imputado los daños materiales producidos a raíz del ataque al hotel Palestina no tiene por caso ni tan siquiera

1046. Ibid, pp. 115-116.

analizar si las tres personas imputadas podrían haber incurrido en un crimen de guerra de destrucción de bienes del enemigo no justificada por necesidad militar conforme al art. 8(2)(b)(xiii) ER. A lo que hay que añadir el hecho de que el ER excluye, excepto con respecto a los superiores jerárquicos, la comisión imprudente de los crímenes de guerra previstos en el ER¹⁰⁴⁷.

III.4.5. Análisis de los hechos del caso Couso a la luz de la tipificación de los ataques contra personas y bienes civiles y de los ataques desproporcionados en el ER

En relación con los hechos del caso, lo primero que hay que señalar es que las imágenes tomadas desde el propio hotel Palestina y las declaraciones de los testigos, incluidas las de las tres personas imputadas, no parecen dejar duda sobre el hecho de que el día 8 de abril del 2003 sobre las once de la mañana el carro de combate Abrams M1 a cargo del sargento Gibson disparó un proyectil que impactó contra la parte superior (piso quince) del hotel Palestina situado en una zona de Bagdad (área oriental de la ciudad) que en aquel momento no estaba todavía bajo el control de las tropas norteamericanas y en cuyo interior se encontraban personas que no pertenecían a las mismas – con independencia de que miembros de las fuerzas armadas iraquíes operasen o no desde dicho hotel.

Tampoco parecen existir discrepancias sobre el hecho de que el proyectil disparado por el sargento Gibson se dirigiese contra la parte superior del hotel Palestina. En realidad, el carro

1047. La única excepción es el reclutamiento, alistamiento y utilización activa en las hostilidades de niños menores de quince años.

Abrams M1 giró su torreta en dirección al hotel Palestina diez minutos antes del disparo y ajustó durante dos minutos su cañón de disparo. Por lo tanto, a pesar de que el carro de combate Abrams M1 se encontraba en uno de los extremos del puente Al-Jumhuriya, el impacto sobre el hotel Palestina no parece que pueda haber sido fruto de un error en las coordenadas de disparo.

Conforme al art. 52 PA I, tan pronto como una instalación civil se utiliza para fines militares pierde su carácter protegido hasta que no cesa su utilización para tales fines. Por lo tanto, si miembros de las fuerzas iraquíes operaban desde el hotel Palestina, aquel área del hotel desde la que estuviesen operando había dejado de encontrarse protegida y podía ser objeto de ataque, y ello con independencia de la presencia en la misma de periodistas internacionales que tenían el estatuto de civiles. Sólo la ecuación de proporcionalidad actuaría como límite al derecho de las tropas norteamericanas a efectuar dicho ataque.

Ahora bien, es importante subrayar que de las declaraciones y materiales analizados surgen importantes interrogantes sobre la presencia de un observador, de un francotirador o de una base iraquí para el lanzamiento de granadas en la parte superior o en la recepción del hotel Palestina.

En primer lugar, las distintas versiones dadas por diversas fuentes del ejército norteamericano sobre la naturaleza exacta del objetivo militar que se dice operaba desde el hotel Palestina levantan sospechas sobre su existencia real y sobre el hecho de que la intención última del disparo fuera su neutralización.

En segundo lugar, sorprenden las contradicciones en las declaraciones realizadas por los tres imputados, y en particular

como señala el CPP, las contradicciones entre las distintas versiones del evento dadas por el capitán Wolford¹⁰⁴⁸.

En tercer lugar, las declaraciones de numerosos periodistas presentes en el hotel Palestina en el momento del ataque coinciden en negar la presencia de observador o francotirador alguno, y mucho menos de una base iraquí para el lanzamiento de granadas en el hotel Palestina en el momento de producirse el impacto¹⁰⁴⁹.

En cuarto lugar, es también reseñable las enormes discrepancias entre las declaraciones de los periodistas presentes en el hotel Palestina - en el sentido de que el hotel era fácilmente identificable y, lo que es más importante, que las tropas norteamericanas podían identificar fácilmente a los periodistas debido a que se habían pasado las veinticuatro horas anteriores en los balcones de sus habitaciones y en la azotea del hotel filmando las operaciones militares que se habían producido principalmente en la parte oeste de Bagdad - y aquellas otras de los imputados y de ciertas fuentes norteamericanas - en el sentido de que ni la tripulación del carro de combate ni sus superiores jerárquicos conocían donde se ubicaba el hotel Palestina o que, en el mismo se alojaban numerosos periodistas.

Además, llama poderosamente la atención el hecho de que el sargento Gibson y su tripulación fueran capaces de descubrir a un observador con prismáticos (o a un francotirador dependiendo de las versiones) en la azotea del edificio y sin embargo no fueran capaces de observar que en esa misma azotea y en los balcones de las distintas habitaciones del hotel

1048. Auto del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de 19 de octubre de 2005.

1049. Idem. Ver también la querrela de la acusación particular.

se encontraban decenas de personas filmando y tomando fotografías¹⁰⁵⁰.

Finalmente, el ataque previo contra las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dhabi¹⁰⁵¹ el mismo día 8 de abril de 2003 puede ser indicativo de una intención bien distinta de la manifestada por los imputados al llevar a cabo el ataque contra el hotel Palestina. Ahora bien, la conexión entre ambos ataques no pasa de ser una mera hipótesis de trabajo, sobre todo a la luz de que las sedes de la cadena Al-Yazira y de la televisión Abu Dabhi se encuentran en la parte oeste de Bagdad donde fuertes enfrentamientos se habían producido durante todo el día 7 de abril y la mañana del 8 de abril¹⁰⁵².

Ahora bien, a pesar de los interrogantes generados por los factores que acabamos de mencionar, la cuestión clave a resolver, dada la estructura particular de los delitos imputados, es la de determinar cuál fue la representación que se hizo el autor (sargento Gibson), así como la persona que dio la orden de efectuar el disparo (ya sea su superior inmediato el capitán Wolford o el teniente coronel Philip de Camps), sobre la naturaleza militar o civil del objetivo contra el que el proyectil fue disparado.

Como ya hemos señalado, resulta irrelevante cuál era la naturaleza real de dicho objetivo puesto que en caso de error del autor sobre la misma nos encontraríamos con un error de tipo que, con independencia de su carácter vencible o invencible,

1050. Informe del CPP.

1051. Auto del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de 19 de octubre de 2005.

1052. Informe del CPP.

no sería punible en un sistema como el del ER en el que no se tipifica la comisión imprudente de los crímenes de guerra recogidos en el mismo – y menos aún en relación con los delitos de lanzar ataques contra personas o bienes civiles o de carácter desproporcionado que requieren un tipo subjetivo más exigente que el general del art. 30 ER.

Del mismo modo, el hecho de que se hayan podido producir incumplimientos de las medidas de precaución requeridas por el art. 57 PA I – tales como la falta de transmisión por parte del Mando Central en Qatar, o del Mando de la tercera división de infantería en Bagdad, a las tripulaciones de los carros de combate (y a los jefes de compañía que los dirigían) de la información relativa a la concentración de corresponsales de guerra en el hotel Palestina y a las coordenadas de dicho hotel¹⁰⁵³, o la no adopción de las medidas al alcance de la tripulación del carro de combate para verificar que el edificio sobre el que se proyectaba atacar (en este caso el edificio del hotel Palestina) no tenía un carácter civil¹⁰⁵⁴ – resulta irrelevante puesto que en ningún caso parece que dicho incumplimiento haya podido ser tan flagrante como para que pueda hablarse de un ataque indiscriminado¹⁰⁵⁵.

En consecuencia, si el sargento Gibson, el capitán Wolford y el teniente coronel Philip de Camps se representaron, como así manifiestan en sus declaraciones¹⁰⁵⁶, que el proyectil iba

1053 Informe del CPP.

1054 Idem.

1055 No parece que nos encontremos ante un supuesto en el que los autores tenían la sospecha de que el objeto del ataque podría no constituir un objetivo militar y decidieron no adoptar ninguna medida de precaución a los efectos de evitar la confirmación de sus sospechas y de verse con ello obligados a suspender el ataque.

1056 Informe del CPP.

dirigido contra un objetivo militar - ya se tratase de un observador, de un francotirador o incluso de una base iraquí para el lanzamiento de granadas instalada en la recepción del hotel¹⁰⁵⁷ - no quedará más remedio que analizar su posible responsabilidad penal a la luz de la ecuación de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva parece poco factible que los imputados se representaran como manifiestamente excesivas las pérdidas civiles incidentales que pudieran derivarse de su ataque en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada de la neutralización del observador, del francotirador o de la base iraquí para el lanzamiento de granadas.

En este sentido, hay que tener en cuenta, por una parte, que a pesar de los numerosos periodistas alojados en el hotel Palestina en el momento del disparo, la munición utilizada parece haber sido destinada a minimizar las posibles pérdidas civiles colaterales que pudieran derivarse del ataque. Así, la tripulación del carro de combate parece haber elegido un tipo de munición (incendiaria) dirigida a reducir los daños que otro tipo de munición (como por ejemplo la munición anti-blindaje) hubiera podido ocasionar al hotel¹⁰⁵⁸. Como consecuencia, el ataque sólo produjo daños de consideración en las plantas catorce y quince del hotel Palestina, y, a pesar de los numerosos periodistas alojados en el momento del ataque en el interior del hotel, sólo un reducido número se vio seriamente afectado.

Por otra parte, la ventaja militar que se podía esperar del ataque varía dependiendo de cual fuese exactamente el obje-

1057. Idem.

1058. Idem.

tivo militar contra el que se dirigió el mismo. Así, si lo que se pretendía era neutralizar un observador iraquí quien desde uno de los edificios más altos de la parte oriental de la ciudad dirigía a través de la radio las coordenadas de fuego de los morteros y lanzagranadas iraquíes¹⁰⁵⁹, la ventaja militar esperada es sin duda considerable, sobre todo a la vista de los enfrentamientos que se habían producido esa misma mañana y de las dos bajas que el propio regimiento 64 había sustentado en el plazo de una hora¹⁰⁶⁰.

Lógicamente, la ventaja militar esperada sería inferior si lo que se pretendía neutralizar era un francotirador operando desde la parte superior del hotel Palestina que ya había herido a dos integrantes del regimiento 64 esa misma mañana; y todavía sería de menor consideración si de lo que se trataba era de destruir ciertos lanzagranadas situados en la recepción del hotel.

En cualquier caso, fuese cual fuese el objetivo militar que se perseguía, parece difícil afirmar desde una perspectiva estrictamente objetiva la inexistencia que toda duda razonable sobre el hecho de que las pérdidas civiles colaterales finalmente ocasionadas hayan sido “manifiestamente excesivas” a la luz de los objetivos militares que se dice se pretendía neutralizar. De esta manera, ni tan siquiera el resultado del ataque podría ser utilizado como elemento de prueba a los efectos de demostrar que los imputados tuvieron que haberse representado necesariamente el carácter “manifiestamente excesivo” de las pérdidas civiles colaterales que podrían derivarse de su ataque.

1059. Idem.

1060. Idem.

Por todo ello, considerando que el elemento clave para la determinación de la existencia o no de responsabilidad penal de los imputados es la aplicación que estos últimos hicieron de la ecuación de proporcionalidad, y dado que el art. 66 ER obliga a absolver a todo acusado a no ser que la Sala de Primera Instancia esté convencida de la culpabilidad del acusado “más allá de toda duda razonable”, parece poco factible que los mismos hayan incurrido en responsabilidad penal conforme al ER.

III.4.5. Conclusión

Las reflexiones vertidas en las secciones anteriores a la luz del caso Couso han pretendido mostrar los problemas jurisdiccionales y procesales, además de los derivados de la aplicación del principio de complementariedad y del umbral de gravedad, con que a buen seguro se enfrentarán quienes lleven ante la Corte casos aislados por crímenes de guerra. Sin duda, estos problemas debieron haber sido tenidos en cuenta por el legislador español antes de aprobar el más que problemático artículo 7 (2) de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre de 2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, que requiere al Ministerio Fiscal y a los órganos jurisdiccionales españoles de abstenerse de conocer y de remitir al denunciante o querellante a la Fiscalía de la Corte cuando los hechos objeto de su denuncia o querrela puedan dar lugar a responsabilidad penal conforme al ER y no hayan sido presuntamente cometidos ni en territorio español ni por nacionales españoles¹⁰⁶¹.

1061. Ver a este respecto, OLÁSOLO, H., *Spain en The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance*, Lattanzi, F./ Kress, K.(eds.), Il Sirente/ Nomos, 2006, pp. 345-380.

Así mismo, las secciones precedentes muestran como la particular tipificación de los crímenes de guerra en el art. 8 ER (y en particular la relativa a los ataques dirigidos contra personas y bienes civiles y a los ataques desproporcionados), así como el tratamiento que de ciertas figuras de la parte general realiza el ER (como por ejemplo la exclusión de responsabilidad penal por errores de tipo vencibles), llevan a concluir la ausencia de responsabilidad penal a la luz del ER por hechos como los que son objeto del caso Couso. Ahora bien, esto no significa necesariamente que los hechos objeto del caso Couso tampoco den lugar a responsabilidad penal conforme al ordenamiento jurídico español en cuanto que el abanico de conductas estrechamente ligadas a la existencia de un conflicto armado que son tipificadas por este último es, sin duda, más amplio.

PARTE IV

EPÍLOGO



IV. Ámbito de Actuación del Derecho Penal como Instrumento de Respuesta al Fenómeno del Terrorismo Internacional y Papel de la Corte Penal Internacional y de las Jurisdicciones Nacionales en su Persecución¹⁰⁶²

IV.1. Introducción: Primera aproximación al fenómeno del terrorismo internacional desde una perspectiva criminológica y jurídica

El fenómeno del terrorismo puede ser definido desde múltiples vertientes. Desde una perspectiva semántica, los orígenes de este fenómeno se remontan al Régimen del terror ocurrido durante la Revolución francesa en el siglo XVIII. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como una “sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror”. Terror, continúa diciendo es “miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se teme”. FERNÁNDEZ FLORES, en un sentido amplio, afirma que por terrorismo se entiende “el empleo intencional y sistemático de medios de tal naturaleza que provoquen terror para conseguir un fin”¹⁰⁶³. ZOLO lo ha definido como “el uso indiscriminado

1062. Ponencia presentada en el Congreso sobre “Terrorismo Internacional y Conflicto Armado”, organizado por la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo (España), los días 11 y 12 de septiembre de 2008.

1063. FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, “El Derecho de los conflictos armados”, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, pág. 853

de la violencia contra la población civil de un estado con el fin de difundir el pánico y de coaccionar a la autoridad política”¹⁰⁶⁴.

Desde un punto de vista criminológico, el fenómeno del terrorismo es violencia y su repercusión es tanto particular (afecta a bienes jurídicos individuales fundamentales) como colectiva (altera las condiciones de vida social hasta el punto de poner en peligro la propia estabilidad del Estado)¹⁰⁶⁵. Existe además en este fenómeno una innegable dimensión ideológica en cuanto que se dirige a provocar el terror en la población por medio de la realización de actos de violencia, para poder así exigir algún objetivo o concesión de carácter político como condición para el cese de la violencia¹⁰⁶⁶.

Dentro del fenómeno del terrorismo se pueden distinguir el terrorismo interno y el internacional. El primero es aquel que no trasciende los límites de la jurisdicción estatal que sirve como referencia. El terrorismo internacional se caracteriza por la extensión de sus actividades por diversas áreas geopolíticas del mundo y por la persecución de objetivos que afectan a valores o intereses de la comunidad internacional en su conjunto¹⁰⁶⁷.

El desarrollo del fenómeno del terrorismo internacional en los últimos años se encuentra, sin duda, vinculado con el te-

1064. ZOLO, “Las razones del “terrorismo global”, en *Revista Mientras Tanto* n° 101, pág.21.

1065. REINARES, *Terrorismo global*, Taurus, Madrid, 2003. pág. 16.

1066. MIRÓ LLINARES, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo: política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en CPC, n° 87, 2005, nota 5.

1067. REINARES, “Terrorismo internacional, ¿qué es y qué no es?”, en *Política Exterior*, 106, 2005, págs. 115 y ss.

rorismo de Al Qaeda. Así, por una parte, los atentados de Nueva York (11-S), Bali, Madrid (11-M) o Londres han puesto de manifiesto la extensión de las redes y la operatividad del actual *yihadismo* neosalafista.¹⁰⁶⁸ Se trata de redes asentadas en varias decenas de países, tanto dentro como fuera del mundo árabe e islámico, con capacidad para atentar a lo largo y ancho del planeta, que han ido ampliando sucesivamente sus escenarios geopolíticos de acción¹⁰⁶⁹. Además, estas redes han

1068. Según REINARES, “España, Al Qaeda y el terrorismo global”, en *Claves de la Razón Práctica*, n° 141, 2004, págs. 24 y ss., Al Qaeda es un entramado terrorista complejo y flexible, unido por su alcance transnacional y composición multiétnica, que conjuga nuevas tecnologías con fundamentalismo religioso de contenidos wahabíes o específicamente salafistas, y que aspira, dentro de una concepción del tiempo distinta a la que estamos acostumbrados, a unificar políticamente la comunidad de los creyentes en el islam, así como a destruir o sojuzgar el mundo occidental, el cual es intemporalmente visto como propio de judíos y cruzados.

1069. Según MONTERO GÓMEZ, “Crítica de la razón bélica contraterrorista”, en *Sistema* 193/2006, págs. 121 y ss., Al-Qaeda estaría compuesta por un núcleo central, el más próximo al grupo que se constituyó en Afganistán alrededor de la resistencia muyahidin contra la ocupación soviética, y que tendría en Osama Bin Laden y su más próximo grupo de fieles la conformación del centro de la red. Este núcleo sería el centro de mando de Al-Qaeda, donde se planificarían sus acciones de estrategias. De este primer núcleo dependería un primer anillo, formado por grupos más o menos operativos, dedicados a perpetrar directamente acciones terroristas. Un segundo anillo lo formarían grupos instrumentales, diseminados por varios países del menú, musulmanes o no, con motivaciones y objetivos independientes de Al-Qaeda; pero que pueden ser contactados y activados por algún representante del Al-Qaeda para llevar a cabo o coordinar acciones violentas específicas en lugares y momentos concretos. Finalmente, un tercer anillo lo componen grupos más o menos estructurados, de radicación local, desconectados de las redes de Al-Qaeda, pero por su orientación musulmana pueden utilizar la marca Al-Qaeda, con o sin el beneplácito del grupo primario, para reivindicar atentados.

mostrado repetidamente que tienen capacidad para perpetrar actos de mega-terrorismo, es decir, atentados que por su magnitud y consecuencias son diseñados y ejecutados a escala de la comunidad internacional en su conjunto¹⁰⁷⁰.

Del discurso utilizado por sus dirigentes se deduce también que su objetivo último no es otro que afectar la estructura y distribución de poder de regiones enteras del planeta e incluso de la misma comunidad internacional¹⁰⁷¹. Se trata, en definitiva, de provocar un cambio político y social en la comunidad internacional mediante actos de violencia dirigidos contra valores e intereses de la misma.

Desde una perspectiva jurídica, a pesar de que las distintas definiciones que del delito de terrorismo se han adoptado a nivel nacional, regional e internacional muestran una clara falta de consenso sobre el abanico de conductas que forman parte del fenómeno del terrorismo, es posible vislumbrar ciertos elementos comunes, tales como el acento puesto sobre la finalidad perseguida por el autor cuando realiza actos de violencia

1070. Según, ROLAND JACQUARD, *Al-Qaeda se habría implantado en el mundo entero a través de una suerte de franquicia terrorista, en donde cada una de estas filiales a su vez habrían adquirido independencia económica y autonomía tanto para escoger el blanco como para ejecutar futuros ataques*. Vid., más ampliamente, PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, IUSTEL, 2007, pp. 160 y ss.

1071. Por el contrario, hay quien mantiene vid., en este sentido, *Nihilismo y terrorismo*, Ministerio de Defensa, Cuaderno de estrategias, n° 124, que se trata del terrorismo *nihilista* en el que el asesinato indiscriminado de civiles justifica el propio acto terrorista. De lo que se trata es de aterrorizar al *público universal*. No hay móvil conocido, nada se sabe, se ignora el verdugo, la víctima, o el arma a emplear. Por ello, cuanto más anónimo es el terror, más dramático resulta y es que la violencia que derribó las Torres Gemelas, es *difusa e intangible*.

dirigidos a causar el terror entre la población¹⁰⁷². Así, es el hecho de recurrir al terror contra la población para la conse-

1072. Vid. OLÁSULO/PÉREZ CEPEDA, “Terrorismo Internacional y Conflicto Armado”, Tirant lo Blanch, 2008, secciones II.2 y VII. A nivel nacional, en relación con la definición de terrorismo en los arts. 571 y ss del Código Penal español, vid. GARCÍA RIVAS, “Propuesta de definición del delito terrorista. El “nuevo” terrorismo y la globalización”, en *Revista General de Derecho penal*, IUSTEL, n° 4, 2005, págs. 18 y ss; PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, IUSTEL, 2007, págs. 175 y ss; ASÚA BARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41 y ss; BUENO ARÚS, “La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica”, Thomson-Civitas, 2005, pág. 5; y GRUPO DE POLÍTICA CRIMINAL, *Terrorismo*, passim.

En relación con los dos modelos de definición del delito de terrorismo que a nivel nacional han adoptado los distintos estados miembros de la Unión Europea, vid. GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho penal frente al terrorismo cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, (ed. Gómez Colomer/González Cussac), Valencia, 2006, págs 57 y ss, y PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, IUSTEL, 2007, págs. 175 y ss.

En relación con la definición del delito de terrorismo en los EE.UU, vid. sección 802 del *USA Patriot Act*, Public Law 107-56, 107th Congress, H.R. 3162, de 26 de octubre de 2001, así como VERVAELE, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n° 14, 2005, págs. 128 y ss, y FLETCHER, “¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo”, en *Revista Penal*, n° 16, 2005, págs. 61 y ss.

Con respecto a los trabajos relativos a la definición de terrorismo en el seno de la Unión Europea, vid. en particular (i) los acuerdos del Consejo de la Unión de 6 y 27 de diciembre de 2001; (ii) la Decisión marco del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 (DOCE L 190/1, de 17 julio de

cución de un objetivo o concesión política lo que constituye la esencia de la definición jurídica del fenómeno terrorista¹⁰⁷³.

Además, en opinión del autor, al elemento teleológico se une también un elemento estructural, de manera que el recurso al terror contra la población debe ser llevado a cabo por una organización criminal - es decir, una auténtica asociación ilícita y no un núcleo de personas que realiza actividades de mera codelinquencia ocasional - para poder justificar la gravedad de la respuesta jurídica frente a un fenómeno terrorista capaz de poner en auténtico peligro el orden internacional¹⁰⁷⁴.

2002), relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, desarrollada en España mediante la LEY 3/2003 de 14 de marzo; y (iii) la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 (2002/475/JHA) relativa a la Lucha contra el Terrorismo.

En el ámbito del Consejo de Europa, vid. en particular el Convenio para la Prevención del Terrorismo, adoptado por el Consejo de Europa el 16 de mayo de 2005, y que entró en vigor el 21 de junio de 2007 para los Estados que lo han ratificado (España firmó este Convenio el 16 de mayo de 2005 pero todavía no lo ha ratificado).

Finalmente, en el seno de las Naciones Unidas, se han alumbrado desde 1963 un total de 13 Convenios sectoriales sobre terrorismo. Cada uno de ellos aborda manifestaciones específicas de este fenómeno, como puede ser - por citar los más recientes - los atentados con bombas (1997), la financiación del terrorismo (1999) o el terrorismo nuclear (2005). Sin embargo no existe un tratado internacional que contenga una definición de terrorismo que sea aplicable en cualquier circunstancia.

1073. Vid. OLÁSOLO/PÉREZ CEPEDA, "Terrorismo Internacional y Conflicto Armado", Tirant lo Blanch, 2008, sección II.2. No es, por tanto, suficiente con la mera intención de matar o de causar importantes daños personales o materiales, ya que de lo contrario se estaría equiparando el fenómeno del terrorismo con la producción de delitos graves.

1074. GRUPO DE POLÍTICA CRIMINAL, *Terrorismo*, passim.

No parece, por tanto, haber un bien jurídico protegido propio del delito de terrorismo que sea distinto de los demás bienes protegidos por el ordenamiento jurídico puesto que, en principio, cualquier clase de delito podría ser calificado como terrorismo si concurren estas cuatro premisas: violencia, terror, finalidad política y organización¹⁰⁷⁵.

IV.2. La respuesta del derecho penal al fenómeno del terrorismo internacional

Los atentados de Nueva York, Bali, Madrid y Londres han significado un reforzamiento y una transformación de la incertidumbre y la angustia que eran ya el substrato emocional de la sociedad del riesgo. La capacidad de cohesión y movilización del terrorismo internacional, asociado a imágenes específicas como las del 11-S y 11-M, ha provocado una predisposición sin precedentes de gran parte de la ciudadanía a desprenderse de las “ataduras” derivadas de ciertos derechos humanos fundamentales en aras de una mayor eficacia estatal en la erradicación de la amenaza.

El análisis de la llamada legislación antiterrorista como respuesta al fenómeno del terrorismo internacional descubre como notas la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos, la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya existentes en la legislación penal y la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal¹⁰⁷⁶. Es

1075. En este sentido vid., BUENO ARÚS, “La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica”, Thomson-Civitas, 2005, pág. 5; y OLÁSULO/PÉREZ CEPEDA, “Terrorismo Internacional y Conflicto Armado”, Tirant lo Blanch, 2008, sección II.2.

1076. FARALDO CABANA, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003,

como si la política criminal se hubiera liberado sin complejos de los principios garantistas del derecho penal sustantivo que han dominado el panorama político-criminal y dogmático durante buena parte del siglo XX en Europa¹⁰⁷⁷.

Se trata, en definitiva, de un derecho penal *ad hoc* para la lucha contra el terrorismo (denominado “Derecho penal del enemigo”), que se caracteriza porque considera al terrorista como si fuera un “no-persona” al haber abandonado el Derecho¹⁰⁷⁸. Se adopta así un modelo de emergencia basado en el tratamiento del terrorista como un enemigo a batir cuyo elemento fundamental es un derecho penal en el que rige, no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición de autor (de terrorista), de la maldad y de los enemigos del ordenamiento jurídico¹⁰⁷⁹.

del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización* (ed. Faraldo Cabana), Valencia, 2004, pag. 302 y ss.

1077. BERGALI, “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía”, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo, “cedant arma togae”* (eds. Losano/Muñoz Conde), Valencia, 2004, pág. 66.
1078. BRANDARIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización* (dir. Faraldo Cabana), Valencia, 2004, pág. 57. Vid. más ampliamente, PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*, IUSTEL, 2007, págs. 49 y ss; y SILVA SÁNCHEZ, “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas, 2001.
1079. PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos de formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. Guillermo Portilla), Universidad internacional de Andalucía/Akal, 2005, pág. 71. Vid. más ampliamente, y OLÁSULO/PÉREZ CEPEDA, “Terrorismo Internacional y Conflicto Armado”, Tirant lo Blanch, 2008, sección II.2.

Frente a las dudas de legitimidad que presenta¹⁰⁸⁰, quienes apoyan este modelo alegan que se trata de una mera desformalización del derecho penal estrictamente limitada a la inaplicación de ciertos principios y garantías que dificultan el

1080. Vid *inter alia* ACALÉ SÁNCHEZ, “Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad», en *SERTA. In memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, pág.1199 y ss; CANCIO MELIÁ, ““Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *JpD*, n° 40, 2002, pág. 21; CARBONELL/ORTS, “Un Derecho penal contra el pluralismo y la libertad”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, 2005, pág. 188; DEMETRIO CRESPO, “El “Derecho penal del enemigo” darf nicht sein! Sobre la legitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, www.iustel.com, n° 4, 2005; DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», en *Revista de Derecho y proceso Penal*, 2002, págs.119 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento autoritario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, n° 19, 2007, págs. 52 y ss; GRACIA MARTIN, “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en *Homenaje al Profesor Dr. González Rodríguez Mourullo*, Thomson, Civitas, 2004, págs. 447 y ss; LAMARCA PÉREZ, “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, (eds. Zuñiga/Méndez/Diego), COLEX, 2003, pág. 105; MIR PUIG, “Prólogo”, en *La política criminal en Europa*, (dir. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pág. 20; MIRÓ LLINARES, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en *CPC*, n° 87, 2005, pág. 188; PÉREZ DEL VALLE, “Sobre los orígenes del Derecho penal de enemigo (algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau)”, en *CPC*, n° 75, 2001, pág. 609 y ss; PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, 2004, págs. 709 y ss; y PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal” en *La política criminal en Europa* (eds. Mir/Corcoy), Atelier, 2004, pág. 118.

castigo de ese tipo de criminalidad¹⁰⁸¹. Según estos autores, la misma es requerida por criterios de necesidad y eficacia, y su excepcionalidad se justifica en el carácter desestabilizador que el fenómeno del terrorismo internacional genera en el sistema político¹⁰⁸².

IV.3. La regulación internacional del fenómeno del conflicto armado como límite al ámbito de aplicación del derecho penal como respuesta al fenómeno del terrorismo internacional

A raíz del 11-S, el concepto de terrorismo, y en particular de terrorismo internacional, se ha confundido con el concepto de conflicto armado, lo que ha originado que la respuesta del Derecho penal al fenómeno del terrorismo internacional se entremezcle con el recurso a la fuerza armada. Como resultado, el escenario de emergencia penal con el que se combate al fenómeno del terrorismo internacional parece haberse trasladado también al ámbito de las relaciones internacionales mediante la interpretación extensiva del concepto de “guerra preventiva” para justificar el recurso a la fuerza armada en ciertas situaciones de crisis, y en particular en relación con el conflicto armado en Irak en marzo de 2003¹⁰⁸³. De ahí la impor-

1081. Al respecto, vid., más ampliamente, JAKOBS, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, págs. 57 y ss.

1082. *Ibidem*.

1083. En el documento «*The National Security Strategy of the United States of America*» del 18 de Septiembre del 2002, el gobierno de los EEUU aprueba el recurso a la amenaza y el recurso a la “guerra preventiva” en relación con los llamados “Estados canallas”, y reivindica la in-

tancia de distinguir los fenómenos del terrorismo y del conflicto armado¹⁰⁸⁴.

Esta distinción permite también marcar la frontera entre el ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta frente al fenómeno del terrorismo (y, en particular, frente al terrorismo internacional), y el ámbito de aplicación del derecho internacional que regula tanto el recurso a la fuerza armada en las relaciones entre Estados (*ius ad bellum*) como el comportamiento de las partes contendientes durante un conflicto armado con el fin de limitar los sufrimientos y destrucción causados por el mismo (*ius in bellum*)¹⁰⁸⁵.

tervención militar unilateral de EEUU ante la impotencia de la comunidad internacional para solucionar los problemas globales, y en particular el terrorismo internacional.

1084. Vid. OLÁSULO, “Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007, sección I.

1085. También conocido como derecho internacional humanitario (DIH) o derecho internacional de los conflictos armados (DICA). Como REMIRO BROTONS, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial en el derecho penal internacional”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs. 142 y ss, ha señalado, en cuanto que muerte y destrucción son consecuencias inevitables de la guerra, el derecho internacional humanitario, entendido como el conjunto de normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes durante un conflicto armado, tiene como fin último la limitación, que no la erradicación, de los sufrimientos y destrucción causados por los conflictos armados. De ahí que, como afirma QUINTANO RIPOLLÉS, “Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, vol. I, págs. 573 y 574, el derecho internacional humanitario obligue en la misma medida a todas las partes contendientes, lo que incluiría también a las fuerzas armadas que llevan a cabo operaciones militares bajo los auspicios de las

En este sentido, hay que subrayar que en situaciones que no presentan el carácter de un conflicto armado, el ámbito de actuación del derecho penal (ya sea a nivel nacional, regional o internacional) como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo se encuentra únicamente sujeto a las limitaciones impuestas por las garantías derivadas de la normativa aplicable en materia de derechos humanos fundamentales. Además, cualesquiera disposiciones que en materia penal se adopten para responder específicamente al fenómeno del terrorismo, éstas deberán ser complementarias de aquéllas que prevén los crímenes de lesa humanidad. En este sentido, no se puede olvidar la relación entre el fenómeno del terrorismo, caracterizado por el recurso al terror contra la población como estrategia política, y las situaciones de “ataque sistemático y generalizado contra una población civil” que son objeto de los crímenes de lesa humanidad¹⁰⁸⁶.

Naciones Unidas¹⁰⁹¹, con independencia de quién inició el conflicto y de si en los orígenes del mismo se encuentra una violación del *ius ad bellum*¹⁰⁹². El principio de igualdad entre las partes contendientes, y la correspondiente separación entre *ius ad bellum* y *ius in bellum*, se consagra tanto en el texto como en la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, de sus dos Protocolos Adicionales de 1977, de los estatutos de los TPIY y TPIR, y del Estatuto de Roma. Entre los numerosos autores que lo defienden cabe destacar LAUTERPACHT, “Oppenheim’s International Law”, Séptima Edición, Longman, vol. II, Londres, 1952, págs. 217-222, BOWETT, “United Nations Forces”, Praeger, Nueva York, 1964, págs. 493-499, y GREEN, “The Contemporary Law of Armed Conflict”, Manchester University, segunda edición, 2000, pág. 54. Vid. también, MUÑOZ CONDE, “Derecho penal. Parte especial”, decimoquinta edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 767 y ss, y GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, “Delitos contra la comunidad internacional”, en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, (eds. Lamarca/Alonso/Mestre/Gordillo), Colex, 2004, pág. 737.

1086 Es por esta razón que ciertos crímenes de lesa humanidad como el asesinato, el exterminio, la tortura o los tratos inhumanos pueden

Ahora bien, como la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) ha señalado en el caso Galic¹⁰⁸⁷, el recurso al terror contra la población como estrategia política no es un fenómeno exclusivo de las situaciones de paz, de manera que terrorismo internacional y conflicto armado no son necesariamente dos fenómenos excluyentes. Por el contrario, con frecuencia los Estados y grupos armados organizados que se enfrentan en un conflicto armado utilizan ciertas formas de violencia, o dirigen sus ataques contra ciertos objetivos, con la intención de provocar el terror entre la población civil para así conseguir importantes ventajas político-militares. Además, como se ha visto últimamente en Irak, es cada día menos inusual que personas o gru-

incluir también ciertas manifestaciones del fenómeno del terrorismo. Vid. a este respecto ARNOLD, “The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism”, Transnational Publishers, 2004. Además, si bien en última instancia la gravedad de su desvalor depende en gran medida de los bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, integridad psicológica o libertad sexual, por poner algunos ejemplos) afectados por la violencia ejercida contra la población civil, no cabe duda de que el desvalor generado porque una determinada conducta sea objetivamente parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil es *a priori* más grave que el desvalor producido porque a través de una cierta conducta se pretenda generar el terror en la población (con independencia de que la conducta de que se trate tenga la magnitud y gravedad suficiente como para ser objetivamente apropiada para aterrorizar a la población). Por ello, en virtud del principio de proporcionalidad de la gravedad de las penas al desvalor de la conducta prohibida, los crímenes contra la humanidad parecen, en principio, exigir una respuesta penal más severa que los actos de violencia terrorista.

1087. La Sentencia de apelación del TPIY en el caso Galic (párrafos 91 a 98) ha afirmado recientemente el carácter consuetudinario del crimen de guerra de realizar actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal es aterrorizar a la población civil y ha asimismo desarrollado los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal (párrafos 99 a 103).

pos ajenos a la partes contendientes lleven a cabo en el marco de un conflicto armado actos de violencia terrorista que no se encuentran directamente relacionados con el conflicto en sí mismo.

A diferencia de lo que ocurre cuando no existe un conflicto armado, el derecho internacional humanitario no impone a las partes contendientes una prohibición absoluta de recurrir al terror¹⁰⁸⁸. Ahora bien, al mismo tiempo, regula minuciosa-

1088. Así, por ejemplo, la parte que dispone de superioridad tecnológica puede recurrir a medios o métodos de combate contra los que el enemigo carece de la tecnología necesaria para presentar una defensa eficaz con la finalidad principal de provocar el terror en los combatientes enemigos y conseguir con ello su rendición o, al menos, que huyan de sus posiciones de defensa. Este fenómeno se ha podido apreciar en los conflictos armados en Iraq en 1991 y en 2003, en los que las fuerzas de la Coalición han gozado de un dominio del espacio aéreo sin precedentes debido a su enorme superioridad tecnológica sobre las tropas iraquíes. En estas situaciones, quienes tienen la condición de combatientes o participan directamente en las hostilidades - a diferencia de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en situaciones de paz - tienen jurídicamente la obligación de soportar el terror que el enemigo pretende inflingirles mediante el uso de ciertos medios y métodos de combate (sobre todo ciertos tipos de armas) contra los que no poseen ningún medio de defensa efectivo. Del mismo modo, el derecho internacional humanitario no prohíbe tampoco de manera absoluta que las partes contendientes recurran a ciertos actos de violencia que inevitablemente van a generar el terror entre la población civil. Así, por ejemplo, si bien el bombardeo del Ministerio de Defensa en Bagdad por la aviación de la Coalición va a provocar inevitablemente el terror entre la población civil del barrio en el que se encuentra situado, el derecho internacional humanitario considera que dicho ataque es lícito en tanto no se prevea que pueda provocar daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar que se espera obtener de su consecución con éxito. Lo mismo ocurre cuando las fuerzas serbo-bosnias que sitían Sarajevo utilizan franco-tiradores de élite equipados con rifles con miras telescópicas contra los miembros del Bay atrincherados en

mente cómo, cuándo y contra quién las partes contendientes pueden recurrir al terror durante un conflicto armado, y sanciona, normalmente, con responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cuando se viola gravemente dicha regulación¹⁰⁸⁹.

En consecuencia, en situaciones de conflicto armado el ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta frente al fenómeno del terrorismo es, sin duda, más limitado por cuanto que debe ser compatible con el *ius ad bellum* y con el derecho internacional humanitario. Además, cualesquiera disposiciones que en materia penal se adopten

Sarajevo; o cuando en Sri Lanka los llamados “Tigres de Liberación Tamiles” infiltran un comando en Colombo con la intención de quitar la vida al jefe de los servicios de información de las fuerzas gubernamentales, o de volar una instalación militar situada en el centro de la ciudad y acabar así con la vida de todos sus ocupantes. De particular importancia es, sin duda, el diferente tratamiento que estos últimos actos de sabotaje reciben en situaciones de paz y en situaciones de conflicto armado. Así, actos de violencia como el asesinato de miembros de las fuerzas armadas o de otros cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que participan en la lucha antiterrorista mediante el uso de coches bomba o de ataques a cuarteles, constituyen manifestaciones del fenómeno del terrorismo si con ellos se pretende aterrorizar a la población para así obtener un objetivo o concesión política. Ahora bien, mientras que en situaciones de paz este tipo de conductas dan lugar a un delito de terrorismo (o, cuando menos, a un delito de asesinato o de homicidio si la legislación nacional del Estado afectado no prevé el delito de terrorismo), el derecho internacional humanitario considera que estas manifestaciones del fenómeno del terrorismo son lícitas si se producen en el marco de un conflicto armado, y, por tanto, no pueden dar lugar a la responsabilidad penal de sus autores.

1089. Vid. a este respecto, ARNOLD, “The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism”, Transnational Publishers, 2004, págs. 193-19, y OLÁSULO, “Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yu

goslavia”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, pp. 105 a 110 y 267 a 272. Resultan en este sentido particularmente relevantes las limitaciones derivadas del principio de distinción durante la conducción de las hostilidades, de manera que durante las mismas las partes contendientes deben distinguir en todo momento entre objetivos militares, ya se trate de personas o de bienes, y objetivos que no tienen dicha naturaleza, y deben dirigir sus ataques a la destrucción total o parcial, captura o neutralización de los primeros. De esta manera, tal y como se prevé en los Art. 43 y 49 a 58 PA I, y 13 a 17 PA II, “los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos” (definición de ataque prevista en el art. 49 (1) PA I) han de llevarse a cabo contra objetivos militares. Además, en su planeamiento y ejecución es necesario respetar las siguientes reglas: (i) antes de lanzar un ataque se deben adoptar ciertas medidas de precaución para, por un lado, identificar correctamente el objetivo y los riesgos derivados del mismo para las personas y los bienes civiles, y, por otro lado, minimizar los daños civiles colaterales que dicho ataque puede ocasionar a estos últimos; (i.e.) cuando se prevea que un ataque puede causar daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar esperada del mismo tiene que ser cancelado o, si ya se ha iniciado, debe ser suspendido; (i.e.) no se puede utilizar ninguno de los medios (armamento o municiones) o de los métodos de combate expresamente prohibidos por el derecho internacional humanitario, y se deben respetar las limitaciones existentes en relación con los que no se encuentran prohibidos. Además, según el art. 85 (3) PA I y los Art. 8 (2) (b) (i), (i.e.), y (iv) y 8 (2) (e) (i) ER, dan lugar a responsabilidad penal individual (i) los actos de violencia (ataques) dirigidos contra la población civil, contra personas civiles que no participen activamente en las hostilidades o contra bienes de carácter civil; (i.e.) los actos de violencia (ataques) indiscriminados, entendidos como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes civiles, y entre los que se encontrarían los realizados con medios o métodos de combate que por razones tecnológicas, o bien no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto, o bien no pueden limitar sus efectos; y (iii) los actos de violencia (ataques) desproporcionados, entendidos como aquellos que a pesar de estar dirigidos contra un objetivo militar se prevé que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar que se espera obtener de los mismos. A todo esto hay que añadir que los arts. 51 (2) PA I y 13(2) PA II prevén que la población civil y las personas civiles, además de no poder ser objeto de ataque, tampoco

podrán ser objeto de represalias o de cualquier acto o amenaza cuya finalidad principal sea aterrorizarlos. A este respecto, la Sala de apelaciones del TPIY, en su Sentencia del 30 de noviembre de 2006 en el caso Galic, ha señalado que, conforme al desarrollo de la costumbre internacional, las violaciones graves de estas disposiciones daban ya lugar a responsabilidad penal individual cuando comenzó el conflicto en el territorio de la antigua RFSY en 1991.

El derecho internacional humanitario también regula el recurso al terror por las partes contendientes en el marco de ataques dirigidos contra objetivos militares que no se prevé causarán daños civiles colaterales excesivos. Como resultado, el uso del terror como medio o método de guerra contra combatientes enemigos, o contra personas que participan directamente en las hostilidades y que pertenecen a la parte adversa, se encuentra sujeto a importantes limitaciones. Destaca en este sentido la prohibición de la emisión de órdenes o la realización de declaraciones en el sentido de que no haya sobrevivientes, ya sea con el propósito de amenazar al adversario, ya sea con la intención de que las hostilidades se conduzcan realmente de esta manera. Conforme al art. 8 (2)(b)(xii) y (e)(x) ER, y a sus respectivos elementos de los crímenes, las infracciones a esta prohibición dan lugar a un crimen de guerra cuando quien emite la orden o realiza la declaración se encuentra en una situación de mando o control efectivo respecto a las fuerzas subordinadas a quienes vaya dirigida. Además, íntimamente relacionada con la prohibición de no dar cuartel a las fuerzas enemigas, se encuentra la prohibición de “causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción”, cuya infracción, según el art. 8 (2) (b) (vi) ER, da también lugar a responsabilidad penal individual. A todo ello hay que añadir que, en materia de medios y métodos de combate, existe en el derecho internacional humanitario el principio general por el que se prohíbe el uso de todo tipo de armas, proyectiles, materiales y métodos de combate que, por su propia naturaleza, causen heridas superfluas o sufrimientos innecesarios. Si bien, como CASSESE y SCHABAS han señalado, se echa en falta en el ER un tipo genérico que castigue las infracciones de este principio general, entre los medios y métodos de combate afectados por este principio, y cuya utilización es expresamente castigada en el ER con la responsabilidad penal del autor, se pueden citar el uso del veneno o de proyectiles envenenados¹⁰⁹⁷, el uso de gases, líquidos, o sustancias asfixiantes o venenosas¹⁰⁹⁸, o el uso de balas que, debido a que se enganchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, agravan inútilmen-

para responder específicamente al fenómeno del terrorismo deben ser complementarias de aquellas que prevén el delito de agresión y los crímenes de guerra¹⁰⁹⁰.

te el sufrimiento de los heridos o la gravedad de las heridas¹⁰⁹⁹. Vid. apartados (2)(b)(xvii), (xviii) and (xix) del art. 8 ER. Vid. también CASSESE, "International Criminal Law", Oxford University Press, 2003, pág. 60, y SCHABAS, "Introduction to the International Criminal Court", Cambridge University Press, segunda edición, 2004, pág. 62.

Finalmente, el derecho internacional humanitario recoge también estrictas limitaciones sobre el recurso al terror por las partes contendientes a resultas de su manera de actuar con las personas que pertenecen a la parte adversa y se encuentran en su poder, ya se trate éstas de enfermos, náufragos, prisioneros de guerra o civiles. Así, por ejemplo, se prohíbe un buen número de conductas que normalmente generan el terror en quien, encontrándose en poder de la parte adversa, las padece o las observa. Sirvan como ejemplo las siguientes, cuyas infracciones dan lugar a responsabilidad penal individual conforme al art. 8 (2) ER: (i) el asesinato; (ii) la tortura o los tratos inhumanos; (iii) las mutilaciones físicas o los experimentos médicos o científicos de cualquier tipo; (iv) los tratos crueles, (v) el causar deliberadamente grandes sufrimientos o el atentar gravemente contra la integridad física o la salud; (vi) el atentar contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; (vii) el cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; (viii) el utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares; (ix) el hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; (x) la toma de rehenes; o (xi) la deportación, el traslado ilegal o el confinamiento ilegal.

1090. Se entienden por crímenes de guerra aquellas violaciones graves del derecho internacional humanitario que se producen en el seno de un conflicto armado y que se encuentran vinculadas al mismo por

Es por esta razón que, en opinión del autor, en situaciones de conflicto armado, el derecho penal como instrumento de respuesta frente al fenómeno del terrorismo tiene como principal ámbito de actuación aquellos casos en los que individuos o grupos armados - que, además de estar desvinculados de las partes contendientes, no cumplen con los requisitos para que se les pueda calificar como tales -, llevan a cabo actos de violencia para aterrorizar a la población con el fin de obtener un objetivo o concesión política, y en relación con los cuales la existencia simultánea de un conflicto armado no ha jugado ningún papel sustancial en la decisión de llevarlos a cabo, en la capacidad de realizarlos o en la manera de ejecutarlos.

En todo caso, conviene subrayar antes de acabar este apartado, la singular relevancia que tiene la delimitación de la frontera entre el ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta frente al fenómeno del terrorismo (y, en particular, frente al terrorismo internacional), y el ámbito de aplicación del *ius ad bellum* y del derecho internacional humanitario, dada la tendencia de los Estados a calificar como “terroristas” a los grupos armados organizados que, tras un análisis más cuidadoso, parecen cumplir con las condiciones

que su existencia juega un papel sustancial en la decisión del autor de realizar la conducta prohibida, en su capacidad para llevarla a cabo o en la manera de ejecutarla. Vid. OLÁSULO, “Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia”, Tirant lo Blanch/ Cruz Roja Española, secciones I y II.2.1.2. Vid. también Decisión de la CPI sobre la confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 287. En el mismo sentido, Sentencia de apelación del TPIY en el caso Kunarac (párrafo 58), Sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Furundzija (párrafos 65 y 120 a 130) y Sentencia de apelación del TPIR en el caso Rutaganda (párrafos 570 a 572).

exigidas por la normativa internacional¹⁰⁹¹, y su desarrollo jurisprudencial¹⁰⁹², para que su confrontación con las fuerzas gubernamentales merezca ser jurídicamente calificada como conflicto armado¹⁰⁹³.

Así, conviene no olvidar que la existencia de una situación de conflicto armado provoca que los ataques contra los miembros de las fuerzas armadas, contra los miembros de aquellos cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que participan activamente en la llamada “lucha antiterrorista” e, incluso, contra ciertos miembros del Gobierno, no puedan ser castigados sin más como “actos terroristas” porque tienen la naturaleza de ataques dirigidos contra objetivos militares y, por tanto, están en principio autorizados por el derecho internacional humanitario. En consecuencia, el reconocimiento por un Estado de la existencia de una situación de conflicto armado dentro de sus propias fronteras - al margen de las posibles implicaciones jurídico-políticas del reconocimiento de la condición de beligerantes a los grupos armados organizados de oposición implicados - conlleva la prohibición para el Estado afectado de aplicar a los miembros de dichos grupos armados

1091. Fundamentalmente el art. 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra y el art. 8 del Estatuto de Roma.

1092. Particularmente la definición de conflicto armado contenida en la Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic.

1093. Esta tendencia no sólo se da en relación con los conflictos armados de carácter no internacional que tienen lugar en el territorio de un Estado, sino también con respecto a aquellos conflictos que adquieren una naturaleza internacional a raíz del “control de conjunto” que terceros Estados ejercen sobre dichos grupos armados organizados de oposición. Vid. OLASOLO, “Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007, sección II.2.1.2.

organizados buena parte de su legislación penal interna “antiterrorista” en cuanto que sea incompatible con las normas y usos internacionales que regulan el comportamiento de las partes contendientes en los conflictos armados¹⁰⁹⁴.

Además, la existencia de un conflicto armado hace también inaplicable aquella parte de la legislación procesal penal ordinaria - y de las garantías que la misma ofrece a quienes presuntamente hayan delinquido – que es incompatible con el derecho internacional humanitario. En consecuencia, los miembros de las fuerzas armadas y de aquellos cuerpos de seguridad del Estado que participan en la lucha antiterrorista adquieren el derecho a disparar directamente, sin necesidad de hacer pregunta alguna ni dar el alto previo, contra los integrantes de los grupos armados organizados de oposición involucrados en el conflicto armado en cuanto que se considera que los mismos participan activamente en las hostilidades¹⁰⁹⁵.

1094 Vid. a este respecto, VAN DE WYNGAERT/DE SCHUTTER, “*Coping with Non-International Armed Conflicts: The Borderline between National and International Law*”, en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, n° 13, 1983, págs. 280-281.

1095. Vid. OLÁSULO, “Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007, sección II.2.1.2.

IV.4. El concepto de conflicto armado y su distinción de situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista

El concepto de conflicto armado constituye la piedra angular sobre la que se construye el derecho internacional humanitario puesto que determina su ámbito de aplicación. Tradicionalmente, los conflictos armados se han distinguido entre aquellos que tienen un carácter internacional y aquellos que no tienen dicho carácter¹⁰⁹⁶.

1096. En este sentido, un punto de singular distinción entre la definición de los crímenes de guerra en los Art. 608 a 614 bis del Código penal español y su definición en el art. 8 del Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes es la relevancia del carácter internacional o no internacional del conflicto armado. Así, los artículos 609 a 614 CP requieren únicamente que la conducta de que se trate se desarrolle “con ocasión de un conflicto armado”, sin distinguir entre conflictos armados internacionales y conflictos armados de carácter no internacional. De esta manera, no importa que el conflicto tenga un carácter internacional, o no internacional, el ámbito de las conductas tipificadas es exactamente el mismo. Como PÉREZ GONZÁLEZ y ABAD CASTELLÓS, “Los delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español”, en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 3, 1999, pág. 460, han señalado, la técnica tipificadora utilizada por el legislador en estas disposiciones “se corresponde en líneas generales con la individualización de la infracciones graves que efectúan los correspondientes artículos de los Convenios de 1949 y del Protocolo I Adicional de 1977..., extendiendo la sanción de esos actos reprobables a cualquier situación de conflicto armado”. Vid. también FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, “El Derecho de los conflictos armados”, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, págs. 824 a 837.

Los conflictos armados de carácter internacional nacen como resultado del recurso a la fuerza armada entre dos o más Estados para resolver sus diferencias políticas¹⁰⁹⁷, lo que incluye también los supuestos de ocupación del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado con independencia de que tal ocupación encuentre o no resistencia militar¹⁰⁹⁸. Además, conflictos que a primera vista podrían ser considerados como de carácter no internacional adquieren una naturaleza internacional si: (i) un tercer Estado interviene en los mismos con sus tropas (intervención directa)¹⁰⁹⁹; o (ii) alguna de las partes contendientes actúa en los mismos por cuenta de un tercer Estado (intervención indirecta). En este último caso, se exige que el tercer Estado tenga un control de conjunto sobre una de las partes contendientes¹¹⁰⁰, lo que sólo se

1097. Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo. 70.

1098. Como BOTHE, “War crimes”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (eds. Cassese/Gaeta/Jones), vol. I, 2002, pág 390, ha señalado: “The Conventions, according to Article 2, apply “to all cases of declared war or of other armed conflict between two or more High Contracting Parties.” Practically all States (189 as of December 2001) are parties to the Geneva Conventions. Thus, the question of the relationship between a party and a non-party arises only in cases where there is an entity claiming the status of a state, although it is not generally recognised as such”.

1099 Sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Tadic, párrafo 84.

1100 Sentencia de apelación del TPIY en el caso Tadic, párrafo 141. Así, la Sentencia de apelación del TPIY en el caso Akekovski (párrafo 147) señala en relación con el criterio del control de conjunto que: “to the extent that it provides for greater protection of civilian victims of armed conflicts, this different and less rigorous standard is wholly consistent with the fundamental purpose of Geneva Convention IV, which is to ensure ‘protection of civilians to the maximum extent possible.’” Posteriormente, la Sentencia de apelación del TPIY en el

produce cuando dicho Estado, además de financiar, entrenar, equipar o dar apoyo logístico a una de las partes contendientes, juega un cierto papel en la organización, coordinación o planeamiento de sus operaciones militares¹¹⁰¹.

caso Celebici rechazó una vez más el criterio del control efectivo acogido por la CIJ en el caso Nicaragua y reafirmó el criterio del control de conjunto. Como la Sala de apelaciones señaló (párrafo 26): “It is unable to find cogent reasons in the interests of justice to depart from the law as identified in the *Tadic* Appeal Judgement. The ‘overall control’ test set forth in the *Tadic* Appeals Judgement is thus the applicable criteria for determining the existence of an international armed conflict”. En esta misma sentencia, la Sala de apelaciones añadió (párrafo 20) que el rechazo del criterio del control efectivo en favor del criterio del control de conjunto “may be indicative of a trend simply to rely on the international law on the use of force, jus ad bellum, when characterising the conflict. The situation in which a State, the FRY, resorted to the indirect use of force against another State, Bosnia and Herzegovina, by supporting one of the parties involved in the conflict, the Bosnian Serb forces, may indeed be also characterised as a proxy war of an international character. In this context, the “overall control” test is utilised to ascertain the foreign intervention, and subsequently, to conclude that a conflict which was prima facie internal is internationalised”.

1101. Sentencia de apelación del TPIY en el caso *Tadic*, párrafo 137. La Sentencia de primera instancia del TPIY en el caso *Celebici* (párrafo 262) encontró que este requisito se cumplía, y que por tanto la República Federal de Yugoslavia (RFY) tenía un control de conjunto sobre las fuerzas serbo-bosnias durante el conflicto armado sostenido por estas últimas en Bosnia y Herzegovina. Tal y como señala la Sentencia, “the purported withdrawal of the JNA and severance of involvement of the FRY in the conflict after 19 May 1992 was merely a smokescreen and that there can be no doubt of their continued influence. There was a clear common purpose between the FRY and the Bosnian Serbs to execute a project conceived of in Belgrade – that of an expanded Serbian State – and it is, therefore, possible to regard the Bosnian Serbs as acting on behalf of the FRY in its continuing armed conflict against the authorities of Bosnia and Herzegovina”.

Ahora bien, surge la pregunta de hasta dónde se extiende el concepto de “conflicto armado” con respecto a aquellas situaciones que no quepa calificar como conflictos armados internacionales. En otros términos, cuál es la frontera entre situaciones de conflicto armado en las que uno o más grupos armados organizados recurren a la violencia de manera prolongada contra las fuerzas gubernamentales, y situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por una sucesión de actos de violencia tendentes a aterrorizar a la población civil para la obtención de un objetivo político¹¹⁰².

A este respecto, conviene recordar que, si bien el art. 1 (1) del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra (“PA II”)¹¹⁰³ requiere explícitamente que los grupos armados

1102. De la respuesta a esta pregunta dependerá la aplicación del derecho internacional humanitario (y la correspondiente inaplicación de aquella parte de la legislación nacional antiterrorista, así como, en su caso, de la normativa procesal ordinaria, que sea incompatible con las normas y usos internacionales aplicables a los conflictos armados) en ciertas situaciones de crisis caracterizadas por el recurso sistemático a la violencia para la obtención de concesiones políticas por parte de grupos armados organizados como Tierra y Libertad Basca (*Euskadi Ta Askatasuna*, más conocido como “ETA”), el antiguo Ejército Republicano Irlandés (*Irish Republican Army*, más conocido como “IRA”), el Ejército de Liberación Kosovar (más conocido coloquialmente “KLA”), o las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“FARC”).

1103. Previamente, el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 describe únicamente las obligaciones de las partes contendientes cuando “un conflicto armado que no sea de índole internacional” surge en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, pero no precisa lo que entiende específicamente por conflicto armado. Ahora bien, en el comentario del CICR a esta disposición, se subraya que no fue la intención de sus redactores que la misma se aplicase a cualquier acto de violencia armada (como actos de anarquía, motines o actos de criminalidad ordinaria), sino sólo a situaciones en las que se producen hostilidades entre las fuerzas arma-

organizados de que se trate ejerzan un control tal sobre una parte del territorio del Estado afectado que les permita llevar a cabo operaciones militares concertadas de manera sostenida,¹¹⁰⁴ des-

das de dos o más bandos - es decir, situaciones que, al margen de la personalidad jurídica internacional de las partes contendientes, tienen una naturaleza similar a los conflictos armados internacionales si bien se producen en el territorio de un único Estado. Vid. PICTET, "Commentary on II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea", Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960, pág. 33. Vid. también a este respecto, PICTET, "Commentary on I Geneva Convention of the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field", Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952, pág. 49, donde, al analizar los criterios para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional a los efectos del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el autor afirma que se requiere que "the Party in revolt against the *de iure* Government possesses an organized military force, an authority responsible for its acts, acting within a determinate territory and having the means of respecting and ensuring respect for the Convention". Vid. en el mismo sentido, Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic, párrafo 15.

1104. El PA II desarrolla la normativa aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional que se contiene en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, y, al mismo tiempo, adopta una serie de criterios que permiten distinguir las situaciones de conflicto armado de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista. Así, el art. 1(1) PA II delimita el ámbito de aplicación del Protocolo Adicional II a los conflictos armados "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". Por lo tanto, se requiere, en primer lugar, que los grupos armados implicados en el conflicto tengan un cierto grado de organización interna, lo que incluiría una cierta estructura jerárquica que asegure tanto un control operacional por un mando responsable, como un control disciplinario

de el caso Tadic, la jurisprudencia del TPIY¹¹⁰⁵ ha afirmado repetidamente que para la existencia de un conflicto armado

que permita imponer la aplicación de la normativa del Protocolo II Adicional. Además, se exige que dichos grupos armados tengan la capacidad para planear y llevar a cabo operaciones militares de manera continuada a raíz del control ejercido sobre una parte del territorio del Estado afectado. A este respecto, vid. SANDOZ/SWINARSK/ZIMMERMANN. (eds.), “Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949”, Comité Internacional de la Cruz Roja/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987, págs. 1352- 1353. Vid. también, Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic, párrafo 15, y Decisión de la SCP I de la CPI sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 232.

1105. En este sentido, el TPIR, si bien se ha mostrado a veces dubitativo sobre si la evolución de la costumbre internacional ha eliminado ya el requisito de que los grupos armados organizados implicados en el conflicto deban controlar una parte del territorio del Estado afectado, ha optado por afirmar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la noción de conflicto armado previstos en el art. 1(1) PA II (incluido el del control de una parte del territorio del Estado afectado) en el caso de la situación de crisis ocurrida en Ruanda entre abril y julio de 1994. Así, para el TPIR, se produjo en este periodo un conflicto armado entre el Frente Patriótico Ruandés (FPR) bajo el mando del General Kagame y las fuerzas gubernamentales (Fuerzas Armadas Ruandesas, FAR), de manera que, para mediados de mayo de 1994, el FPR había asumido ya el control de la mitad del país, lo que iba mucho más allá de lo inicialmente acordado en los acuerdos de Arusha. El FPR prosiguió, sin embargo, desarrollando operaciones militares concertadas de manera sostenida hasta el alto al fuego acordado el 18 de julio de 1994, que puso fin eventualmente al conflicto armado. Según el TPIR, las tropas del FPR eran disciplinadas y poseían una estructura de control y mando que las hacía actuar bajo un mando responsable. Además, el TPIR ha subrayado que el propio FPR confirmó al CICR durante el desarrollo del conflicto que se consideraba jurídicamente vinculado por la normativa del derecho internacional humanitario. Vid. a este respecto la discusión recogida en la Sentencia de primera instancia del TPIR en el caso Akayesu, párrafos 601 y ss.

de carácter no internacional es suficiente con que los grupos armados organizados que intervienen en el mismo tengan: (i) una organización interna suficiente, de manera que actúen bajo un mando responsable, tengan un sistema disciplinario interno que les permita imponer a sus miembros el respeto por el derecho internacional humanitario, y tengan una estructura interna que les permita planear y ejecutar de manera concertada operaciones durante un cierto periodo de tiempo; y (ii) la capacidad logística y operacional - además de la estructural - necesaria para recurrir efectivamente a un cierto nivel (intensidad) de violencia durante un cierto periodo de tiempo¹¹⁰⁶.

1106. Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 70. Vid. entre otras las Sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Tadic (párrafos 561 y 566), Celebici (párrafo 209), Furundzija (párrafo 59), Aleksovskic (párrafo 43), Jelusic (párrafo 29) y Blaskic (párrafo 63). Así, por ejemplo, en la reciente Decisión de primera instancia del TPIY sobre la petición de absolución conforme a la regla 98 en el caso Milosevic (párrafo 15) se puede leer lo siguiente: “The test for determining the existence of an armed conflict was set out in the *Tadic* Jurisdiction Appeals Decision (“*Tadic* test”) as follows: [A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”. Según ésta Decisión, el test de Tadic no es incompatible con el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra puesto que la lista de criterios allí recogida para la determinación de la existencia de un conflicto armado, si bien es más amplia que la prevista en test de Tadic, no puede ser considerada en palabras del propio CICR como obligatoria. Por lo tanto, la lista de criterios del CICR no puede ser considerada ni exhaustiva ni obligatoria, y, según señala el propio CICR, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra debería ser aplicado de manera tan amplia como posible (párrafo 19). Esta misma decisión reafirmó también, si bien sin ofrecer razonamiento alguno, la compatibilidad entre el test de Tadic y el art. 1 del PA II (párrafo 21).

La posición adoptada por la jurisprudencia del ICTY, es también sostenida por PÉREZ GONZÁLEZ y ABAD CASTELLÓS, quienes han subrayado que “la inclusión implícita de los conflictos armados internos abarca no sólo los regulados por el Protocolo II Adicional (art. 1) sino también las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”¹¹⁰⁷. En el mismo sentido parece apuntar PIGNATELLI Y MECA cuando señala que la noción de conflicto armado en los arts. 608 a 614 bis CP, además de abarcar los supuestos de guerra civil en su sentido clásico tradicional a que se refiere el art. 1 (1) PA II, podría también incluir otras situaciones de cierta entidad que formarían parte del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra a pesar de que falte en una de las partes contendientes alguno de los requisitos exigidos por el art. 1(1) PA II¹¹⁰⁸.

El problema que plantea esta posición es que, al eliminar el requisito del control de una parte del territorio del Estado afectado previsto en el art. 1(1) PA I y al no incorporar ningún otro requisito en su lugar, se difumina la línea de separación entre las situaciones de conflicto armado en las que se aplica el derecho internacional humanitario y las situaciones de tensiones y disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista¹¹⁰⁹. El desdibujamiento de esta fronte-

1107. PÉREZ GONZÁLEZ/ABAD CASTELLÓS, “Los delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español”, en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 3, 1999, pág. 460.

1108. PIGNATELLI Y MECA, “La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español: Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal”, Ministerio de Defensa, 2003, pág. 173.

1109. Vid. más extensamente, OLÁSULO, “Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional

ra es evidente al observar cómo varios de los requisitos de la noción de conflicto armado en la jurisprudencia del TPIY se describen mediante el recurso a adjetivos de contenido indeterminado tales como “suficiente” o “cierto”- así, se habla de una estructura interna “suficiente” de los grupos armados organizados involucrados en el conflicto, de un “cierto” nivel de intensidad en el recurso a la violencia armada y de un “cierto” espacio de tiempo durante el cual se debe recurrir a la fuerza armada¹¹¹⁰.

para la antigua Yugoslavia”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, sección II.2.1.2. Las peligrosas consecuencias de esta indeterminación son palpables cuando se intenta aplicar estos criterios a situaciones de crisis como la vivida en España a raíz del recurso a la violencia por parte de ETA para obtener la formación de un Estado independiente en el que se incluyan los territorios de Álava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya – particularmente, si lo que se pretende analizar es la naturaleza de dicha situación de crisis en los últimos años de la década de los setenta y primeros de los ochenta, cuando ETA tenía una estructura orgánica interna y una capacidad logística y operacional que le permitía realizar actos de violencia de manera sistemática que causaban la muerte a entre cincuenta y ochenta personas al año, en su gran mayoría miembros de las fuerzas armadas o de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado involucrados directa o indirectamente en la llamada “lucha antiterrorista”. Vid. ASOCIACIÓN DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO (AVT), www.avt.org/victimas.

1110. En este sentido, el concepto de conflicto armado adoptado por la Sala de apelaciones del TPIY en el caso Tadic ha sido aplicado por la Sala de primera instancia del TPIY en el caso Milosevic al analizar la situación de crisis vivida en Kosovo a raíz de los enfrentamientos entre las fuerzas armadas de la República Federal de Yugoslavia (“VJ”) y el Ejército de Liberación Kosovo (“KLA”) con anterioridad al inicio de la campaña aérea de la OTAN el 24 de marzo de 1999. Según la Sala, para determinar si existía o no una situación de conflicto armado bastaba con analizar las siguientes cuestiones: (i) la organización de las partes involucradas en el conflicto; y (i.e.) la intensidad del conflicto. En consecuencia, la Sala consideró que dicha situación de crisis habría de ser calificada como conflicto arma

Por ello, a falta de un criterio alternativo generalmente aceptado que permita superar la inseguridad jurídica generada por la jurisprudencia del TPIY en relación con la frontera que separa las situaciones de conflicto armado de aquellas otras situaciones de tensiones o disturbios internos generadas por sucesivos actos de violencia terrorista¹¹¹¹, estimamos necesario retomar el requisito del control de una parte del territorio del Estado afectado por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto, tal y como se exige en la definición de conflicto armado de carácter no internacional prevista en el art. 1 (1) PA I¹¹¹².

do si con anterioridad al 24 de marzo de 1999 se podía apreciar en el KLA una estructura emergente que actuaba de manera concertada y suponía un desafío serio para el VJ; mientras que no cabría hablar de conflicto armado si el KLA se trataba más bien de una red de grupos vinculados por lazos familiares que se dedicaban a atacar patrullas del VJ de vez en cuando, y cuyos miembros eran perseguidos individualmente y no como integrantes de una estructura organizada que controlara el *tempo* y *modus operandi* de los ataques. Vid. Decisión de primera instancia del TPIY sobre la petición de absolución conforme a la regla 98 en el caso Milosevic, párrafo 17.

1111. Sobre la falta de un criterio alternativo al del control del territorio, vid. OLÁSULO, “Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, sección II.2.1.2.
1112. La distinción entre situaciones de conflicto armado y situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista tiene tal trascendencia que no puede dejarse en semejante grado de indeterminación: lo que está en juego es nada más y nada menos que la aplicación del derecho internacional humanitario y la correspondiente inaplicación de aquella parte de la legislación nacional procesal ordinaria, así como de la especial antiterrorista, que sea incompatible con el mismo – lo que supondría, sin ir más lejos, la calificación de los actos de violencia contra los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que participen en la lucha antiterrorista como

Ésta parece ser también la solución adoptada por la SCP I de la CPI en su Decisión sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, al subrayar que los grupos armados organizados implicados en el conflicto armado en Ituri (República Democrática del Congo) entre junio y diciembre del 2003, y en particular la UPC, el FPLC, el PUSIC y el FNI, ejercían el control de una parte del territorio del distrito de Ituri en el momento en que se estaban produciendo las hostilidades¹¹¹³.

ataques legítimos contra objetivos militares, o el derecho de los miembros de estos cuerpos a disparar directamente, sin necesidad de tan siquiera dar el alto, contra los integrantes de los denominados “grupos terroristas” (que en realidad tendrían la consideración de grupos armados organizados involucrados en un conflicto armado).

1113. Decisión de la SCP I de la CPI sobre la confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 198 y 232 a 237. Vid también “La Influencia de la Decisión de la Corte Penal Internacional de Confirmación de Cargos en el Caso Lubanga en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional”, en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia (Spain), Vol. 3. En este sentido, conviene subrayar que la determinación de los criterios que según el ER permiten distinguir entre las situaciones de conflicto armado y las situaciones de “tensiones internas o de disturbios interiores” provocados por sucesivos actos de violencia terrorista se encuentra íntimamente ligada a la cuestión relativa a si el ER acoge una o dos categorías distintas de conflictos armados de carácter no internacional. Para CASSESE, el ER acogería dos categorías distintas de conflicto armado de carácter no internacional porque la prolongación del conflicto en el tiempo no constituiría un requisito para la aplicación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y, por tanto, para el nacimiento de responsabilidad penal a resultas de sus infracciones graves de acuerdo con lo previsto en el art. 8(2)(c) ER. Para este autor, la prolongación en el tiempo del conflicto armado sólo sería *conditio sine qua non* para la aplicación del resto de normas y usos internacionales aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional, así como para la comisión de cualquiera de las infracciones graves de los mismos tipificadas en el art. 8(2)(e) ER. Vid. CASSESE, “International Criminal Law”, Oxford University Press, 2003, p. 61. Sin embargo, otros autores, así como la propia Sala de

primera instancia del TPIY en el caso Milosevic, han querido ver en el requisito del carácter prolongado del conflicto armado la adopción implícita de la definición de conflicto armado de carácter no internacional desarrollada por la jurisprudencia del TPIY, conforme a la cual no cabe hablar más que de una sólo categoría de conflicto armado de carácter no internacional. Vid. COTTIER/FENRICK/SELLERS/ZIMMERMAN, “Article 8. War Crimes”, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 285; y Decision de primera instancia del TPIY sobre la petición de absolución conforme a la regla 98 en el caso Milosevic, párrafo 17. Ahora bien, en nuestra opinión, esta equiparación no está tan clara porque una cosa es exigir como requisito de la existencia de un conflicto armado el que las partes contendientes recurran durante un cierto espacio de tiempo a la violencia armada para resolver sus diferencias, y otra cosa muy distinta es exigir además que el conflicto armado de que se trate tenga un carácter “prolongado”.

En este sentido, es importante subrayar que la Decisión de la SCP I de la CPI sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, si bien no aborda expresamente la cuestión relativa a si los párrafos 2 (d) y 2 (f) del art. 8 ER recogen dos categorías distintas de conflicto armado de carácter no internacional, parece reconocer implícitamente en esta decisión que una cosa es el recurso a la fuerza armada durante un cierto periodo de tiempo (lo que se corresponde con la definición de conflicto armado de carácter no internacional adoptada por la jurisprudencia del TPIY), y otra cosa es la existencia de un conflicto armado que tenga un carácter “prolongado” tal y como requiere el art. 8 (2) (f) ER. De hecho, la SCP I subraya en primer lugar que el párrafo 2 (f) del art. 8 ER pone un énfasis particular en el carácter “prolongado” del conflicto armado, para a continuación señalar que en el caso del conflicto armado en el distrito de Ituri (República Democrática del Congo) entre junio y diciembre de 2003, los grupos armados organizados involucrados en el conflicto – y en particular *l’Union des patriotes congolais* (UPC), su brazo militar *les Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC), *le Partit pour l’Unité et la Sauvegarde de l’intégrité du Congo* (PUSIC) y *le Front national intégrationniste* (FNI) - controlaban una parte del territorio de dicho distrito. Con ello parece retomarse, al menos en relación con los delitos recogidos en el párrafo 2 (e) del art. 8 ER, el requisito del control del territorio exigido por el art. 1 (1) PA II, según el cual los grupos armados organizados involucrados en un conflicto armado de carácter no internacional deben tener la capaci-

En consecuencia, en aquellos casos en que un conflicto armado no tenga un carácter internacional, el contenido de la noción de conflicto armado incluirá también todas aquellas otras situaciones de enfrentamiento en el territorio de un Estado entre grupos armados organizados entre sí, o entre éstos y

dad para planear y llevar a cabo operaciones militares de manera concertada y sostenida en virtud del control ejercido sobre una parte del territorio del Estado afectado.

La SCP I de la CPI ha adoptado esta posición, aún cuando el art. 21(3) ER supedita el recurso al derecho internacional humanitario como instrumento de interpretación de las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma a que las soluciones ofrecidas por el mismo sean compatibles con los “derechos humanos internacionalmente reconocidos,” y a pesar de lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de La Tablada. En este caso, la Comisión ha señalado que las situaciones de tensiones o disturbios internos incluyen manifestaciones violentas a gran escala, lanzamientos de piedras por estudiantes, secuestros por criminales comunes, o incluso asesinatos de funcionarios del Estado o de miembros del Gobierno por razones relacionadas con la gestión o con las políticas de este último. Ahora bien, en opinión de la Comisión, lo que distingue estas situaciones de crisis interna de la toma del cuartel de La Tablada y de las setenta y dos horas siguientes de enfrentamiento entre los asaltantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas que intentaban retomar el control del cuartel es: (i) la naturaleza concertada de las operaciones llevadas a cabo por los asaltantes; (ii) la intervención directa de las fuerzas armadas gubernamentales; y (iii) la naturaleza y nivel de fuerza armada utilizada. Por ello, y a pesar de la breve duración del conflicto, en opinión de la Comisión, los asaltantes planearon cuidadosamente y ejecutaron de manera coordinada un ataque armado contra un objetivo militar, y, por tanto, la aplicación del derecho internacional humanitario fue activada durante el intervalo de tiempo que duraron las hostilidades. Ni que decir tiene que la decisión de la Comisión Interamericana en el caso de La Tablada se aleja todavía más de la noción de conflicto armado prevista en el art. 1(1) PA I, y particularmente de la necesidad de control de una parte del territorio por el grupo armado organizado que se enfrenta a las fuerzas armadas gubernamentales, y se aproxima, si bien estableciendo unos estándares todavía menos exigentes, a la definición de conflicto armado desarrollada por la jurisprudencia del TPIY.

fuerzas gubernamentales, en las que dichos grupos cumplan con los requisitos previstos en el art. 1 (1) PA I. De manera que, además de una estructura interna suficiente, de un cierto nivel de intensidad en el recurso a la violencia o de un cierto periodo de tiempo durante el cual se recurre a la violencia, será necesario que los grupos armados organizados involucrados en el conflicto ejerzan un control tal sobre una parte del territorio del Estado afectado que les permita realizar operaciones militares concertadas de manera sostenida.

Será, por tanto, a la luz de estos criterios desde los que habrá que analizar si situaciones de crisis como las provocadas por la actuación de ETA en España, el IRA en Irlanda del Norte, el KLA en Kosovo o las FARC en Colombia deben ser calificadas como conflicto armado. Además, a la hora de llevar a cabo este análisis será necesario tener en cuenta la evolución de dichas situaciones a lo largo del tiempo, de manera que se tengan en cuenta las variaciones en la capacidad organizativa, logística y operacional, en la intensidad del recurso a la violencia o incluso en el control del territorio por parte de tales grupos armados organizados. Lógicamente, como vimos en la sección anterior, el ámbito de actuación del Derecho penal como instrumento de respuesta frente al fenómeno del terrorismo en estas situaciones de crisis variará dependiendo de que las mismas merezcan o no la calificación jurídica de conflicto armado.

IV.5 La persecución penal del fenómeno del terrorismo internacional: Corte Penal Internacional y jurisdicciones nacionales

Las jurisdicciones nacionales tienen, en principio, la capacidad y el acceso a la prueba necesario para analizar ciertas

situaciones de crisis producidas dentro de sus fronteras como consecuencia de manifestaciones tradicionales del fenómeno del terrorismo (pensemos en el recurso al terror contra la población para obtener un objetivo o concesión política por ETA en España, el IRA en Irlanda del Norte, el KLA en Kosovo o las FARC en Colombia), lo que – salvo en el supuesto en que, debido a presiones internas, adolezcan de falta de independencia o de imparcialidad en sus actuaciones - les coloca en una situación favorable para dilucidar si dichas situaciones de crisis cumplen o no con los requisitos para su calificación como conflicto armado.

Sin embargo, lo mismo no puede afirmarse en relación con el nuevo fenómeno del terrorismo internacional, que se caracteriza porque su ámbito geopolítico de actuación es global al desarrollarse a través de redes de grupos operativos en varios Estados. En estos casos, existe un peligro cierto de que las jurisdicciones nacionales limiten el análisis de su estructura interna, del nivel de intensidad en el recurso a la violencia, del periodo durante el cual se recurre a la violencia o del control de una parte del territorio de los Estados afectados al centrarse exclusivamente en aquellos componentes de la red que se encuentran operativos dentro de sus fronteras. Además, en el caso de que las jurisdicciones nacionales intenten analizar la situación creada por el fenómeno del terrorismo internacional en su conjunto, se encontrarían con numerosos problemas, tales como la dificultad de acceso a la prueba, o la falta de eficacia de sus resoluciones fuera de sus fronteras debido a la ausencia de un consenso internacional sobre la definición del delito de terrorismo o sobre el contenido de la noción de conflicto armado de carácter no internacional.

Estos problemas se manifiestan con claridad al abordar la determinación de los criterios que han de utilizarse para analizar si la situación creada por el recurso a la violencia por el *neoyihadismo* islámico bajo el paraguas de Al Qaeda puede

ser calificada, además de como una nueva manifestación del fenómeno del terrorismo, como una situación de conflicto armado.

Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que, como respuesta a los actos terroristas cometidos por Al Qaeda el 11-S, se recurre en noviembre de 2001 a la fuerza armada contra el gobierno talibán de Afganistán, lo que da lugar a un conflicto armado de carácter internacional cuyas hostilidades se han desarrollado en el territorio de Afganistán. Pero al mismo tiempo no se puede olvidar que la situación de crisis generada a raíz del recurso a la violencia por las redes de grupos que actúan bajo la cobertura de Al Qaeda no se reconduce, ni mucho menos, al conflicto armado en Afganistán contra el régimen talibán. Por el contrario, este conflicto puede, a los sumo, ser considerado como un elemento más de aquella situación.

Así, si bien es cierto que el recurso a la fuerza contra el régimen talibán de Afganistán fue en última instancia motivado por el apoyo que el mismo brindaba a Al Qaeda mediante la autorización para mantener dentro del territorio de Afganistán una serie de bases operativas en las que entrenar a sus miembros y planear sus operaciones futuras (lo que se denominaron “santuarios” de Al Qaeda), no es menos cierto que Al Qaeda es una organización independiente del régimen talibán como ha quedado de manifiesto por la magnitud de sus actividades en diversas partes del mundo tras la caída del régimen talibán a finales de 2001. Por lo tanto, la calificación de los enfrentamientos en Afganistán como un conflicto armado de carácter internacional no resuelve el problema relativo a si el conjunto de la situación creada por el recurso a la violencia por las redes de grupos que actúan bajo la cobertura de Al Qaeda puede ser calificada como un conflicto armado.

Al analizar esta última cuestión, lo primero que llama la atención es que, una vez que se deja a un lado el conflicto

armado en Afganistán, ninguno de los supuestos tradicionales de conflicto armado de carácter internacional es aplicable a la situación que nos ocupa. Así, no cabe afirmar que el uso de la violencia por parte de Al Qaeda haya dado lugar al recurso a la fuerza armada entre dos o más Estados puesto que Al Qaeda no cumple con los requisitos exigidos por el derecho internacional para tener la condición de Estado; como tampoco ha dado lugar a la ocupación total o parcial del territorio de ningún Estado una vez que se deja a un lado el conflicto en Afganistán - el recurso a la fuerza armada en Iraq contra el régimen de Sadam Hussein se pretendió justificar en última instancia por la presunta posesión de armas de destrucción masiva, y no por el apoyo que dicho régimen pudiese estar brindando a la red de grupos que actúan bajo la cobertura de Al Qaeda.

Además, tampoco se puede afirmar que haya habido una intervención directa de las tropas de un Estado en apoyo de Al Qaeda frente a la respuesta adoptada por los países afectados por su violencia (recordemos a este respecto que el régimen talibán sólo recurrió al uso de la fuerza armada para defenderse del ataque al que fue sometido por la Coalición en noviembre de 2001). No cabe ni tan siquiera afirmar que haya habido una intervención indirecta de un Estado en apoyo de Al Qaeda que haya generado un “control de conjunto” sobre la misma por parte de dicho Estado: ni tan siquiera el propio régimen talibán parece haber jugado antes de su caída papel alguno en la organización, coordinación o planeación de las operaciones desarrolladas por la red de grupos que actúan bajo la cobertura de Al Qaeda.

En consecuencia, para que la situación creada por el recurso a la violencia por parte de Al Qaeda y su red de grupos pueda ser calificada como un conflicto armado, será necesario que cumpla con los requisitos exigidos para la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional. Esto significaría, en princi-

pio, analizar si dicha red de grupos, además de una estructura interna suficiente, de un cierto nivel de intensidad en el recurso a la violencia y de un cierto período de tiempo durante el cual se recurre a la misma, ejerce un control tal sobre una parte del territorio de los Estados en los que opera que le permite realizar operaciones militares concertadas de manera sostenida.

Ahora bien, llegados a este punto, nos encontramos con el problema relativo al diferente resultado al que se puede llegar, si los órganos jurisdiccionales nacionales analizan únicamente una parte de la situación. Por ejemplo, si la Audiencia Nacional entrase a analizar si los grupos de la red de Al Qaeda operativos en España cumplen con los requisitos que les exige la noción de conflicto armado prevista en los arts. 608 a 614 bis CP, (es decir, si tienen una estructura interna suficiente, si su recurso a la violencia alcanza un cierto nivel de intensidad y de periodicidad, y si ejercen el control sobre una parte del territorio español), casi con toda seguridad que la conclusión sería que sólo el requisito de la intensidad de la violencia se cumple, y que, por tanto, no puede hablarse de conflicto armado - la estructura interna de estos grupos en España, parece ser como mucho incipiente a tenor de la rapidez con la que ha sido desarticulada tras el 11-M, la periodicidad en el recurso a la violencia armada no parece ser suficiente aunque se hayan llevado a cabo actos de violencia terrorista en territorio español o contra intereses españoles fuera de España, y de ninguna manera ejercen el control sobre una parte del territorio nacional.

En cualquier caso, si la propia Audiencia Nacional analizase la situación creada a raíz del recurso a la violencia por Al Qaeda y su red de grupos (de la que el 11-M constituye únicamente un capítulo más), es probable que sus conclusiones fuesen distintas en relación con el cumplimiento de los requisitos de la estructura interna suficiente (el entramado de grupos en su conjunto

podría cumplir con dicho requisito) y de la necesaria periodicidad en el recurso a la violencia (el 11-M no se presentaría como un acto de terrorismo aislado, sino que debería ser evaluado a la luz del 11-S y de los atentados de Balí y Londres, por sólo citar algunos ejemplos). En consecuencia, dado que el requisito de la intensidad en el recurso a la violencia se cumpliría en ambos supuestos, sólo quedaría por verificar si la red de grupos vinculada a Al Qaeda ejerce un control tal sobre una parte del territorio de alguno de los Estados afectados por su violencia que le permita realizar operaciones militares concertadas de manera sostenida.

En relación con este último requisito, lo primero que hay que señalar es que su exigencia dependerá de la legislación aplicable. Así, en el caso de la Audiencia Nacional, se aplicará el concepto de conflicto armado recogido en los arts. 608 a 614 bis CP que, en principio, exigiría el cumplimiento del requisito del control del territorio¹¹¹⁴. Ahora bien, si en lugar de ser la Audiencia Nacional quien realizara el análisis sobre la base del Código penal español, fuese un órgano jurisdiccional de otro Estado cuya legislación nacional se hubiese decantado por un concepto de conflicto armado de carácter no internacional como la acogida en la jurisprudencia del TPIY, el requisito del control del territorio no sería exigible, y, por tanto, la respuesta a la pregunta sobre si la situación

1114. OLÁSOLO/PÉREZ CEPEDA, "Terrorismo Internacional y Conflicto Armado", Tirant lo Blanch, 2008, sección III.5.5. Una opinión contraria es sostenida por PÉREZ GONZÁLEZ/ABAD CASTELLÓS, "Los delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español", en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, num. 3, 1999, pág. 460; y PIGNATELLI Y MECA, "La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español: Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal", Ministerio de Defensa, 2003, pág. 173.

creada por el recurso a la violencia por Al Qaeda y su red de grupos constituye un conflicto armado sería probablemente positiva.

Además, la Audiencia Nacional se tendría que enfrentar al problema de determinar si es suficiente para afirmar la concurrencia del requisito del control del territorio (y, por tanto, la existencia de un conflicto armado) con que se demuestre que la red de grupos vinculada a Al Qaeda controla, al menos, una parte del territorio pakistaní que hace frontera con Afganistán (e incluso ciertas áreas montañosas de Afganistán), lo que le permite planear y poner en marcha de manera sostenida operaciones concertadas – ni que decir tiene que estas dificultades se verían agudizadas por las más que probable limitaciones de acceso a la prueba por parte de la Audiencia Nacional.

Por todo ello, este tipo de análisis debería ser llevado a cabo por un órgano jurisdiccional con una auténtica vocación universal como es el caso de la Corte Penal Internacional (“CPI”), que tendría la legitimidad para fijar el contenido del concepto de conflicto armado mediante su labor interpretativa, y que, en principio, debería gozar de un mejor acceso a los elementos de prueba necesarios para resolver las cuestiones arriba planteadas. Con ello, se ganaría también en seguridad jurídica, y se evitaría la emisión de decisiones contradictorias por las distintas jurisdicciones nacionales.

Ahora bien, para ello sería necesario que a nivel internacional se avanzase en la determinación de los criterios que definen el fenómeno del terrorismo y la noción de conflicto armado (particularmente de carácter no internacional). En este sentido, la aprobación y posterior entrada en vigor del proyecto de Convenio general sobre terrorismo parece ser una vía apropiada para que se concreten y adquieran un valor vinculante los criterios barajados hasta el momento por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Además, sería necesario enmendar el Estatuto de Roma para extender a los delitos de terrorismo y de agresión la jurisdicción material de la CPI.

Se requeriría atribuir a la CPI, que actualmente tiene un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales¹¹¹⁵, primacía sobre estas últimas en relación con el nuevo fenómeno del terrorismo internacional – esto no obstaría, sin embargo, para que la CPI mantuviera su carácter complementario con respecto a las manifestaciones tradicionales del fenómeno del terrorismo, de manera que su posible intervención se centrara en supervisar que las jurisdicciones nacionales actúen con independencia e imparcialidad, y con pleno respeto a las garantías procesales internacionalmente reconocidas.

De esta manera, correspondería al órgano jurisdiccional internacional abordar el análisis de la situación de conjunto generada por el recurso a la violencia por redes de grupos operativos en una multiplicidad de Estados en aplicación de los criterios acordados multilateralmente a nivel internacional sobre el contenido del delito de terrorismo y la noción de conflicto armado; mientras que las jurisdicciones nacionales se encargarían de conocer de aquella parte del entramado que opera en sus respectivos territorios a la luz de la calificación jurídica de la situación de conjunto realizada por el órgano jurisdiccional internacional¹¹¹⁶.

Finalmente, las jurisdicciones nacionales deberían por una parte armonizar sus legislaciones a la luz de las definiciones internacionales del delito de terrorismo y de la noción de conflicto armado, y por otra parte reforzar las legislaciones nacionales de cooperación con la

1115. Preámbulo y arts. 1 y 17 ER. Sobre el principio de complementariedad de la Corte, vid. más ampliamente, ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet* García Arán/López Garrido, Edc. Tirant lo Blanch, 2000, págs. 257 y ss,

1116. Lógicamente, según nos fuéramos aproximando a este nuevo modelo, decrecería paulatinamente el papel que actualmente juega el principio de justicia universal en la persecución penal por las jurisdicciones nacionales de las manifestaciones del fenómeno del terrorismo que tienen lugar fuera de sus fronteras.

CPI y la normativa e instrumentos de cooperación interestatal en materia de terrorismo.

En cualquier caso, mientras se construye este modelo de persecución penal del fenómeno del terrorismo internacional, es importante analizar las posibilidades que ofrecen los instrumentos con que a nivel nacional e internacional contamos en este momento, y en particular aquellas ofrecidas por la reciente creación de la CPI y por la actuación de las jurisdicciones nacionales sobre la base del principio de justicia universal.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, para muchos, del mismo modo que los Estados tienen la potestad para tipificar aquellas conductas que ponen en peligro los valores superiores de sus ordenamientos jurídicos, la comunidad internacional, como ente independiente de los Estados que la componen, disfruta también de la potestad para criminalizar aquellas conductas que ponen en peligro los valores fundamentales que informan su organización¹¹¹⁷. Ahora bien, en el caso de inacción de la comunidad internacional en la tipificación de dichas conductas, la dimensión sustantiva del principio de justicia universal permite a todo Estado (o grupo de Estados) que, actuando en nombre de aquélla, tipifique en su propio ordenamiento jurídico interno, con alcance universal, aquellos comportamientos que más gravemente afectan a los valores superiores de la comunidad internacional¹¹¹⁸.

1117. TRIFFTERER, "Preliminary Remarks: The Permanent ICC-Ideal and Reality", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer (ed), Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 25. Vid. también, BASSIOUNI, "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", en *International Criminal Law*, (ed. Bassiouni), Transnational Publishers, segunda edición, vol. I, pp. 4-17.

1118. Aunque la Sentencia la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (caso entre la República Democrática del Congo y

Quienes sostienen la existencia de una comunidad internacional con potestad para criminalizar las conductas que menoscaban más gravemente sus valores superiores, afirman también la potestad de la comunidad internacional para crear un órgano jurisdiccional internacional que ejercite el *ius puniendi* de la comunidad internacional mediante la investigación y enjuiciamiento de los delitos tipificados por aquélla¹¹¹⁹. Esta jurisdicción internacional cohabitaría con las jurisdicciones nacionales encargadas de perseguir los delitos contenidos en las normas penales internas de cada Estado. Ahora bien, también puede ocurrir que la comunidad internacional, tras haber tipificado ciertas conductas, se mantenga inactiva con respecto a la creación de un órgano jurisdiccional internacional que ejercite su *ius puniendi*. Ante esta situación, la dimensión jurisdiccional del principio de justicia universal permite que todo Estado, o grupo de Estados, actuando en nombre de la comunidad internacional, persiga los delitos tipificados por aquélla no importa dónde se hayan producido, ni quienes sean sus autores o víctimas, una vez que hayan sido introducidos en sus respectivas normativas penales internas¹¹²⁰. Se trata en definitiva de una extensión material y espa-

Bélgica a causa de la orden de arresto dictada el 11 de abril de 2000 por un juez de instrucción belga contra el entonces ministro de asuntos exteriores congolés, Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi) declina abordar la cuestión del reconocimiento en el derecho internacional del principio de justicia universal, la opinión separada de los jueces HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL (*Joint Separate Opinion*), y el voto particular de la juez VAN DEN WINGAERT (*Dissenting Opinion*), describen la formación y contenido de dicho principio en el derecho internacional.

1119. TRIFFTERER, "Preliminary Remarks: The Permanent ICC-Ideal and Reality", op. cit., pág. 25. Vid. también, BASSIOUNI, "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", págs. 4-17.

1120. Vid. la opinión separada de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal (*Joint Separate Opinion*), y el voto particular de la juez Van den Wingaert (*Dissenting Opinion*), a la sentencia de la Corte

cial del *ius puniendi* del Estado a consecuencia de la inacción de la comunidad internacional que puede ser ejercitada bien a través de los propios órganos jurisdiccionales nacionales, bien a través de una jurisdicción interestatal creada a tales efectos por un grupo de Estados¹¹²¹.

Es en este marco teórico en el que se inscribe la reciente creación de la Corte Penal Internacional¹¹²² y la actuación de las jurisdicciones nacionales conforme al principio de justicia universal. Así, la naturaleza de la CPI ha sido descrita en los siguientes términos:

De esta manera, podemos afirmar que el ER tiene el alma de un acto legislativo de la Comunidad Internacional pero el cuerpo de un acto legislativo de los Estados Partes, y que, consiguientemente, la CPI tiene un alma de órgano jurisdiccional internacional que ejercita el *ius puniendi* de la Comunidad Internacional dentro de un cuerpo de órgano jurisdic-

Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (caso entre la República Democrática del Congo y Bélgica).

1121. BASSIOUNI, “International Criminal Law: A Draft International Criminal Code”, Ed. Sijhoff & Noordhoff, 1980, págs. 107 y ss, distinguía entre un modelo de aplicación directa del derecho penal internacional a través de un órgano jurisdiccional internacional, y un modelo de aplicación indirecta a través de los órganos jurisdiccionales nacionales. Ambos modelos de aplicación podrían ser en su opinión efectivos en la lucha contra los delitos tipificados en el derecho penal internacional. En nuestra opinión, este esquema debería completarse con una ulterior distinción entre la aplicación indirecta del derecho penal internacional por órganos jurisdiccionales nacionales, y su aplicación indirecta por órganos jurisdiccionales interestatales especialmente creados a tal efecto por un grupo de Estados.

1122. La CPI ha sido creada por el Estatuto de Roma, que fue aprobado en la Conferencia Diplomática celebrada en la capital italiana entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, y que entró en vigor el 1 de julio de 2002. Actualmente 104 Estados son parte del ER.1120.

cional interestatal que ejercita en nombre de la Comunidad Internacional la potestad jurisdiccional que le ha sido atribuida por los Estados Partes del ER. Ahora bien, si el número de ratificaciones continua creciendo al ritmo actual llegará un momento no muy lejano en el tiempo en que dicha alma quede liberada de su cuerpo. Sin embargo, a día de hoy, cuando solamente 89 Estados se han convertido en Partes del ER, y varias grandes potencias permanecen desvinculadas del proceso de establecimiento de la CPI, no creemos que pueda afirmarse que esta liberación se haya producido ya. Por lo tanto, el proceso de creación de una auténtica jurisdicción penal internacional continúa en marcha¹¹²³.

1123. OLÁSOLO, “Corte Penal Internacional: ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pág. 80. Varios son los elementos que justifican la calificación de la CPI como un órgano jurisdiccional interestatal permanente que, a pesar de tener una vocación universal, es fruto de un acto legislativo de los Estados Partes (y no de un acto legislativo de la comunidad internacional como entidad autónoma de los Estados que la componen), a través del cual aquéllos le atribuyen jurisdicción para declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de las conductas tipificadas en el ER. En primer lugar, conforme a los Art. 12 a 15 ER, la jurisdicción de la CPI sólo tiene un alcance universal cuando el Consejo de Seguridad inicia las actuaciones ante la CPI, puesto que cuando quien inicia sus actuaciones es un Estado Parte, o cualquier otra persona física o jurídica, la jurisdicción de la CPI sólo se extiende al territorio y a los nacionales de los Estados Partes. No acaba de entenderse cómo un órgano jurisdiccional internacional que supuestamente ejercita el *ius puniendi* de la comunidad internacional puede ver ampliamente limitada su jurisdicción dependiendo de la naturaleza del sujeto que inicia sus actuaciones. Por ello, en nuestra opinión, esta situación sólo se puede explicar si se entiende que los Estados Partes, en cuanto legisladores del ER ante la inacción de la comunidad internacional, y actuando en nombre de la propia comunidad internacional, han creado un órgano jurisdiccional interestatal al que han atribuido una parte de su propia potestad jurisdiccional. En segundo lugar, el alcance de la jurisdicción personal y territorial

Por ello, a pesar de que la CPI presenta grandes potencialidades como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional, el papel que puede jugar al día de hoy, es ciertamente limitado, de manera que será necesario esperar un tiempo para ver si la comunidad internacional se decide finalmente a aprovechar todas sus posibilidades. Por ello, a pesar de ciertos intentos por limitar la actuación de las jurisdicciones nacionales sobre la base del principio de justicia universal¹¹²⁴, este último continúa siendo en la actualidad un

de la CPI se ha dejado en manos de los Estados Partes del ER, puesto que tanto su incorporación al ER, como su salida a través del mecanismo de denuncia previsto en los Art. 121 (6) y 127 ER, conlleva automáticamente la modificación del alcance de la jurisdicción personal y territorial de la CPI. La concepción de la CPI como un órgano jurisdiccional internacional que ejercita el *ius puniendi* de la comunidad internacional tampoco se corresponde con el hecho de que el alcance de su jurisdicción personal y territorial se haya dejado en las manos de cada uno de los Estados Partes del ER. Finalmente, los Art. 86 y ss ER prevén un sistema de cooperación estatal con la CPI que carece, en principio, de un sistema de sanciones coactivas adecuado para los supuestos de incumplimiento por los Estados Partes. La concepción de la CPI como un órgano jurisdiccional internacional que ejercita el *ius puniendi* de la comunidad internacional tampoco se corresponde con el frágil sistema de cooperación estatal con la Corte que se prevé en los Art. 86 y ss ER. Vid. más extensamente OLÁSULO, “Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación”, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, pp. 15 a 25.

1124. En este sentido, merece una mención especial el art. 7(2) de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 15/2003, que instruye a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a los departamentos ministeriales para que se abstengan de actuar cuando les sea comunicada la *noticia criminis* o cuando les sea presentada una petición administrativa en relación con delitos previstos en el ER cometidos fuera de territorio español por no españoles. De esta manera, el órgano afectado, tras adoptar las medidas cautelares urgentísimas que sean necesarias, deberá informar a las personas físicas o jurídicas que presentan la denuncia o solicitud de la posibilidad de dirigir la misma directamente a la Fiscalía de la CPI de

elemento esencial en la persecución de un fenómeno como el del terrorismo internacional que afecta a los valores superio-

acuerdo con lo previsto en el art. 13(c) y 15 ER. Por su parte, el art. 7 (3) permite que las denuncias o solicitudes inicialmente presentadas ante los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales españoles puedan ser nuevamente presentadas ante los mismos, y esta vez sí tramitadas, cuando la CPI se abstenga de actuar porque la Fiscalía decide no iniciar una investigación sobre la situación de crisis a la que refieren las mismas, o porque se produce una declaración de in admisibilidad. De esta manera, se asegura la posibilidad de aplicar el principio de justicia universal en relación con los delitos previstos en el ER, si bien sólo después de que la CPI haya decidido abstenerse de actuar. Una parte importante de la doctrina española ha venido reiterando que estas disposiciones no se encuentran en línea con el objeto y la finalidad de la creación de una CPI informada por el principio de complementariedad. Vid. entre otros, BUJOSA VADELL, “La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional”, 2008, sección 2.5; pp. 97-102; POZO SERRANO, “Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un balance provisional”, en *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pág. 345; PUEYO LOSA, “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”, en *Cooperación jurídica internacional* (eds. Álvarez González/Remacha y Tejada), Madrid, 2001, pág. 145; GÓMEZ BENÍTEZ, “La parte general del estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, n° 41, 2003, págs. 1031 y ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “Hacia una internalización del Derecho penal”, en *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, (eds. Berdugo/Sanz), Comares, 2004, pág. 51; y OLASOLO, “Spain”, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders Vol II: International Cooperation and Judicial Assistance*, (eds. Lattanzi/ Kress), Il Sirente, 2005, pp. 345 y ss. Una opinión contraria se puede encontrar en SÁNCHEZ LEGIDO, “Jurisdicción universal penal y Derecho internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 394, y LATTANZI, “Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des états”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, págs. 430-431.

res de la comunidad internacional¹¹²⁵ en cuanto que su esencia no es otra que la de aterrorizar a la población civil como estrategia política¹¹²⁶.

1125. El delito de terrorismo se encuentra expresamente incluido en la lista de delitos de los que, según el art. 23 (4) LOPJ, la jurisdicción española puede conocer sobre la base del principio de justicia universal aunque no hayan sido cometidos en territorio español, ni los autores, las víctimas o los bienes jurídicos afectados sean españoles.

1126. Vid. en este sentido CONDE-PUMPIDO, “La justicia universal en la jurisdicción española”, en *Persona y Derecho*, n° 51, 2004, pág. 55; QUINTERO OLIVARES, “El Derecho penal ante la globalización”, en *Derecho penal ante la globalización*, (coord. Zúñiga/Méndez/Diego), COLEX, 2002, pág. 22, LAMARCA PÉREZ, “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° extraordinario 1º, 2000, pág. 61; GARCÍA SÁNCHEZ, “Límites a la ley penal en el espacio”, Atelier, 2004, pág. 154; y GARCÍA ARÁN, “Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional”, en *Persona y Derecho*, n° 51, 2004, pág. 258.

Esta obra se terminó de imprimir
por la Biblioteca Jurídica Díké
en el mes de mayo del año 2009