

LOS CONDICIONAMIENTOS POLÍTICOS Y LIMITADAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Cesáreo Gutiérrez Espada
*Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales*

SUMARIO

I. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD-SUBORDINACIÓN.—II. SUS
COMPETENCIAS RATIONE MATERIAE Y RATIONE TEMPORIS: 2.1. Com-
petencia material. 2.2. (...) Y temporal.—III. UNA JURISDICCIÓN CONDICIO-
NADA.—IV. ¿TRIBUNAL VERSUS CONSEJO?: 4.1. El derecho de iniciativa del
Consejo de Seguridad. 4.2. Su poder de suspensión.—V. PERO, A LA POSTRE, EL
TRIBUNAL POSIBLE.

I. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD-SUBORDINACIÓN

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

(1) Texto en doc.: A/44/195, anexo 44.

nes penales nacionales» (art. 1 y, también, en el párrafo décimo de su Preámbulo).

En rigor, el denominado «principio de complementariedad» esconde el de «subordinación», en la medida en que, como comprobaremos de inmediato, en caso de concurrencia de jurisdicciones (la del TPI y la nacional), estas últimas se imponen; en este punto, el Estatuto de Roma se aparta de los que crearon el TPIY (art. 9) y el TPIR (art. 8), dado que en uno y en otro la concurrencia entre la jurisdicción internacional y la nacional se resolvía a favor de los respectivos tribunales internacionales (2).

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

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

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

iii) En las disposiciones que regulan la capacidad del Fiscal para llevar a cabo de oficio investigaciones sobre los crímenes de los que la Corte es competente: Fueron no pocos los Estados que en la Conferencia se negaban a admitir la actuación de oficio del Fiscal, pues tenían actuaciones «politicizadas» por parte de este, dado que la carga política que todo procedimiento, aún de una investigación preliminar, tiene (3). Como veremos con más detalle después, el Estatuto reconoció la capacidad del Fiscal para actuar de oficio pero la sometió a ciertos controles: **De una parte**, si este actúa de oficio

(2) Creados, respectivamente, por las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 827, de 5 de mayo de 1993 (BOE del 24 de noviembre) y 955, de 8 de noviembre de 1994 (BOE 24 mayo 1995). **Vid ad ex.** LATTANZI, F.: «La primazia del Tribunale Penale Internazionale per l'exIugoslavia sulle giurisdizioni interne», *Rivista Diritto Internazionale*, LXXIX (1996), n° 3, pp. 597-619; QUEL LÓPEZ, F.J.: «Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario», *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), XIII (1997), pp. 467-523, en pp. 493 ss.

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

(Estatuto arts. 13.c y 15), no puede iniciar investigación alguna (no digamos ya presentar cargos) sin autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. **Pero, de otra**, tanto cuando el Fiscal actúa de oficio como cuando lo hace porque un Estado parte en el Estatuto le ha remitido un asunto, además de contar con la autorización de la citada Sala, debe, simultánea o inmediatamente al inicio de la investigación, notificarlo a la Asamblea de Estados partes y aún a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate (art. 18.1), y si transcurrido un mes desde la recepción de dicha notificación, cualquiera de esos Estados informara a la Corte «de que está llevando a cabo una investigación» sobre un nacional o una persona bajo su jurisdicción respecto de crímenes a los que la notificación se refiere, «a petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado (...), a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal, autorizar la investigación» (Estatuto, art. 18.2).

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

3. El principio de complementariedad (4) plantea desde luego problemas que no serán, al menos siempre, fáciles de resolver. Por ejemplo: ¿Es suficiente a estos efectos un sistema nacional «selectivo», es decir, que en unos casos funciona divinamente pero no en otros?. Pero hay algo más aún: El principio de complementariedad de algún modo pervierte la filosofía del TPI que se crea, y es que el papel de este no consiste solo en combatir la impunidad de los autores de crímenes nefandos cuando estos pretenden beneficiarse de un sistema de justicia nacional corrupto o inexistente, sino que también constituye una respuesta del Derecho internacional, de la

(4) Sobre su génesis y valoración de conjunto, por ejemplo, TALLGREN, I.: «Completing the 'international criminal order'. The rhetoric of international repression and the notion of complementarity in the Draft Statute for man International Criminal Court», *Nordic Journal of International Law*, 67 (1998), nº 2, pp. 107-137, en pp. 119 ss.; DAVID, E.: «The International Criminal Court: What is the point?», *International Law: Theory and practice. Essays in honour of Eric Suy*, ed. por K. Wellens, Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1998, pp. 631-650, en pp. 633 ss.

comunidad internacional, frente a crímenes que afectan, por su gravedad y transcendencia, a todo ella; por eso, afirmar que el TPI sólo interviene cuando los Estados no quieren hacerlo supone, si bien se mira, «privar al sistema de su verdadera esencia» (5). Cuando el profesor CARRILLO afirma que «por definición, el crimen contra la humanidad concierne a la humanidad toda y es la comunidad internacional en su conjunto la que debe juzgarlo», está en mi opinión (aunque después su reflexión vaya por otros derroteros más genéricos) abundando en este pensamiento (6).

Lamentablemente, los Estados no han querido renunciar a su jurisdicción penal respecto de los crímenes más graves, y sí compartirla meramente (en el entendido de su derechos de preferencia) con la Corte Penal Internacional de Roma. Con todo, no debería exagerarse la crítica hasta el punto de considerar posible para un Estado simular un proceso para evitar que caiga bajo la competencia del Tribunal penal internacional; pensar así supone ignorar que en ese supuesto el TPI podría intervenir clarísimamente: Y es que al regularse el tema de la admisibilidad, el Estatuto determina que pese a que un Estado esté investigando un asunto, lo haya hecho ya sin decidir acción penal alguna, o haya iniciado esta, la Corte de Roma podrá ejercer su jurisdicción si llega a la conclusión de que se ha dado una o varias de las circunstancias siguientes:

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

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

— Y «que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente e imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia» (Estatuto, art. 17.2.a, b y c). Asimismo se precisa, a fin de comprobar la incapacidad

(5) DAVID; *Op. cit.* (nota 4), pp. 635; sobre la conveniencia de haberlo hecho así, sobre todo teniendo en cuenta la reducida competencia de la Corte «por razón de la materia», también A. BOS: «The role of an International Criminal Court on the light of the principle of complementarity», *Reflections on International Law from the Low Countries. In honour of Paul de Waart*, M. Nijhoff, La Haya, 1998, editado por E. Deters y N. Schuver, pp. 248-259, en p. 259.

(6) CARRILLO SALCEDO, J.A.: «La Cour Pénale Internationale: L'humanité trouve une place dans le Droit international», *Révue Générale de Droit International Public*, 1999, n° 1, pp. 23-28, en pp. 23.

de un Estado para investigar o enjuiciar un asunto, que la Corte examine si su Administración nacional de justicia puede o no «hacer comparecer al acusado», dispone o no «de las pruebas y los testimonios necesarios» o, por otras razones, «no esté en condiciones de llevar a cabo el juicio» (art. 17.3). Se está, pues, bien lejos (por emplear los términos de uno de los negociadores del Estatuto) de una concepción de la Corte como un simple «notario» de la existencia de un procedimiento nacional que, en el seno de la Conferencia de Roma, fue apoyada por varias delegaciones (7).

De otra parte, la Sala de Cuestiones Preliminares puede decidir, pese a que un Estado parte hubiera notificado al Fiscal su intención de ocuparse del asunto, autorizar a éste a que siga adelante (art. 18.2); decisión que, aunque el Estatuto no lo diga expresamente, se tomará cuando la Sala considere que la investigación o enjuiciamiento nacionales no son reales sino simulados, haciendo uso, así, de los criterios que el artículo 17 del Estatuto utiliza para regular la admisibilidad o no de un asunto dado. Sería de todas formas conveniente que en las Reglas de Procedimiento y Prueba (el Comité Preparatorio creado por la Conferencia de Roma tiene el encargo de elaborarlo antes del 30 de junio del 2000) se precisaran más nítidamente los criterios concretos que el TPI debe utilizar para proceder a comprobar la sinceridad o la idoneidad de los sistemas judiciales internos (**vid. infra** párrafo 4, del apartado V).

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

II. SUS COMPETENCIAS RATIONE MATERIAE Y RATIONE TEMPORIS

I. COMPETENCIA MATERIAL

1. Por razón de la materia, la competencia del TPI se reduce a los cuatro crímenes, si hemos de creer al Estatuto de Roma (arts. 1 y 5), «más gra-

(7) POLITI, M.: «Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: Le point de vue d'un négociateur», *Revue Générale de Droit International Public*, 103 (1999), n° 4, pp. 817-850, en pp. 842-43.

ves de trascendencia internacional», a saber: genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión; o, en rigor, de momento solo a tres, pues, como veremos enseguida, la jurisdicción del Tribunal sobre el crimen de agresión se ha pospuesto al menos, me atrevería a jurarlo, por diez años.

Competencia, pues, la suya restringida sin duda (8). Y todavía más, incluso, que la prevista en el Proyecto de Estatuto del Comité Preparatorio (9), pues en este además de esos cuatro crímenes se declaraba al Tribunal competente para conocer de «otros crímenes» incluidos en una lista de tratados en vigor aneja al texto del Proyecto: Se trataba los crímenes de *terrorismo* (10), el crimen de *apartheid* (11), de *tortura* (12); de *narcotráfico* (13), y, en fin, *los ataques contra el personal de las Naciones Unidas* (14). La jurisdicción del Tribunal sobre estos otros crímenes se supeditaba a tres condiciones: Definición previa del mismo por el tratado en cuestión, es decir, que se tipificasen la conductas de manera precisa, de modo que el TPI debiera únicamente atenerse a la letra del tratado; la norma convencional aplicable debería aceptar para el crimen el principio de jurisdicción universal; y, en tercer lugar, el carácter sistemático del crimen, dado que una conducta aislada aún cubierta por el supuesto de hecho del tratado incluido en el anexo, no bastaría para «disparar» la jurisdicción del Tribunal.

En la Conferencia de Roma, estos «otros crímenes» se cayeron del Estatuto: Los de *terrorismo*, *apartheid*, *tortura* o *narcotráfico* directa y abierta-

(8) «Mínima, reducida a un núcleo duro de infracciones internacionales» en expresión de PH. WECKEL («La Cour Penale Internationale». *Révue Générale de Droit International Public*, (1998), nº 4, pp. 983-993, en pp. 985).

(9) Doc.: A/Conf. 183/2/Add.1, arts. 5-11.

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

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

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

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

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

mente; y, en relación con el conectado con los ataques al personal de Naciones Unidas regulado por el Convenio de 1994 (que en esas fechas no había entrado en vigor) la delegación española propuso (y consiguió) incluirlo en el marco de los crímenes de guerra (Estatuto, art. 8.1.b.iii y e.iii). La eliminación de estos «otros crímenes» no debería, en mi opinión, por las razones que apunto en el cierre de este apartado, ser objeto de crítica.

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

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

Finalmente, se mantuvo formalmente el crimen pero, en la solución de compromiso global sobre los problemas pendientes que la Secretaría presentó horas antes del cierre de la Conferencia, se pospuso la jurisdicción del Tribunal sobre el mismo hasta el momento en que «*se apruebe una disposición (...) en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará*» (ejercer su jurisdicción) (Estatuto art. 5.2), con lo que venía a sostenerse la inidoneidad de la Definición existente (1974), y a la que se imputaron dos serias críticas: No contener, de un lado, una enumeración exhaustiva de todos los actos constitutivos de agresión, y, después, y yo lo destacaría, se trataba de un texto referido «a los Estados» pero no al tema, aquí en juego, de la responsabilidad internacional «de los individuos». Y lo que es más importante, la adopción de esa disposición que desencadenaría la jurisdicción del TPI sobre los individuos culpables de una agresión se conecta con el procedimiento de enmienda del Estatu-

to (arts. 121 a 123), lo que nos lleva, como mínimo a la fecha de siete años a partir de la entrada en vigor de este.

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

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

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

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

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

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

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

blecido por la Conferencia de Roma y estar listos antes del 30 de junio del 2000 (15) (vid. *infra* V, párrafo 4).

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

Se trata del crimen internacional más claro y aceptado universalmente, en relación con el que, por tanto, hubiera podido esperarse un trato privilegiado respecto de los demás tipos: En el Proyecto de Estatuto de la CDI de 1994 (16), la jurisdicción del Tribunal sobre el crimen de genocidio era prácticamente automática, bastando la denuncia de un Estado parte en el Estatuto y en la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio de 1948 (17), sin exigirse además la aceptación de la competencia del Tribunal por el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen y otros, como sí se exige respecto de los demás crímenes; en la Conferencia de Roma, delegaciones no precisamente favorables al rumbo que iban tomando las cosas, y deseo citar expresamente a la de Estados Unidos de América, aceptaron abiertamente la competencia «automática» e «inherente» del Tribunal para casos de genocidio.

En el Estatuto de Roma, sin embargo, no ocurre así, y para que el TPI pueda conocer de una demanda por genocidio será preciso, como para los crímenes contra la humanidad y de guerra, que el Estado en cuyo territorio tuvo lugar o el Estado de nacionalidad del acusado (bastando uno u otro) lo acepten ya por ser partes en el Estatuto ya mediante una declaración dirigida al Secretario del Tribunal para el caso en cuestión. Por lo demás, el genocidio, viejo conocido de la humanidad y desgraciadamente presente siempre (18), merece seguramente, por su tradición y naturaleza misma también, como en el Estatuto se ha recogido, autonomía propia res-

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

(16) Arts. 21.1.a y 25.1 (*Anuario CDI*, 1994, vol. II, Segunda Parte, pp. 28 ss).

(17) *BOE* 8 de febrero de 1969.

(18) Para un caso estremecedor en la mismísima década de los noventa ahí está el de Ruanda: **Vid. ad ex.** NYGREN KRUG, H.: «Genocide in Rwanda: Lessons learned and future challenges to the United Nations human rights system», *Nordic Journal of International Law*, 67 (1998), n° 2, pp. 165-213..

pecto del género, más amplio pues y al que sin duda pertenece, de los crímenes contra la humanidad. Merece, quizás, la pena destacar que el genocidio se conecta una vez más, en la letra del Estatuto, con la destrucción de un colectivo «nacional, étnico, racial o religioso», no «ideológico», no «partido político determinado», no «opositor» simplemente; lo que ha merecido la cólera jupiterina del juez de la Audiencia Nacional, D. Baltasar Garzón, hasta el punto de reprochar al Estatuto de Roma el que haya reproducido «este concepto de genocidio que es [sic] una aberración» (19). Pero no se han atrevido los Estados que participaron en la Conferencia de Roma a dar el paso (20). Puede ser conveniente observar, también, que el TPIR, cuya función básica es el enjuiciamiento de actos de genocidio, en su jurisprudencia más reciente excluye asimismo del concepto los actos contra colectivos «políticos» (21).

8. El Estatuto considera *crímenes contra la humanidad* la realización de conductas varias (asesinato, apartheid, la tortura, la deportación..., o cualquier otro acto inhumano de carácter similar que cause grandes sufrimientos o atente gravemente contra la integridad física o la salud mental o física) cometidas «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque» (art. 7.1). La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad aparece por vez primera (habiéndose criticado, como es sabido, su aparición **post facto**) en el Acuerdo de Londres (1945) que estableció el Tribunal de Nuremberg, pero en la actualidad resulta indudable su naturaleza de norma consuetudinaria internacional de carácter general, como expresamente, por ejemplo, ha reconocido la Sala del TPIY en el «asunto Tadic» (22). La

(19) Me refiero a las palabras que pronunció un viernes 16 de julio de 1999, en una de las conferencias de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid (de ciertos pasajes de la misma se hizo eco alguno de los *medios*: *La Razón*, por ejemplo, del sábado 17 de julio, pp. 16).

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

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

(21) MAISON, R.: «Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal International pour le Rwanda», *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, n° 1, pp. 129-146

(22) TPIY, IT-94-I-T (jurisdicción), caso de Dusko Tadic, 10 de agosto de 1995, pp. 30 (*infra* nota 29).

definición de crimen contra la humanidad que ofrece el Estatuto de Roma (art. 7) es más amplia que la incluida en los Estatutos del TPIY y del TPIR, destacando el cuidado por definir y aclarar, en el párrafo 2 del art. 7, las conductas incriminadas (23); dos precisiones deseo hacer en este orden de cosas: **De una parte**, el Estatuto considera como crimen contra la humanidad «la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable» (art. 7.1.g). Y **respecto del crimen de tortura**, el Estatuto, a instancias de Estados islámicos en los que la legislación impone determinadas formas de castigo que pudieran subsumirse en la tortura y que sistemáticamente incluyen precisiones de este tipo en cuanto textos internacionales participan (24) ha precisado que «no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellos» (art. 7.2.e).

En conjunto (25), el artículo 7 del Estatuto supone un paso adelante, al ofrecer una definición más clara y moderna del crimen contra la humanidad, siendo en mi opinión destacables dos aspectos: 1º) Por una parte, la incardinación del Estatuto en la innegable tendencia actual a disociar esta figura de la de un conflicto armado *in actu* (26), puesto que no exige para considerar existente uno de tales crímenes su comisión en el marco de un conflicto armado sea este internacional o interno, sino únicamente su carácter generalizado o sistemático contra una población civil, de lo que si bien se deduce que será precisamente en el marco de una guerra donde tales crímenes se cometerán más no es la existencia, repito, de esta no es **conditio sine qua non**, lo que parece confirmarse cuando en el art. 7.2.a

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

(24) **Vid. ad ex.** GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R.: *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Universidad de Granada, Granada, 1998,

pp. 90 ss.

(25) **Vid. ad ex.** ROBINSON, D.: «Defining 'crimes against Humanity'», *American Journal of International Law*, 93 (1999), nº 1, págs. 43-57; MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L.: «El concepto de crímenes de lesa humanidad», *Actualidad Penal*, nº 41, semana del 8 al 14 de noviembre de 1999, págs. 773-780.

(26) DINSTEIN, Y.: «Crimes against humanity», *Theory of International Law at the threshold of the 21st. century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, editado por J. Makarczyk, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, págs. 890-908, en pp. 896 ss.

del Estatuto, en el que se define lo que debe entenderse por «ataques contra una población civil», se explicita que el origen de tales ataques puede provenir de un Estado «o una organización», es decir, y por ejemplo, un grupo terrorista o insurgente o un movimiento separatista, esto es, la existencia de situaciones de violencia, sí, pero que no pueden jurídicamente calificarse de conflicto armado internacional ni interno. 2º) El segundo de los aspectos destacables radica en haber incluido en la figura del crimen contra la humanidad, y precisado, conductas muy alejadas de una situación de conflicto armado y de indudable actualidad: Por ejemplo, la desaparición forzada de personas (art. 7.2.h e i) (27).

9. La definición del *crimen de guerra* (art. 8) incrimina conductas varias de una doble naturaleza: Por una parte las que atienden a la violación del Derecho internacional humanitario strictu sensu (el denominado Derecho de Ginebra), el que protege de las consecuencias de la guerra a ciertas personas o bienes, a saber, matar, torturar, deportar, destruir bienes (...) de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (art. 8.2.a), que son, en esencia, los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en campaña, los prisioneros de guerra y la población civil; por otra, el Estatuto considera como crímenes de guerra la violación **del ius in bello**, de las normas que regulan las formas, medios y métodos de guerra (el Derecho de La Haya) como, **inter alia**, dirigir intencionadamente ataques contra la población civil en cuanto tal, atacar o bombardear por cualquier medio ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no están defendidos y no sean objetivo militar, utilizar determinado tipo de armas, o (los denominados escudos humanos) «aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares (...)» (art. 8.2.b). El crimen de guerra solo nace, por lo demás, «en particular cuando se comete como parte de un plan o política o como parte de

(27) Declaración aneja a la Resolución 47/133, de 18 diciembre 1992 (vid. ad ex. HINOJO ROJAS, m.: «Al Hilo de la Declaración de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas», *Anuario Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), XII (1996), pp. 491-522).

El crimen citado ha sido después incluido en el Proyecto de Código de la CDI sobre crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad (Doc. Oficiales de la Asamblea General, doc.: A/51/10, 1996). Para un análisis comparado, en cuanto a la competencia por razón de la materia se refiere, entre el Estatuto de Roma y el Proyecto de Código, LIROLA DELGADO, I.: «La competencia material de la Corte Penal Internacional: la relación con el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad», *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática-BOE, Madrid, 2000, pp. 15-62.

la comisión en gran escala de tales crímenes» (art. 8.1), fórmula de compromiso entre quienes deseaban castigar «solamente» los crímenes planificados y sistemáticos y quienes veían esta condición excesiva y que señala (repárese en los términos «*en particular*») que siendo la regla general la jurisdicción del TPI en caso de crímenes «planificados o a gran escala» esta no se excluye tampoco en el supuesto de crímenes singulares (que resulten, debe suponerse, especialmente repugnantes).

La regulación del crimen de guerra que realiza el Estatuto de Roma tiene aspectos positivos y negativos que merecen un tratamiento separado.

i) Si tuviera que sintetizar la «luz» que el artículo 8 del Estatuto despide, yo apuntaría dos aspectos:

— El Estatuto considera también como crímenes de guerra la violación de normas de Derecho humanitario (art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949) así como de ciertas formas y métodos de guerra en el seno de los conflictos armados no internacionales (art. 87.2.c y d); no es esta, sin duda, la tesis tradicional (28), pero ya el TPIY argumentó, de un modo razonablemente convincente, que «las leyes y costumbres de la guerra» en el sentido del art. 3 de su Estatuto (1993) se refiere también a los conflictos armados internos, y cita práctica internacional (desde la guerra civil española, 1936-39, hasta los conflictos, más recientes en Somalia o Chechenia) (29)

— El Estatuto ha resuelto acertadamente, desde un punto de vista técnico-jurídico, la pretensión formulada durante los trabajos preparatorios de incluir como uno de los crímenes de los que el Tribunal sería competente los ataques contra fuerzas o personal de Naciones Unidas en misiones oficiales; y es que en el art. 19 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de la CDI de 1996 (30) se incluía esta figura, para atender el incremento en la práctica de los delitos contra integrantes de esas fuerzas en el marco de la realización de Opera-

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

(29) Vid. GUTIERREZ ESPADA, C.: «El Derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 68, julio-diciembre 1996, pp. 13-36, en pp. 22 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1 (1997), pp. 315-393, en pp. 346 ss.; QUEL LÓPEZ, F.J.: «Reflexiones...» cit. (nota 2), pp. 481 ss.

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

ciones para el mantenimiento de la paz, hasta el punto de que la propia Asamblea General de la ONU propició y adoptó la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994 (31), que ha entrado en vigor en enero del presente año, y llevó al Secretario general de Naciones Unidas a insistir, en el marco de los trabajos preparatorios del citado Código, en una protección suficiente; ahora bien, habida cuenta de que las fuerzas de Naciones Unidas realiza normalmente su labor en zonas de conflicto armado, ya están protegidas por las normas relativas a la población y personal civil de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos complementarios de 1977; el Estatuto de Roma, como he dicho antes, lo reconoce así, pues acepta incriminar «dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas», pero no como crimen autónomo sino en el seno (recogiendo una propuesta de España en la Conferencia de Roma) de la figura del crimen de guerra, y supeditando la incriminación de esos ataques a que esas personas o bienes «tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetivos civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados» (Estatuto art. 8.2.e.iii), con lo cual excluye aquellas situaciones, que también se dan, en las que las fuerzas o personas de Naciones Unidas se impliquen o tomen parte en las hostilidades (32).

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

(31) Res. 49/49 (BOE 25 de mayo de 1999).

(32) Si las fuerzas de Naciones Unidas participaran en la lucha, para lo que, a veces, tienen mandato de la ONU, su condición sería, para la otra parte, la de fuerzas enemigas, a las que tendrían que aplicar también claro las disposiciones de los Convenios (1949) y Protocolos (1977) de Ginebra sobre heridos, enfermos y náufragos, así como sobre el trato a los prisioneros de guerra.

Por lo demás, también los soldados de Naciones Unidas estarían obligados a cumplir el Derecho internacional humanitario: Vid. al respecto la circular del Secretario General, «Respeto del Derecho internacional humanitario por las fuerzas de Naciones Unidas. Circular del Secretario General» (doc.: ST/SGB/1999/13, 6 agosto 1999). Y para un comentario doctrinal de la misma: CONDORELLI, L.: «Le azioni dell'ONU e l'applicazione del Diritto internazionale umanitario: Il 'bollettino' del Segretario Generale del 6 agosto 1999», *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII (1999), n° 4, pp. 1049-1053; RYNIKER, A.: «Respect du Droit international humanitaire par les forces des Nations Unies. Quelques considérations à propos de la Circulaire du Secrétaire Général des Nations Unies du 6 août 1949», *Revue Internationale de la Croix Rouge/International Review of the Red Cross*, 81 (1999), diciembre, n° 836, pp. 795-805.

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

— La consideración como crimen de guerra del empleo de armas nucleares u otras (biológicas, químicas, minas antipersonas...) fue objeto de gran debate durante la Conferencia: La mayoría de las delegaciones apoyaba su inclusión, pero el Grupo P-5 se opuso tajantemente; la Secretaría de la Conferencia ofreció no incluir en el concepto de crimen a las armas nucleares ni a las minas pero sí dejaba las químicas y biológicas, pero algunas delegaciones se negaban a que las llamadas «armas nucleares de los pobres» (33) se trataran en pie de desigualdad con las nucleares; finalmente, el Estatuto eliminó de la figura del crimen de guerra las armas nucleares, químicas, biológicas, las minas antipersonas y otras (láser...) que producen ceguera al no constar entre las armas prohibidas (art. 8.2.c), a cambio de un «mecanismo» que permitiría replantearse la cuestión en una Conferencia de Revisión: Ese mecanismo figura en el artículo 8.2.b.xx, que considera como crimen de guerra «emplear armas (...) que pro su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados» (lo que las armas nucleares indudablemente provocan), pero «a condición de que esas armas (...) sean objeto de una prohibición completa y estén incluidas en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con (...) los artículos 121 a 123», es decir, como mínimo dentro de unos diez años (pues las enmiendas al Estatuto de este tipo, lo sabemos ya, sólo pueden llevarse a cabo siete años después de la entrada en vigor del mismo. Parece clara, al menos en cuanto se refiere a las armas nucleares, la influencia de la ambigua respuesta que el TIJ dio en 1996 a propósito de su uso en determinadas circunstancias, en la medida en que aunque el Tribunal consideró que el uso de las armas nucleares violaría «en general» el Derecho internacional humanitario, de declaró incapaz de pronunciarse sobre la legalidad o ilegal-

(33) KIRSCH, Ph. y HOLMES, J.T.: «The Roman Conference on an International Criminal Court: The negotiating process», *American Journal of International Law*, 93 (1999), nº 1, pp. 2-12, en p. 7.

lidad de su utilización «en una situación extremada de legítima defensa en que peligra la supervivencia misma del Estado» (34).

— En mi opinión, y pese a las circunstancias políticas que podrían explicarlo, una valoración estrictamente jurídica repudia abiertamente la posibilidad de los Estados partes excluyan unilateralmente durante siete años la jurisdicción del Tribunal por crímenes de los que este es en principio competente, entre otras razones porque, como uno de los asesores jurídicos del CICR manifestara, esto «parecería indicar que los crímenes de guerra no son tan graves como los otros delitos» (35), lo cual resulta manifiestamente falso (véase *supra* parágrafo 4 del apartado II); y añadido aquí que, tal y como ha sido aprobado, la aplicación del artículo 124 puede dar lugar a un serio problema: Si ante la imputación de un crimen de guerra, el Estado de nacionalidad del acusado ha excluido la jurisdicción del Tribunal de conformidad con este artículo pero no lo ha hecho el Estado en cuyo territorio el crimen se cometió, ¿es competente el Tribunal?; una interpretación literal diría que sí, pues se cumpliría la letra del artículo 12 (*infra* III), pero la lógica derivada de la presencia misma del art. 124 se pronunciaría por la negativa. El Estatuto calla.

10. Competencia, pues, restringida a unos pocos crímenes. No debe con todo verse en esta decisión un defecto grave, sino que hasta podría tratarse de una medida prudente. Una competencia de esta naturaleza atraerá sin duda a un mayor número de Estados, evitará solapamientos excesivos con las jurisdicciones penales nacionales y, por qué no decirlo, limitará la carga financiera de la comunidad internacional; parece, en efecto, sensato esperar que un tribunal con un esquema modesto de jurisdicción funcionará mejor que otro muy ambicioso, lo cual generará confianza, lo que a su vez quizás permitirá poco a poco ir expandiendo su competencia (...). Además, algunos de los candidatos (el terrorismo o el narcotráfico por ejemplo) no parecen por el momento suficientemente cuajados en su configuración jurídica, y el Estatuto pretendió, desde los primeros trabajos del Comité Preparatorio, actuar sobre crímenes y situaciones perfectamente consolidadas y claras en la práctica internacional; de todos modos, y por lo que al terrorismo y al narcotráfico se refiere, la Conferencia de Roma adoptó una resolución incorporada a su Acta Final en la que reco-

(34) *CII Recueil* 1996, p. 226, párt. 105-E. Véase sobre esta concreta cuestión, CERVELL HORTAL, M^a-J.: *El Derecho internacional ante las armas nucleares*, D. Marín Editor, Murcia, 1999, pp. 131 ss.; y GARCÍA RICO, E.M.: *El uso de las armas nucleares y el Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 171 ss.

(35) ROBERGE, M.-C.: «El nuevo Tribunal Penal Internacional. Evaluación preliminar», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n^o 148, diciembre 1998, pp. 723-737, en p. 727.

mendaba a la Conferencia de Revisión del Estatuto que los tuviera en cuenta para llegar a una definición aceptable y a su inclusión en la lista de crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal (36).

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

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

Debo confesar que en el caso del CdS, sí parece obligada esta interpretación por varias razones: De un lado, porque el Consejo, que actuará, dice el Estatuto, en el marco del Capítulo VII de la Carta, cumple sus tareas habituales en este orden de cosas valorando también «situaciones», no casos concretos («situación» es, por ejemplo, el vocablo utilizado por el art. 40 de la Carta); de otro, porque el Consejo es un órgano político cuyas funciones encajan mejor con «situaciones en general» que con «crímenes específicos» y con «personas concretas responsables de los mismos»; y, en fin, porque el poder de «remisión» al TPI de casos por el Consejo está claramente inspirado en los Estatutos de los TPIY y TPIR, órganos **ad hoc**

(36) Resolución E, doc.: A/Conf. 183/10, 1998.

creados precisamente por el Consejo para someterles «situaciones» de amenaza o ruptura de la paz ex Capítulo VII. Sin embargo, ausentes estas consideraciones en el supuesto de remisiones efectuadas por un Estado parte, no existiendo disposición expresa en contra, y atendiendo al objeto y fin del Estatuto y de su TPI (destinados ambos «a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes», afirma el párrafo quinto de su Preámbulo), tal vez pudiera sostenerse (37) que un Estado parte sí podrá llevar ante el Fiscal crímenes específicos de una o varias personas, identificando con precisión a estas.

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

2.2. (...) Y TEMPORAL

13. El Estatuto se declara irretroactivo, siguiendo así las normas internacionales sobre la aplicación en el tiempo de los tratados (38), y, en general, el principio básico en todo ordenamiento jurídico con forme al que,

(37) Como ha sugerido ZAPPALA, S.: «Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: Luci e ombre», *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII (1999), nº 1, pp. 39-85, en p. 55.

(38) Art. 28 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 (BOE de 13 de junio de 1980)

como regla general, las normas son, en su aplicación en el tiempo, irretroactivas, es decir, se aplican únicamente a los **facta futura**, los hechos que subsumibles en su supuesto de hecho acaecen después de su entrada en vigor, y los **facta pendentia**, situaciones subsumibles que nacidas antes siguen aplicándose después de su entrada en vigor, pero no a los **facta praeterita**, hechos o situaciones nacidas y muertas antes de su entrada en vigor.

14. En concreto, el Estatuto precisa que la Corte tendrá competencias «únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto» (art. 11.1), salvo para el caso de Estados que se vinculan a él después de esa fecha, pues para estos «la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado (...)» (art. 11.2).

El TPI, por tanto, no podrá, como algunos habían deseado y aun propuesto, juzgar las dictaduras y guerras de este siglo; naturalmente (39) esto podría hacerse por parte de otros órganos internacionales creados **ad hoc**, siguiendo quizás los ejemplos de los TPIY o TPIR, o por tribunales nacionales actuando bajo el principio de jurisdicción universal.

III. UNA JURISDICCIÓN CONDICIONADA

1. El Proyecto de la CDI (1994) establecía una competencia inherente o automática para el TPI en el caso del crimen de genocidio, no así respecto de los otros en relación con los cuales su competencia aparecía condicionada a que su aceptación (ya por ser partes en el Estatuto ya mediante una declaración *ad hoc*) por determinados Estados; respecto del genocidio bastaba la denuncia de cualquier Estado parte en el Estatuto y asimismo en el Convenio sobre el genocidio de 1948 (arts. 25.1 y 21.1.a). Pero esta orientación levantó no pocas críticas de algunos Estados que veían en la competencia automática del Tribunal un instrumento «para hostigar a determinado Estado con fines políticos o de propaganda, presentando con este objeto acusaciones infundadas» (40).

2. El Estatuto finalmente adoptado eliminó la competencia automática del Tribunal incluso para los crímenes de genocidio, exigiendo o condi-

(39) Como GIL GIL cit. (nota19) apunta, pp. 67-68.

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

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

3. En estos temas, sin embargo, podría decirse, siempre se puede ir a peor. Sí, claro, porque peor hubiera sido de haberse aceptado la pretensión de los Estados Unidos. Este país, que estaba dispuesto a aceptar la competencia automática del Tribunal en casos de genocidio, exigió para los demás crímenes algún tipo de jurisdicción «consentida» (ya introduciendo cláusulas **opting in** u **opting out**, ya exigiendo el consentimiento del Estado para el caso en cuestión). Muy en particular, Estados Unidos exigió para los crímenes de guerra y contra la humanidad que el TPI solo pudiera intervenir si el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen «y» (no «o») el Estado de nacionalidad del acusado eran partes en el Estatuto o aceptaban la jurisdicción de la Corte para el caso en cuestión; solo de este modo, pensaba esa delegación, se evitaría una jurisdicción penal internacional exorbitante. Los temores estadounidenses son comprensibles solo a medias: Sus fuerza armadas están en todo el mundo, es verdad, y según el Estatuto sus integrantes podrían ser juzgados por el Tribunal si el Estado en cuyo territorio estas cometieran presuntamente uno de los crímenes es parte en el Estatuto ; aunque Estados Unidos no lo sea!, lo cual supondría imponer a un Estado no parte en un tratado la jurisdicción de un órgano internacional creado por este; esto, para un internacionalista podría ser hasta una objeción razonable de no ser porque los crímenes de los que el Tribunal es competente forman parte del Derecho internacional consuetudinario y en todos los Códigos penales del mundo se sancionan, luego Estados Unidos, parte o no, en el Estatuto, tendría la obligación de proceder contra

sus autores, con lo que, además, dado el principio de complementariedad en aquel contenido, evitaría en cualquier caso su intervención; ¡a no ser claro que el Gobierno estadounidense se proponga no aplicar su propio Derecho penal militar a los soldados que incurran en su caso en esos crímenes!

Los Estados Unidos, por lo demás, hicieron todo lo posible por alterar el texto de lo que luego sería el art. 12 o suspender sus consecuencias: Por una parte, presionando políticamente al dejar caer la amenaza de que, de adoptarse este, su Gobierno tendría que inhibirse de utilizar su fuerza militar para participar en operaciones multinacionales, incluso de intervención humanitaria para salvar vidas; de otra, proponiendo que todo Estado al incorporarse al Estatuto, pudiera excluir durante diez años la jurisdicción del Tribunal en relación con los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales, propuesta esta que en parte se recoge en el ya citado art. 124 del Estatuto; también exigir la aceptación, junto a la del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, la del Estado de nacionalidad del acusado como condición para el ejercicio por el TPI de sus competencias; y, en fin, proponiendo modificar lo que sería el art. 12.2 de la propuesta global realizada en el día final mismo de la Conferencia según una fórmula que estipulara la exención de la jurisdicción del Tribunal de las conductas, en principio constitutivas de un crimen, cometidas por personas respecto de las que el Estado de su nacionalidad declara se habían cometido en el cumplimiento de funciones oficiales, con lo que Estados Unidos desplazaba el tema desde la responsabilidad penal del individuo (única contemplada en el Estatuto de Roma) al de la responsabilidad internacional del Estado, al que se aplicaría el Derecho internacional general (41).

4. Estados Unidos no vio satisfechas sus exigencias en temas de jurisdicción, que quedó como antes he expuesto, de conformidad con el art. 12 del Estatuto. Y aún así no puede dejar de mencionarse que tal y como está este permite la impunidad de los autores de crímenes en ciertos supuestos, este por ejemplo (42): Una persona acusada de haber cometido un crimen de guerra durante un conflicto armado en el territorio de un Estado X, y que es ciudadano de este mismo país, huye al Estado Y; el Estado X no es parte en el Estatuto y se niega a aceptar la

(41) Doc.: A/Conf.183/C.1/L.70 (1998); y doc.:...L.90 (1998).

(42) ROBERGE: *Op. cit.* (nota35), p. 728.

competencia del TPI sobre el sospechoso. A falta de competencia automática, el Tribunal no podrá tomar medidas y el enjuiciamiento solo será posible si el CdS remite el asunto al Fiscal o si el Estado Y desee y pueda llevar al sospechoso a juicio ante los tribunales nacionales, y esto, claro, solo será posible si cuenta con un sistema dotado de la legislación que permita a sus órganos judiciales el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera del territorio nacional por un extranjero, lo cual, como sabemos, ni es la regla general ni las manifestaciones legislativas extraterritoriales son bien vistas por todos (¿se lo preguntamos al Gobierno de Chile?).

IV ¿TRIBUNAL VERSUS CONSEJO?

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

4.1. EL DERECHO DE INICIATIVA DEL CDS

2. El TPI aparece «suavemente» condicionado por el Consejo en la medida en que este puede remitir al Fiscal, actuando con base en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, una «situación» en la que se entienda se han cometido crímenes de los que el TPI es competente (Estatuto, art. 13.b). En estos casos, el CdS utilizaría la estructura ya preexistente de la Corte de Roma para proceder a la investigación y/o enjuiciamiento de los mismos, evitándose tener que establecer, como en 1993 y 1994, en los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, sucesivos tribunales penales internacionales *ad hoc*. La doctrina ha destacado generalizadamente esta idea, conectando el poder de iniciativa del Consejo con la conveniencia de evitar la proliferación de jurisdicciones internacionales de

naturaleza penal (43); y la misma se expresó, en la Conferencia de Roma, por algunas delegaciones (44).

3. Es razonable, por lo demás, sostener que el TPI podría verse investido de poderes adicionales por la resolución del Consejo en la que se le remite la situación, ya explícita ya implícitamente, por ejemplo por la vía de imponer obligaciones de cooperación añadidas a las que se establecen en el Estatuto; de ser así (45), el Consejo generaría la coexistencia del sistema general (Estatuto de Roma) con la de una jurisdicción extraordinaria (por sus poderes acrecidos) ex Capítulo VII de la Carta.

4. Como veremos más adelante, el CdS remite «situaciones», lo que parece excluir denuncias de crímenes y personas en concreto (46); y, por otra parte, también se verá como en los supuestos en los que el Fiscal actúa por remisión de una situación por el CdS, el TPI no ve condicionada su competencia al consentimiento de los Estados mencionados en el artículo 12 de su Estatuto (apartado III).

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

(43) **Ad ex.** AMBOS, K.: «Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho penal internacional», *Actualidad penal*, n° 10 semana 9-15 de marzo de 1998, pp. 223-244, en p. 229 (traducción al español del trabajo originalmente publicado en *European Journal for International Law*, tomo 7, 1996, pp. 519-544); QUEL LÓPEZ, F.J.: «Hacia una jurisdicción penal internacional permanente: El proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional», *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional*, C. Fernández de Casadevante y F.J. Quel (coordinación), Ariel, Barcelona, 1997, pp. 152-170, en pág. 157; DAVID: **Op. cit.** (nota 4), p. 646; TALLGREN: **Op. cit.** (nota 4), en p.121; ZAPPALÀ: **Op. cit.** (nota 37), p. 61.

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

(45) Sostiene ZAPPALÀ cit. (nota 37), p. 61.

(46) O, como se ha escrito recientemente, «la palabra 'situación' pretenden minimizar la politización del Tribunal mediante la identificación por sus nombres de personas concretas» (ARSANJANI, M.H.: «The Rome Statute of the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, 93 (1999), n° 1, págs. 22-43, en pág. 27).

4.2. SU PODER DE SUSPENSIÓN

6. El condicionamiento político del TPI aparece en toda su crudeza con el artículo 16 del Estatuto, según el cual el Tribunal tendrá que suspender la investigación o enjuiciamiento iniciado sobre un asunto «en el caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de las Carta de las Naciones Unidas» así lo demande. Y deseo advertir que la suspensión apuntada puede recaer sobre toda investigación o enjuiciamiento sea cual sea la iniciativa (Estado parte, CdS o Fiscal de oficio) que dio origen al mismo; y la sorpresa que a primera vista pueda causar el que el Consejo solicite la suspensión de un asunto que él mismo remitió al Tribunal, desaparece en las hipótesis en que un cambio de las circunstancias de hecho o consideraciones políticas alteran su opinión, que pasa a ser la de que no responde ya a los intereses de la paz y seguridad internacionales continuar adelante con los presuntos crímenes. De otro lado, la petición de suspensión puede plantearse en cualquier fase del procedimiento en curso y no solo en la instrucción, habida cuenta de los términos que el Estatuto emplea (investigación o enjuiciamiento «iniciado»...). Y, en fin, la solicitud del CdS debe ser atendida, parece, por la Sala de la Corte pertinente, no bastando seguramente el Fiscal, aunque solo sea porque, como he apuntado ya, la petición puede efectuarse en el marco de un juicio *in actu* (...).

7. El condicionamiento político del Tribunal que *utilitatis causa* hemos denominado «suave», no plantea verdaderos problemas en mi opinión, y aun, en determinados supuestos, hasta puede ser positivo cuando los Estados son renuentes a llevar asuntos de esta naturaleza ante la Corte. De todas formas, si el objetivo de esta disposición es el que es (recuérdese: que el Consejo pueda, en el marco del Capítulo VII, resolver asuntos con la intervención de un tribunal internacional sin necesidad de tener que crearlo *ad hoc*), lleva razón quien ha destacado la poca coherencia que con este guarda el permitir que el juego de las reglas de admisibilidad y concurrencia de jurisdicciones (Estatuto, arts. 17 y 90) se aplique también a los asuntos remitidos por el Consejo, dando prioridad a las jurisdicciones nacionales (47).

Bastante más difícil de tragar es el «rudo» condicionamiento político del Tribunal por el Consejo o, por «hablar en roman paladino», el sometimiento del órgano judicial a los dictados del órgano político. Con todo,

(47) ARSANJANI cit. (nota 46), p. 28.

debe destacarse que el Estatuto de Roma ha mejorado notablemente la disposición prevista al respecto por el Proyecto de la CDI (art. 23.2): Este excluía el juicio de cualquier proceso «derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta, de un quebrantamiento de la paz o de un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa», con lo que, y dada la vaguedad de sus términos, podría bastar, se ha dicho, «la mera inclusión en el orden del día del Consejo del asunto de que se trate» (48) o que este «fuese tratado por el Consejo de Seguridad como una amenaza o ruptura de la paz» (49) para dejar fuera del caso al Tribunal.

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

— Según este, y recogiénose parcialmente una propuesta de Canadá, la suspensión de la investigación o enjuiciamiento iniciado por la petición del Consejo «no podrá exceder de doce meses», aunque (y aquí el por qué de mi calificativo de factor de corrección sólo «aparente») «la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones» (Estatuto, art. 16). Repárese en que no se especifica limitación alguna de las veces u oportunidades en que dicha petición puede efectuarse por el Consejo (50).

— El segundo factor de corrección sí me parece muy importante, en tanto en cuanto se exige que la petición de suspensión sea acordada cada vez «con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas» (Estatuto, art. 16), lo cual obliga a que la petición de suspensión cuente con el voto a favor (o al menos sin voto en contra de ninguno de ellos) de los cinco miembros permanentes del CdS, caso en el que muy mal debe estar la situación y conveniente, por tanto, desde un punto de vista político se entiende, para la paz y seguridad internacionales, no encontrarla con la investigación o enjuiciamiento en cuestión; la letra del artículo 16 es terminante en la exigencia formal de

(48) QUEL LÓPEZ: «Hacia una jurisdicción...» cit. (nota 43), p. 169.

(49) ARANGIO-RUIZ, G.: «Fine prematura del ruolo preminente di studiosi italiani nel progetto di codificazione della responsabilità degli Stati: Specie a proposito dei crimini internazionali e dei poteri del Consiglio di Sicurezza», *Rivista de Diritto Internazionale*, LXXXI (1998), nº 1, pp. 110-129, pp. 124 ss; MORT, P.: «Prime riflessioni sui rapporti tra Corte Penale Internazionale e Organizzazione delle Nazioni Unite», *La Comunità Internazionale*, LIV (1999), nº pp. 29-55, en p. 45.

(50) ¿Podría renovarse «indefinitamente»? (GARGIULO, P.: «Il controverso rapporto tra Corte penale Internazionale e Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di Diritto internazionale», *La Comunità Internazionale*, LIV (1999), nº 3, pp. 428-473, en p. 457.

una resolución ex Capítulo VII, por lo que no serviría otro «papel»: No digo ya una carta del Presidente del Consejo, sino tampoco una resolución de este que no se adoptase en el marco de, precisamente, el mencionado Capítulo VII.

8. Aun siendo el que escribe iusinternacionalpublicista (51), considera que existen algunos argumentos en contra de la posibilidad que el Estatuto ha previsto: por ejemplo, no corresponde a la práctica internacional, pues en varias ocasiones ya el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) ha defendido su competencia para conocer de casos aunque el CdS haya o esté tratando sus implicaciones políticas (52); **a fortiori** la tendría el TPI que no trata de controversias entre Estados sino únicamente sobre la responsabilidad del individuo. También podría añadirse que aunque es evidente que el CdS es competente para conocer de las implicaciones políticas de un asunto, su competencia no puede tener (¿podría decirlo así?) «el efecto colateral» de desposeer la que un órgano judicial también tiene en relación con las implicaciones jurídicas del caso, máxime cuando, como aquí ocurre, estamos hablando de la violación de normas jurídicas de la máxima importancia para la comunidad internacional en su conjunto (53).

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

(51) De «*punto de equilibrio razonable*» la ha calificado, por ejemplo, ZAPPALÀ (*Op. cit.* cit. en nota 37, p. 85) esta intervención del Consejo de Seguridad.

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

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

«arbitrariedad . **Y, de otra**, la resolución del Consejo predicando la suspensión debe, aunque el texto del artículo 16 no lo diga expresamente, ir motivada, pues, y todo jurista lo sabe también, la «motivación» de los actos jurídicos es un corolario del principio de legalidad.

V. EN SUMA, UN TRIBUNAL POSIBLE

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

Solo la realidad presente de la comunidad internacional y su ordenamiento jurídico explican ese resultado, porque quedó patente, primero en los trabajos preparatorios y, más tarde, en la Conferencia de Roma misma, que los Estados se negaron a dejar fuera de estas cuestiones al CdS, se negaron a renunciar (y, a la postre, a su derecho preferente) a su jurisdicción penal sobre los crímenes internacionales objeto del Estatuto, no consideraron posible ir más allá de un sistema mínimo en la competencia del tribunal por razón de la materia, intentaron (a la postre sin éxito) atraerse el apoyo de los Estados más renuentes a que sus soldados, acusados de crímenes de guerra, pudieran ser juzgados por un Tribunal internacional sin su autorización, y, en fin, no fue posible conseguir una competencia automática o inherente para el Tribunal. Sí, la realidad internacional existente explica esos defectos o, acaso, lo que es peor, los impone.

2. Por ello, el resultado alcanzado es el único posible. Pero yo diría, también, que, en conjunto, el Estatuto logrado es positivo. Esta parece ser la opinión doctrinal mayoritaria: «texto equilibrado», «a primera vista positivo», «instrumento (...) con la solidez suficiente para asegurar un funcionamiento efectivo del Tribunal y con las salvaguardias bastantes para generar un amplio apoyo estatal...»; «el Estatuto (...) representa un avance

sustancial respecto de otros órganos judiciales internacionales precedentes, con los que no guarda una relación de identidad, sino como mucho de similitud»; y también la de órganos y funcionarios internacionales importantes, como el Comité Internacional de la Cruz Roja («acoge con satisfacción este histórico acontecimiento»), o el Sr. Koofi Annan, Secretario General de la ONU («no menospreciamos el hito que se ha marcado... [porque] hace apenas unos años nada de esto hubiera sido posible») (54).

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

3. Sí, sin duda. El TPI puede mejorarse, porque no existen obstáculos técnico-jurídicos que impidan mejorar todos y cada uno de los defectos apuntados, ya por la Asamblea de Estados partes ya en una Conferencia de Revisión. Dependerá, claro es, de la voluntad política de los únicos que pueden hacerlo: Los Estados. A 7 de julio de 2000, catorce Estados lo habían ratificado y otros estaban en trámite de hacerlo (55); pero como el Estatuto exige sesenta «consentimientos» (art. 126.1) su entrada en vigor puede aún necesitar su tiempo.

El proceso de prestación del consentimiento al Estatuto puede verse entorpecido con base en tres reflexiones:

(54) Vid. las citas en GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional (Roma 1998)», *Carthaginensia. Revista de estudios e investigación del Instituto Teológico de Murcia O.F.M.*, XVI, nº 29, enero-junio 2000, pp. 83-137, en p.134.

(55) Bélgica, Belice, Canadá, Fiji, Francia, Ghana, Islandia, Italia, Noruega, San Marino, Senegal, Tayikistán, Trinidad-Tobago y Venezuela («Ratification status as of 7 July 2000», en <http://www.igc.org/icc/rome/html/ratify.html>).

En España, el Consejo de Ministros decidió, el viernes 19 de mayo de 2000, remitir a las Cortes el proyecto de ley orgánica por el que se solicita de las mismas la preceptiva autorización parlamentaria previa a su ratificación. Sobre otros Estados y sus respectivos trámites internos, «Country-by-country ratification status report (compiled by the secretariat of the Coalition for an International Criminal Court)», en <http://www.igc.org/html/country.html>.

— No serán, posiblemente, ni uno ni dos los Estados obligados, antes de la prestación de su consentimiento al Estatuto y para poder hacerlo de manera regular, a modificar su Constitución. No hace mucho lo ha hecho Francia (56).

— De otra parte, el Estatuto prohíbe la prestación del consentimiento con reservas (art. 120), lo cual me parece fantástico, de un lado porque los crímenes en él regulados son tan graves y tan pocos que o se aceptan tal cual o no, y, de otro, porque si bien las reservas tienen su «luz» proyectan también sobre la seguridad jurídica ominosas «sombras» (57), pero sí reconozco que la prohibición de acceder al tratado sin la posibilidad de excluir y/o modificar alguna o algunas de sus disposiciones puede alejar del Estatuto a algunos Estados.

— Y, finalmente, es la actitud del Gobierno de los Estados Unidos la que parece engendrar los mayores obstáculos. Desde el fin de la Conferencia de Roma (*infra* párrafo 5), Estados Unidos no ha cesado en su lucha contra el actual Estatuto: De una parte, «desde dentro del Sistema» pues participa en los trabajos del Comité Preparatorio creado por la Conferencia para dar vida a «instrumentos» indispensables para la Corte, y, allí, intenta una lectura «reduccionista» del texto que en Roma se adoptó. Y, de otra, «desde fuera del Sistema», pura y simplemente presionando a otros Estados para que pospongan *sine die* la ratificación del mismo (58).

4. Lo primero que debe vigilarse es que lo conseguido no se distorsione. Sabido es que el Comité Preparatorio creado por el Acta Final de la Conferencia de Roma tiene ahora que elaborar una larga lista de instrumentos que permitan que el Tribunal pueda empezar a funcionar y a desarrollar plenamente sus competencias (59). Los más importantes son las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen; y si el Comité Preparatorio cae en la tentación de ampliar, abierta o sigilosamente, la defensa que de la soberanía de los Estados se acoge ya en nume-

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

(57) **Vid ad ex.** GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 330 ss. Un elogio de la prohibición de formular reservas al Estatuto de Roma en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional», *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 225-269, en pp. 238-39.

(58) **Vid.** CONDORELLI: *Op. cit.* (nota 28), pp. 8-9.

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

rosas disposiciones del Estatuto, el TPI «girará sobre sí mismo (...), y caerá muerto».

5. Debemos aprovechar la oportunidad presente (60). ¡Ojalá un día podamos, incluso, apartar de nosotros esa «cruel ironía» (61) de que el particular, la víctima de los crímenes, no pueda iniciar de manera formal, él precisamente, un procedimiento ante el Tribunal. No será fácil, pues el Derecho internacional penal genera y plantea problemas muy complejos, pero es llegada la hora de exigimos un esfuerzo de reflexión muy serio, al cual estamos convocados, por delante de cualquier otro, los especialistas en ambas disciplinas, pues habiendo llevado a cabo en esta materia «una función motriz» (62) no podemos en esta hora decisiva abandonar el convoy.

En febrero de 1999, la Comisión Preparatoria creada por la Conferencia celebró su primer período de sesiones. Cuatro sesiones ha celebrado hasta el momento en que esto escribo (63), estando notablemente avanzados los trabajos sobre los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba (64). Ambos textos serán de una importancia fundamental, pues, según el Estatuto, forman parte (y en primer lugar) del Derecho aplicable por la Corte (art. 21.1.a), y si, como parece (65), ambos son

(60) Porque estoy de acuerdo con Lucius CAFLISCH en que «nunca como ahora se han dado condiciones tan propicias para el triunfo de una justicia penal realmente internacional y permanente» («Réflexions sur la création d'une Cour Criminelle Internationale», *Theory of International Law at the threshold of the 21st. century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, edit. por J. Macarczyk, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, pp. 859-890, en p. 890).

(61) Escribieron M. REISMAN y KOVEN LEVIT, refiriéndose a la protección de los derechos humanos en general («Reflections on the problem of individual responsibility for violations of human rights», en Cançado Trindade (Editor): *The modern world of human rights. Essays in honour of Thomas Buergenthal*, Instituto Internacional de Derecho Humanos, San José (Costa Rica), 1996, pp. 419-436, en p. 421).

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

(63) «Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su cuarto período de sesiones (13 a 31 de marzo de 2000)», doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/3 abril 2000, 45 pp.

Una valoración de sus trabajos en ese período de sesiones por J. SCHENSE: «Preparatory Commission Report», en <http://www.jgc.org/icc/html/cicc200003.html> (mayo 2000).

El quinto período está previsto para los días 12-30 junio 2000.

(64) «Elementos del crimen (Anexo III)», doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.2, de 7 abril 2000, 48 pp.; y «Reglas de Procedimiento y Prueba», doc.: PCNICC/2000/L.1/Rev.1/Add.1, 10 abril 2000, 103 pp.

(65) Véase POLINI: *Op. cit.* (nota 7), p. 844.

Para comentarios detallados sobre los textos adoptados, tanto sobre los Elementos de los crímenes como sobre las Reglas de procedimiento y prueba, COALICIÓN PARA UNA CPI: «Las ONG's llaman a todos los Estados a preservar la integridad del Estatuto de

respetuosos con el Estatuto adoptado en Roma, pueden contribuir significativamente a la concreción y aclaración del mismo de cara a su interpretación y aplicación por la Corte que en él se crea.

Lo que en ningún caso puede aceptarse es una revisión a la baja del Estatuto como Estados Unidos pretende. Este país ha presentado formalmente, en el quinto período de sesiones de la Comisión Preparatoria, dos propuestas inter-relacionadas en este sentido: Una reforma del *art. 98 del Estatuto*, engarzada con la propuesta que formula en un *Documento complementario*. Estados Unidos busca, de nuevo, que la Corte de Roma no pueda enjuiciar a nacionales de Estados Unidos si este país no quiere o no lo decide el Consejo de Seguridad (por la vía de su derecho de iniciativa ante la Corte), en el que (¿hace falta mencionarlo?) ese país tiene derecho de veto (66). De ser aceptadas, estas propuestas destruirían el delicado equilibrio alcanzado en Roma (previo rechazamiento de las tesis de Estados Unidos) sobre los arts. 12 y 16 del Estatuto que hemos ya comentado (*supra* párrafos 1-4 del apartado III y 7-9 del IV). Y pese a la rápida reacción de muchos interesados (67), no está aún, desgraciadamente, zanjado este enojoso asunto.

Ma (...), chi sarà sarà.

Roma», en <http://www.igc.org/icc/html/jointspanish20000606/html>, pp. 1-4, en p.2; HUMAN RIGHTS WATCH: «Commentary to the Preparatory Commission on the ICC (5 th. Meeting. June 2000)» en <http://www.igc.org/icc/html/hrw200006.html>; y WOMEN'S CAUCUS FOR GENDER JUSTICE: «Recommendations and commentary for the Elements of crimes and Rules of procedure and evidence submitted to the Preparatory Commission for the ICC (june 12-30, 2000)», en <http://www.igc.org/icc/html/wcgj200006.html>.

(66) El texto de ambas en <http://www.igc.org/icc/html/us2000.html>

(67) Por ejemplo, la Coalición de ONG's para la Corte Penal Internacional: «Les Etats-Unis cherchent l'immunité à la Cour Pénale Internationale (New York 12 avril 2000)», en <http://www.igc.org/html/pressreleasefrench20000412.html>, pp. 1-4; ID.: «Las ONG's llaman públicamente a todos los Estados a preservar la integridad del Estatuto de Roma» (pronunciamiento conjunto a 12 de junio de 2000)», en <http://www.igc.org/icc/html/jointspanish20000606.html>, pp. 1-4; ID.: «A short analysis of the proposed texts for an art. 98 and the 'Supplemental Document'», en <http://www.igc.org/icc/html/CICCC200005a.html>, pp. 1-3.

La última, la ya citada (*supra* nota 65) WOMEN'S CAUCUS FOR GENDER JUSTICE («Recommendations and commentary...»): «La propuesta [se refiere a la de Estados Unidos de junio] sacrifica la independencia de la Corte y es contraria al Estatuto de Roma».