

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

# 86

JULIO  
DICIEMBRE  
2005

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

## DIRECTOR:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
General Consejero Togado

## CONSEJO EDITORIAL:

Ángel Calderón Cerezo, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Adolfo Hernández Lafuente, Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa. José Luis Fernández Flores y de Funes, Catedrático de Derecho Internacional, ex-Magistrado del Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Juan Carlos Girgado Doce, General Auditor. José Jiménez Villarejo, ex-Presidente de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo. Ángel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Francisco Menchén Herreros, Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa. Ángel García Belda, Auditor Presidente del Tribunal Militar Central.

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

Luis Bernardo Álvarez Roldán, General Auditor. Javier Aparicio Gallego, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. José Luis Bermúdez de la Fuente, ex-Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado del Tribunal Supremo. Estandislao Cantero Núñez, General Auditor. Agustín Corrales Eliozone, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Concepción Escobar Hernández, Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Carlos Eymar Alonso, General Auditor. Federico Fernández de Buján Fernández, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Teniente Coronel Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Manuel García Labajo, Coronel Auditor. José Leandro Martínez-Cardós Ruiz, Letrado del Consejo de Estado. Rafael Matamoros Martínez, Teniente Coronel Auditor. Antonio Millán Garrido, Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado. Joaquín M.<sup>a</sup> Peñarrubia Iza, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. Carlos Pérez del Valle, Magistrado. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Pignatelli y Meca, General Auditor. Diego Ramos Gancedo, General Auditor. Luis Rueda García, Fiscal, S. Técnica de la Fiscalía General del Estado.

## SECRETARIO:

Jesús Bello Gil  
Coronel Auditor

## SECRETARIOS ADJUNTOS:

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera, Lda. Ciencias Políticas y Sociología. David Suárez Leóz, Magistrado. Juan Carlos González Barral, Comandante Auditor. Eva Bru Peral, Capitán Auditor.

## REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.  
Teléfs.: 91 422 07 09  
Fax: 91 422 07 08

## SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.  
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléf.: 91 205 42 22. Fax: 91 205 40 25  
Correo electrónico: Publicaciones@mde.es.  
Precio de este número: 6,01 euros.  
Suscripción anual: 9,62 euros.

Se ruega dirigir la correspondencia de colaboradores e intercambios a la redacción.  
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su dirección.





**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**86** *JULIO  
DICIEMBRE  
2005*

**MONOGRÁFICO SOBRE «LA JUSTICIA PENAL  
INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI»**

MADRID

Edita:



NIPO: 076-05-076-8 (edición en papel)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre 2005

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma.

NIPO: 076-05-080-7 (edición en línea)



# ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 86 JULIO-DICIEMBRE 2005

MONOGRÁFICO SOBRE «LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI»

*Editorial* ..... 7

## I. ESTUDIOS

### A. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES GENERALES

- 1. Sylvia Helena de Figueirido Steiner, «Protección penal de las víctimas de la guerra: Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma» ..... 17
- 2. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, «El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» ..... 27
- 3. José Rojas Caro, «Los principios de la Corte Penal Internacional y los riesgos que la amenazan» ..... 53

### B. ASPECTOS PENALES

- 4. Fernando Pignatelli Meca, «Los actos de terror como crímenes internacionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» ..... 73
- 5. Héctor Olásolo, «Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional» ..... 107
- 6. María Dolores Bollo Arozena, «La responsabilidad internacional del Estado por la violación del Derecho Internacional Humanitario. A propósito de los hechos ocurridos en la cárcel de Abu Ghraib (IRAQ)» ..... 153
- 7. Francisco Javier Hernández Suarez-Llanos, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el crimen internacional» ..... 197
- 8. Rosario Domínguez Matés, «La configuración jurídica y represión judicial de los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra» ..... 239

### C. CUESTIONES PROCESALES

- 9. Francisco Fontecilla Rodríguez, «El proceso ante la Corte Penal Internacional. Algunas consideraciones sobre la aportación española» ..... 281

— 10. Julio Jorge Urbina, «Las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado en el contexto de la represión de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario» .....	315
— 11. Carmen Quesada Alcalá, «Corte Penal Internacional y derecho interno: el impacto del Estatuto de Roma en la legislación española» .....	363

## II. ANEXOS

### 1. DOCUMENTACIÓN

— 1.1. Preceptos del Código Penal español relativo a los crímenes internacionales. Texto integrado con las modificaciones introducidas por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, en coordinación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional .....	423
— 1.2. Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional. ....	439
— 1.3. Estatuto de Roma. Firmas y ratificaciones .....	457
— 1.4. Sentencia del Tribunal Constitucional español, de 26 de septiembre de 2005 .....	463
— 1.5. Convenios Internacionales relativos al ejercicio de la Jurisdicción Universal en materia de crímenes internacionales .....	497

### 2. INFORMACIÓN

— 1. «Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra. Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario». Documento informativo del Comité Internacional de la Cruz Roja .....	507
— 2. Legislación comparada y Jurisdicción Universal. Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto .....	513
— 3. Normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario (Parte VI. Aplicación) .....	529

## III. BIBLIOGRAFÍA

Por Carmen Quesada Alcalá .....	535
---------------------------------	-----



## EDITORIAL

La Revista Española de Derecho Militar, desde sus primeras ediciones, ha sido sensible y ha procurado dar respuesta a las nuevas cuestiones jurídicas que plantea, en los ámbitos de la defensa nacional y de las fuerzas armadas, el desarrollo actual de los acontecimientos nacionales e internacionales. Uno de los mayores desafíos contemporáneos de la comunidad internacional consiste en la lucha contra impunidad de los crímenes más atroces y de sus máximos responsables, de los autores los delitos «más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», aquellas conductas que integran una segura amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad. Problema que debe ser resuelto no solo desde la óptica del Derecho penal internacional sino desde el ordenamiento penal interno, común y militar, de los Estados, pues éstos incumplirían un deber convencionalmente adquirido en el caso de que no ejercieran su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes internacionales.

Justamente una de las consecuencias más inmediatas de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha sido la incorporación a la legislación penal interna de numerosos Estados de determinados crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) o la modificación de los tipos existentes, como se hizo en España a través de la Ley Orgánica 15/2003 que modificó el Código penal. El texto integrado del texto punitivo común que castiga los crímenes internacionales se reproduce en el Anexo documental de éste número monográfico.

Nuestra Revista, recogiendo una rica tradición doctrinal en la materia (no podemos olvidar las aportaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Penal Internacional de E. de No Louis, L. García Arias,

A. Quintano Ripollés, Pietro Verri, F. Jiménez Jiménez, J. M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, J. L. Fernández Flores y de Funes, J. Sánchez del Río, J. A. Pastor Ridruejo, M. Pérez González, C. Cerdá, Frédéric Mulinem o Ugo Genesio, entre otros) y justamente para celebrar la edición de su número setenta y cinco (1956-2000) editó un Número Extraordinario Conmemorativo y Monográfico sobre la Corte Penal Internacional donde se publicaron once estudios doctrinales analizando el Estatuto de Roma y dando cumplida cuenta de los principios y estructura de esta nueva institución internacional creada, no lo olvidemos, para garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera. Entre la copiosa documentación que se añadió a este número monográfico figuraba la versión oficial (ya corregida) del Estatuto de Roma, que se publicaba por primera vez en España.

Al Consejo Editorial y al Consejo de Redacción de esta revista le pareció éste un momento oportuno para abordar la publicación de un Número Extraordinario dedicado a *La Justicia Penal Internacional en el siglo XXI*, para estudiar el actual desarrollo de dos instrumentos penales interestatales que confluyen hoy en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. Partiendo de la puesta en práctica por los Estados de su sistema penal para castigar estos graves delitos, se trata de la constitución de la Corte Penal Internacional y del ejercicio, también por los Estados, de la jurisdicción universal sobre determinados crímenes internacionales. Sobradamente se ha destacado el carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales, pero continúa sin ser pacífico el debate sobre la prioridad que deba darse a la actuación de la Corte Penal Internacional o bien al ejercicio por las jurisdicciones nacionales del principio de la jurisdicción universal. Sin duda es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (Preámbulo del Estatuto de Roma), particularmente aquellos que *ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate*. Pero los Estados Parte en el Estatuto de Roma se han obligado también, como determina la Ley Orgánica 18/2003, a colaborar con la Corte Penal Internacional. El problema planteado consiste en determinar si éstos Estados Parte, en los supuestos en que *no ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate*, deben remitir las actuaciones a la Corte Penal Internacional o ejercer prioritariamente la jurisdicción universal sobre tales delitos. En el Anexo documental de éste número reproducimos la Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional.

El principio de jurisdicción universal es un medio importante, aunque escasamente utilizado por los Tribunales nacionales, en la lucha contra la

impunidad de los crímenes internacionales más graves, al permitir el enjuiciamiento de sus autores con independencia de su nacionalidad y del lugar de comisión del delito. La universalidad así entendida no requiere la existencia de ningún nexo competencial (territorio, nacionalidad del presunto culpable o de la víctima, lugar de detención del responsable o interés nacional) para atribuir la jurisdicción al Estado que aplica este principio penal internacional. La razón es la existencia de bienes jurídicos universales, que se violan con tan graves crímenes, y cuya protección interesa a todos los Estados que forman la comunidad internacional. Ahora bien ¿existen en la realidad estos valores de universal aceptación por parte de los Estados o de los pueblos? o ¿más bien se trata de una ratificación meramente formal por los Estados de determinados instrumentos convencionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o los Convenios de Ginebra? Y ello, naturalmente, porque no se trata de una construcción meramente doctrinal sino fundamentada en los Convenios internacionales que la reconocen o en la costumbre internacional. Puede hablarse de una jurisdicción universal obligatoria o facultativa de los Estados, así como de una jurisdicción absoluta o limitada, pero su base no es la legislación nacional sino el Derecho internacional convencional o consuetudinario. Es decir, las obligaciones libremente adquiridas por los Estados al hacerse partes en un tratado internacional o el consentimiento tácito de la comunidad interestatal expresado a través de la legislación, práctica o jurisprudencia de los países como costumbre internacional obligatoria. Nacido en el Derecho marítimo, para combatir la piratería y la trata de esclavos, el principio de jurisdicción universal se aplica hoy al genocidio, a los crímenes de lesa humanidad (tortura, esclavitud, apartheid), a los crímenes de guerra (incluyendo también los cometidos en los conflictos internos y contra los bienes culturales), al narcotráfico, al terrorismo y a los ataques contra el personal de las Naciones Unidas y personal asociado. Pero, lamentablemente, la respuesta de los Estados puede calificarse de fragmentaria e insuficiente. Damos cuenta en el Anexo de éste número de los preceptos de los Convenios Internacionales relativos a la jurisdicción universal, así como de diversas normas extranjeras sobre la materia.

Recientemente se ha publicado una importante obra doctrinal, bajo el patrocinio del Comité Internacional de la Cruz Roja, que deduce de la práctica estatal y jurisprudencia las *Normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario*. Entre ellas, la Regla 157 dispone: *Los Estados tienen derecho a ejercer la jurisdicción universal en sus tribunales nacionales respecto de los crímenes de guerra*. En suma, a la vista de los requi-

sitos que establece el Estatuto de Roma para el ejercicio de la jurisdicción complementaria por la Corte Penal Internacional, particularmente el hecho de que son Partes en el Estatuto 100 Estados (con notables ausencias) y teniendo en cuenta el desarrollo actual del principio de la jurisdicción universal (según el cual cualquier Estado tiene derecho a enjuiciar a personas acusadas de haber cometido crímenes internacionales, sin necesidad del consentimiento de otro Estado), es necesario que los Estados tipifiquen en su legislación penal interna los delitos internacionales y aprueben las normas pertinentes para establecer la jurisdicción universal respecto de aquellos crímenes internacionales que la determinan obligatoriamente en los Convenios de los que tal Estado es Parte. El texto de estas Normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario figura en el Anexo de este número.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 (ponente: Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez), recaída en los recursos de amparo del conocido *Caso Guatemala*, ha significado un hito jurisprudencial importante en el reconocimiento del principio de jurisdicción universal en España y en la interpretación de la regla contenida en el artículo 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a los Convenios Internacionales en los que España es Parte. Para el Tribunal Constitucional español en tal precepto se instaura un principio e jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, rechazando tanto la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas como el criterio que condiciona la competencia al interés nacional, pues no pueden ser interpretaciones acordes con el fundamento objetivo de la institución. Esta misma sentencia comparte la siguiente definición de la jurisdicción universal en materia penal: «*la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional*». Por su gran interés reproducimos esta sentencia en el anexo documental de éste número.

Los once estudios doctrinales que integran el contenido del presente número monográfico han sido agrupados en tres apartados. El primero, denominado *Introducción y cuestiones generales*, se inicia con la publicación de un excelente trabajo de Sylvia Helena de Figueirido Steiner, Magistrada de la Corte Penal Internacional y aborda el análisis del proceso de aprobación, desarrollo y principios del Estatuto de Roma. El segundo, bajo el título de *Aspectos penales*, trata de materias tan importantes

como el terrorismo, los crímenes de guerra, la responsabilidad internacional del Estado por la violación del Derecho Internacional Humanitario, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los atentados contra el medio ambiente. El apartado tercero se centra en las *cuestiones procesales* tan relevantes como el estudio del proceso ante la Corte Penal Internacional, las inmunidades de jurisdicción penal de los órganos del Estado y el impacto del Estatuto de Roma en la legislación española. La revista aporta en sus Anexos documentación e información de gran interés para la comprensión del alcance de la justicia penal internacional en el siglo XXI, que completa la ya publicada en el número setenta y cinco Extraordinario Conmemorativo y Monográfico sobre la Corte Penal Internacional. Finalmente, el número se cierra con un apartado de bibliografía específica elaborado por la profesora Carmen Quesada Alcalá.

El objeto fundamental del presente número monográfico es presentar a nuestros lectores, sin pretensión de un tratamiento exhaustivo ni siquiera sistemático, las respuestas de un grupo de autores a diversas cuestiones que plantea el desarrollo actual de la justicia penal internacional en los albores del siglo XXI, particularmente a través del análisis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de la protección penal de las víctimas de la guerra. Y no podemos dejar de expresar nuestra esperanza de que estas aportaciones puedan ser útiles para mejorar nuestro ordenamiento penal y procesal en materia de crímenes internacionales como instrumento necesario en la lucha contra su impunidad.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto  
Director



# **I. ESTUDIOS**





# **A. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES GENERALES**



## **PROTECCIÓN PENAL INTERNACIONAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA: LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA**

Sylvia Steiner\*

La breve exposición que me propongo hacer parte de la premisa de que hay una interacción manifiesta en las grandes vertientes del derecho internacional desde el periodo del iluminismo, y eso se traduce exactamente en la evolución de la protección de los derechos fundamentales de las personas, y en la evolución del derecho humanitario.

Tienen esas ramas del derecho internacional el carácter de normas de protección, sujetas por lo tanto a sistemas propios de interpretación y de aplicación. Ambas nacieron de las luchas contra el poder absoluto de los Estados, constituyendo el marco histórico sobre el cual se asentó la idea de limitación de ese poder absoluto tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Sobre esta base se construyó el principio de protección de las personas contra los abusos de los Estados que constituye el principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos. De esta misma semilla nació el derecho humanitario, limitativo del uso de la fuerza por ese mismo Estado.

Ambos tienen por dogma fundamental la idea de la dignidad inherente de cada persona. Ambos constituyen normas imperativas de protección da dignidad humana.

---

\* Magistrada de la Corte Penal Internacional. El artículo es el resumen de la Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Derecho Internacional Humanitario ante los Conflictos Armados, organizadas por la Cruz Roja Española y la Fundación Rafael del Pino, realizadas en Madrid en Noviembre de 2004.

Por lo tanto, *«debemos concluir que el derecho internacional humanitario y los derechos humanos son complementarios desde el punto de vista del respectivo ámbito de aplicación. También no se puede olvidar, desde la perspectiva más amplia de la finalidad común de esos dos conjuntos de reglas, que ambos nacieron de una misma preocupación de la comunidad humana: el respeto a la dignidad humana.»* (1).

Puedese también entender, como lo hace Cançado Trindade, que *«el famoso art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario consagra derechos humanos básicos, aplicables tanto en tiempo de conflictos armados como de paz.»*

(2) A continuación, el autor menciona la existencia de principios comunes al derecho humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, los cuales *«son: el principio de la inviolabilidad de las personas (englobando el respeto a la vida, a la integridad física y mental, y a los atributos de la personalidad), el principio de la no discriminación (de cualquier tipo) y el principio de la seguridad personal(...).»* (3).

Pero no solamente en el plano normativo se da la convergencia, sino también en el plan hermenéutico, una vez que en la implementación de ambas ramas hay métodos comunes de interpretación y de aplicación, una vez que se reconoce que las normas de los tratados de protección a las personas, en tiempos de guerra o de paz, son normas de orden público (*ordre public*), de naturaleza objetiva, que son oponibles a todos los Estados y personas, que no pueden ser derogadas, y que no admiten la invocación de reciprocidad como excusa legítima para su incumplimiento.

*«Sin duda, hoy día los Estados están obligados a respetar ciertas normas básicas de derechos humanos y de derecho humanitario, hayan o no expresado su aceptación, en virtud de los instrumentos que las contienen. Ello fue recordado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva de 1996 relativa a la cuestión de la legalidad del uso o de la amenaza del uso de armas nucleares, en la que destaca que ciertas normas básicas del derecho humanitario constituyen normas intransgredibles*

---

(1) Swinarski, Christophe, *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: CICV, Esopo Ed., 1988, p.24 (*traducción libre*).

(2) Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. I, p. 272 (*traducción libre*).

(3) *Idem*, *ibidem*, p. 276.

*que son oponibles erga omnes, en tanto una expresión del derecho internacional consuetudinario» (4).*

También en materia de interpretación, en ambas ramas del derecho de protección a las personas se encuentran consagrados los principios de interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones al ejercicio de derechos, y de interpretación extensiva de las normas que confieren derechos y garantías.

Sobre la base de la convergencia entre la protección internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, se puede concluir, como lo hizo el TPIY en la decisión en el caso Furundzija, que *«la esencia de todo el corpus del derecho humanitario y de los derechos humanos apoyase en la protección de la dignidad humana, de cualquier persona. El principio general de respeto a la dignidad humana es el elemento básico, y la razón de ser del derecho humanitario y de los derechos humanos; realmente en los tiempos modernos se ha convertido en un principio de tan gran importancia que impregna todo el cuerpo del derecho internacional. El principio (de la dignidad de las personas) protege a las personas de todo y cualesquier atentados contra su dignidad personal, sean esos atentados perpetrados contra el cuerpo, o por medio de humillaciones y degradaciones a la honra, el respeto propio o el bien estar mental de una persona (5).*

En el campo del derecho humanitario, y de protección de las personas en situaciones de conflictos armados, el Estatuto de Roma ha ampliado el rol de las normas de protección, tanto de las personas en general, cuanto de personas o grupo de personas especialmente vulnerables. Fueron criminalizadas conductas que no solamente estaban previstas en las Convenciones de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales, sino también conductas derivadas, por ejemplo, de precedentes de los Tribunales *ad hoc* para la extinta Yugoslavia y para Ruanda, y además de precedentes de las Cortes de Derechos Humanos.

El Estatuto de Roma contiene una lista de conductas que violan el derecho y las costumbres de guerra, y que por tal acarrearán responsabilidad penal individual. En nombre del principio de la estricta legalidad de los delitos y de las penas, la lista de conductas es exhaustiva. La Corte solo

---

(4) Acosta Lopez, Mauricio Antonio, El Derecho Humanitario y el Principio de Necesidad Militar, in *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto*. Org. José A. Guevara B. y Mariana Valdés Riveroll. Ciudad de México: UIA/SRE, 2002, p. 91.

(5) ICTR, Decisión Furundzija, párrafo 183.

puede ejercer su jurisdicción sobre las conductas incriminadas si son de tal gravedad que se las puede considerar como crímenes de trascendencia para toda la comunidad internacional. En otras palabras, más allá de la descripción material de las conductas, el Estatuto prevé 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.

Para que se pueda comprender la estructura final del Estatuto de Roma en materia de tipificación de conductas vale recordar las negociaciones desarrolladas en la Conferencia de Roma. Como bien ha sido señalado, *«las dificultades relativas a la definición de los crímenes de guerra fueron evidentemente de mayor calado, teniéndose en cuenta los aportes políticos y estratégicos de las cuestiones involucradas. (...) Así, a pesar de la existencia de un acuerdo más o menos general sobre la inclusión de las violaciones graves previstas en las Convenciones de Ginebra de 1949, las divergencias más serias en relación con el proyecto del Estatuto, se referían a la inserción de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, (sobre todo las infracciones y violaciones graves del Protocolo Adicional I) y de su formulación relativa. El texto expresaba también la diferencia de fondo persistente en cuanto a la extensión de la noción de crímenes de guerra a las violaciones del derecho humanitario cometidas en conflictos armados no internacionales. (...) Además una de las cuestiones no decididas se refería a un punto tan delicado como el referente a los crímenes sobre la conducción de las operaciones militares, en particular sobre la utilización de armas nucleares y de destrucción masiva.»* (6).

Como consecuencia de las difíciles negociaciones relativas a los crímenes de guerra, puede decirse que la enumeración contenida en el artículo 8 del Estatuto fue un avance indiscutible. Fueron así recogidas las conductas consideradas infracciones graves a los Convenios de Ginebra así como otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados dentro del marco del derecho internacional, incluido el uso de ciertos medios y métodos de guerra, las violaciones graves descritas en el Protocolo Adicional I y en el Reglamento de La Haya de 1907, y ciertos crímenes cuya gravedad ha sido reconocida por los Tribunales *ad hoc*, muchos de ellos con base en decisiones de las Cortes internacionales de Derechos Humanos.

---

(6) Politi, Mauro, Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur, in *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: Pedone, Octobre-Décembre 1999, n.4, p. 833 (traducción libre).

Partiéndose de esas premisas, vemos como ejemplos que, en el capítulo de crímenes de guerra, el Estatuto de Roma contiene varias disposiciones específicas tipificando el crimen de atentados contra la dignidad personal como figura penal autónoma tanto en conflictos armados internacionales (Art. 8(2)(b)(xxi)), como en conflictos armados de carácter no internacional (Art. 8.2(c)(ii)). Además otras figuras penales como la tortura o las agresiones sexuales incluyen el atentado a la dignidad personal como elemento objetivo.

Los apartados (b)(xxi) y (c)(ii) del Art. 8(2) están impregnados de elementos llamados «normativos», puesto que no hay descripción de conductas objetivas, sino que contempla conductas que atentan contra la «dignidad» personal, como los tratos «humillantes» y «degradantes».

Las expresiones «atentados contra la dignidad personal, en particular tratos humillantes y degradantes» fueron utilizadas por los Convenios de Ginebra (Art. 3 común, Art. 95 CG-IV) y por los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra en los Artículos 75(2)(b) y 85(4)(c) del PA I y 4(2)(b) del PA II.

De la obra magistral de Knut Dormann (7) pueden extraer algunos comentarios importantes sobre la interpretación de los elementos normativos del tipo penal a que se refiere el Estatuto de Roma:

a) en el caso *Aleksovski* (TPIY-IT-95-14/I) entiendese por «atentados contra la dignidad personal» los actos que, sin que causaren daños directos a la integridad y al bien estar físico o mental de las personas, son destinados a humillarlas y ridicularizarlas, incluso forzándolas a actuar de forma degradante.

Más adelante, en el mismo caso, el TPIY entendió que el atentado contra la dignidad es el que causa serias humillaciones o degradaciones a las víctimas (...), y para que la culpabilidad no sea dependiente tan solo de la sensibilidad de la víctima o del grado de su sufrimiento es necesario que el elemento objetivo sea una humillación tan intensa que sea considerada como atentatoria por cualquier persona razonable.

b) En los casos *Delalic* (TPIY, IT-96-21-T) y *Furundzija* (TPIY, IT-95-17/1-T) las definiciones de «trato degradante» fueron extraídas de antecedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos en casos de tortura. Aquí es muy clara la convergencia entre los dos sistemas de protección de las personas, el del derecho humanitario y el del derecho internacional de los derechos humanos.

---

(7) Dormann, Knut, et al, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*. ICRC, Cambridge University Press, 2003, p. (*traducción libre*)

Para la Corte Europea, «tratos degradantes» son los que humillan seriamente a las personas delante de otros, o que las llevan a actuar contra su voluntad o conciencia; también son los actos que traen a las víctimas sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad que acaban por quebrar su resistencia moral o física; son también degradantes los tratos que hacen de las víctimas objetos bajo el poder de los perpetradores, produciendo efectos morales de angustia y de violencia moral.

De estos ejemplos se pueden extraer algunos elementos comunes a la idea de «atentados contra la dignidad de las personas»: la existencia de una situación de humillación, de un grado relativamente serio, impuesta por una persona sobre otra que está bajo su autoridad o disposición, que sea vista en general como humillante, y que pueda generar en la víctima sufrimientos físicos o mentales. No hay, por tanto, una definición absoluta de lo que constituye «humillación», y por tanto se debe recurrir a la construcción doctrinaria y jurisprudencial como fuentes de interpretación de ese elemento normativo del tipo penal.

Lo que es importante resaltar es la posible utilización de la doctrina y de la jurisprudencia en casos de violaciones de derechos humanos, como en casos de torturas, a los efectos de integrar el tipo penal previsto en los apartados (b)(xxi) y (c)(ii) del Art. 8(2) del Estatuto de Roma, tal y como ha señalado la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. Una vez más se confirma la estrecha relación de complementariedad entre las dos vertientes del derecho internacional.

También como ejemplos importantes podemos mencionar los actos de esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, y «cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra» (Estatuto de Roma, art. 8(2)(b)(xxii).

En relación con los llamados crímenes de género, éstos fueron perfeccionados a partir de la experiencia de los Tribunales *ad hoc*, los cuales fueron los primeros en buscar la base legal de incriminación de esos tipos de conductas como crímenes de guerra. La discusión sobre los crímenes de género, en el marco de esos tribunales, fue por lo tanto la base para la elaboración de los apartados (b)(xxii) y (c) (ii) del Art. 8.2 del Estatuto de Roma (8).

Es oportuno recordar que la IV Convención de Ginebra, en su Artículo 27, agregó la protección de las mujeres contra cualesquier atentados a

---

(8) Ver Akayesu case-ICTR.



su honor, en particular contra la violación, la prostitución forzada u otras formas de violencia sexual. Según Jean Pictet, el Artículo 27 es la base de la Convención, en la medida en que toda la «Ley de Ginebra» se asienta en él. El proclama el principio de respeto de la persona humana y el carácter inviolable de los derechos humanos fundamentales de hombres y de mujeres (9).

La protección especial de las mujeres contra violaciones u otras formas de violencia sexual pasó a ser considerada, según algunos de los comentaristas, como violación de las leyes y costumbres de guerra, en los términos precisos del Artículo 32 de la IV Convención.

Por esta razón, en el caso Delalic el TPIY decidió que *«no hay dudas que la violación y otras formas de violencia sexual son expresamente prohibidas por la ley internacional. Los términos del Artículo 27 de la IV Convención de Ginebra especialmente prohíben la violación y otras formas de violencia sexual y la prostitución forzada de mujeres. Esas prohibiciones son también encontradas en el Protocolo Adicional II (Art. 4(2)), concerniente a los conflictos armados internos. El Artículo 76(1) del Protocolo Adicional I expresamente exige que las mujeres sean protegidas contra la violación, prostitución forzada y otras formas de violencia sexual. Una prohibición implícita de violación y violencia sexual puede ser encontrada también en el Artículo 46 de la Convención de La Haya de 1907 (...)»* (10).

Es importante señalar que los Tribunales *ad hoc* tuvieron que hacer un ejercicio de hermenéutica que llevo a la identificación de las violaciones y otros actos de violencia sexual como actos de tortura, que atentan contra la dignidad de las mujeres, lo que significó un gran progreso que tuvo como consecuencia más directa su inserción como crímenes de guerra autónomos en el Estatuto de Roma.

Como avance del Estatuto también vale mencionar la conducta de reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados, en conflictos armados de carácter internacional o no internacional, o utilizarlos para participar en las hostilidades, previstos en el art. 8(2)(b)((xxvi) y 8(2)(e)(vii). De una cierta forma, *«esa expresión, en vista de la referencia del Protocolo I solamente a la “participación directa” de los niños en las hostilidades, permite cubrir, también en relación con los conflictos armados internacionales, tanto la participación*

---

(9) Pictet, Jean, Commentary-IV Geneva Convention. ICRC, Geneve, 1994 (reprint), p. 199.

(10) Dormann, Knut, opus cit., p. 332.

*directa en los combates, como la participación en otras numerosas actividades en el frente (como el reconocimiento, el espionaje, el sabotaje, la utilización de los niños como mensajeros, etc.)» (11).*

Hay que recordar que bajo la normativa internacional en general son considerados como sujetos de protección especial en los conflictos armados los niños menores de 18 años, tal y como prevén la Convención 182 de la OIT y el Protocolo Adicional da Convención sobre los Derechos de los Niños. Asimismo, la previsión del Estatuto recoge un mayor ámbito de protección, que la ofrecida en el Protocolo I,

Por otra parte, el precio de tantos avances fue, en primer lugar, el umbral que restringe la aplicación del Estatuto a las situaciones de crímenes practicados dentro de un plan o de una política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En este punto hemos de recordar que el umbral del artículo 8 (1) utiliza la expresión «en particular cuando se cometan...» En principio, la expresión «en particular» podría ser interpretada como no excluyente (12).

Un precio también alto fue la no criminalización de la utilización de armas nucleares o de destrucción masiva, de armas químicas o biológicas, y de minas antipersonas. A ese respecto son ilustrativas las palabras de Cassese: «*La utilización en los conflictos armados de armas modernas que son contrarias a los dos principios básicos de prohibición de armas, es decir que a) causen daños superfluos o sufrimiento innecesario, o b) sean inherentemente indiscriminadas, no está prohibida y por lo tanto no es considerada crimen bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.(...) Eso parece algo cuestionable, una vez que incluso la utilización de armas bacteriológicas, prohibidas por el derecho internacional, podría ser utilizada sin que ello constituyese un crimen bajo jurisdicción de la Corte. (...)*» (13).

El adjetivo «cuestionable» es más que aplicable, teniéndose en cuenta la existencia de una amplia normativa internacional que prohíbe el uso de armas biológicas y químicas y de minas antipersonas, por ejemplo.

Hay que lamentar también el hecho de que la utilización de ciertas armas prohibidas en los conflictos internacionales no se traduzca en deli-

---

(11) Politi, Mauro, opus cit., p.836 (traducción libre).

(12) Roberge, Marie-Claude, Los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma, in *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e Implementación de su Estatuto*. Org. José A. Guevara y Mariana Valdés Riverol. Ciudad de Mexico: UIA/SRE, 2002, p. 76.

(13) Cassese, Antonio, *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 60 (traducción libre).

tos si utilizadas en conflictos armados no internacionales, caso en que el tratamiento distinto dado por el Estatuto no encuentra ninguna explicación razonable, una vez que *«esa regla no refleja el estado actual de la ley internacional. Como la Cámara de Apelaciones del TPIY afirmó en el caso Tadic, en las guerras modernas no tiene sentido hacer distinciones entre conflictos armados internacionales y no internacionales: ¿porqué proteger a las poblaciones civiles de la violencia, o prohibir la violación, la tortura o la destrucción de hospitales, iglesias, museos o propiedades privadas, o prohibir la utilización de armas que causan sufrimientos innecesarios cuando dos potencias extranjeras están en guerra, y privarlas de dicha protección o permitir tales comportamientos cuando la violencia armada ocurre solo dentro del territorio de un Estado soberano?»* (14).

Se puede también mencionar como otra laguna en el Estatuto la conducta de retrasar sin justificación la repatriación de prisioneros de guerra o de civiles, que es considerada como una violación grave por el artículo 85.4.b del Protocolo Adicional I.

Para finalizar, creo que podemos afirmar que la creación de la Corte Penal Internacional ha venido a reforzar los mecanismos ya existentes de protección de las personas en los conflictos armados. Cuantos más sean los Estados que aceptan su jurisdicción, e implementen sus normas, más amplio será el campo de protección.

En este sentido, es importante recordar que los Convénios de Ginebra, de 1949, establecen cláusulas expresas de jurisdicción universal, cuando imponen a los Estados la obligación de juzgar a los acusados de crímenes de guerra, o de entregarlos a otro Estado para que los juzgue (*aut dedere aut judicare*). Es también importante recordar que el Tratado de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 1969, incluye una norma expresa de inderogabilidad e irrenunciabilidad de las obligaciones de los Estados conforme al derecho humanitario (art.60 (5)).

También como mecanismo de protección, hay que recordar las competencias del Consejo de Seguridad, bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para crear e instalar tribunales *ad hoc*, mecanismo que, en principio, permanece íntegro.

Sin embargo, con el fortalecimiento de la Corte Penal Internacional, no solamente se debilita cada vez más la creación de jurisdicciones especiales, sino que también se fortalece *«la visión del derecho internacional como un sistema normativo que emerge del consentimiento expreso o del*

---

(14) *idem, ibidem*, p. 62.

*acuerdo tácito de los actores que comparten ciertos valores colectivos, (...)» al mismo tiempo que se evita «el recurso indiscriminado al principio de la jurisdicción universal, según el cual la naturaleza especialmente grave de ciertos crímenes perpetrados autorizaría cualquier corte nacional a asumir jurisdicción sobre el caso», lo que para muchos solamente agravaría el riesgo de fragmentación del derecho internacional, en detrimento de la mayor protección de las víctimas (15).*

---

(15) Biato, Marcel, O Tribunal Penal Internacional e a segurança coletiva, *in* Política Externa. São Paulo: USP, Paz e Terra, vol. 10, n. 3, dez/jan/fev, 2001/2002, pp. 142/145 (traducción libre).

# **EL PROCESO DE APROBACION Y DESARROLLO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.  
*Doctor en Derecho. General Consejero Togado.  
Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional  
Humanitario de la Cruz Roja Española*

## *SUMARIO*

I. Introducción. II. Génesis. 1. Características principales del Estatuto de Roma. 2. Los fines de la pena en la Justicia Penal Internacional. 3. La elaboración del Estatuto de Roma. 4. El derecho aplicable y las fuentes del Derecho Penal Internacional. III. El proceso de aprobación del Estatuto de Roma. IV. Los crímenes de la competencia de la Corte. 1. El crimen de genocidio. 2. Los crímenes de lesa humanidad. 3. Los crímenes de guerra. V. El principio de legalidad. VI. El ejercicio de la jurisdicción por la Corte. VII. Desarrollo del Estatuto de Roma y el futuro de la Corte Penal Internacional. 1. Desarrollo. 2. Futuro.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La existencia de una Justicia Penal Internacional debe basarse, como proclama el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en dos ideas fundamentales. La primera, es la unión de los pueblos por estrechos lazos de forma que sus culturas configuran un patrimonio común, es decir la constancia de que comparten valores universales. La segunda, es la conmoción de la conciencia universal ante las atrocidades sufridas por las víctimas (millones de niños, mujeres y hombres) de gra-

ves crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

EL Derecho Penal Internacional, como sistema normativo, nace –preciso es reconocerlo– con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación «de facto» del Derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos. El obstáculo era (y, realmente, sigue siendo) de tal magnitud que los primeros balbuceos de un sistema de justicia penal internacional olvidaron los clásicos fundamentos del «ius puniendi», tan celosamente proclamados por la doctrina y los textos constitucionales, para construir un Derecho penal retribucionista, cuando no vindicativo, que en el mejor de los casos añadió la prevención general, para limitar así (retribución y prevención general) los fines de la pena.

Como en tantos otros aspectos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también significó un paso de gigante en la configuración del fundamento del «ius puniendi» que, ahora, los Estados en buena parte confían a un Tribunal supranacional que no puede prescindir (al lado de la retribución y de la prevención general y especial, y fundamentalmente a la hora de individualizar la pena y ejecutarla), de conceptos tales como el grado de culpa del condenado o el fin resocializador de la sanción, presididos por el principio de humanidad propio del moderno Derecho penal.

Así pues, la determinación de los crímenes de la competencia de la Corte (competencia «ratione materiae») en relación con los denominados «principios generales del Derecho penal» y con el sistema de penas, constituye una de las partes más importantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo Estatuto) adoptado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998.

## II. GENESIS

### 1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL ESTATUTO DE ROMA

Si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instru-

mento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo la Corte) respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art.1 del Estatuto), que se ratifica en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: «... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Esto explica, entre otros, preceptos tales como los artículos 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

En segundo término, como ha destacado el Embajador Yáñez-Barnuevo García, Jefe de la Misión Diplomática de España en la Conferencia de Roma, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que, en el derecho interno, constituiría al menos el contenido de las normas fundamentales (orgánicas probablemente) siguientes: un Código penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional.

Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal («...crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...»), en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones provenientes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del «common law»), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición. En general podemos afirmar que el sistema penal del Estatuto, salvo el importante tema de la determinación e individualización de las penas que figura en la Parte VII del Estatuto (a continuación del Juicio), está dominado por los principios generales del Derecho penal continental aunque su plasmación en el Estatuto está presidida por la técnica topográfica propia de las normas internacionales y por ello la parte dedicada a la tipificación de los crímenes (la parte especial del Derecho penal) se incluye entre los criterios de la competencia por razón de la materia (Parte II), al lado de aspectos procesales como la competencia temporal o la admisibilidad, precediendo con técnica bien ajena a la habitual en la ciencia del Derecho penal a la proclamación de los principios generales del Derecho penal (Parte III).

## 2. LOS FINES DE LA PENA EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Volviendo a nuestras consideraciones iniciales sobre los fines de la pena en el sistema de justicia penal internacional que consolida el Estatuto de Roma, podemos afirmar que el fin de la retribución figura claramente expre-

sado en el preámbulo del Estatuto («...poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes»), que proclama también el fin de prevención general (...contribuir así a la prevención de nuevos crímenes»), sin que sea tampoco ajena a los propósitos de los creadores de la Corte la idea de prevención especial, que centra el efecto de la pena en la persona que ha cometido un crimen para que no vuelva a delinquir. Idea que aflora en el artículo 110 del Estatuto (Examen de una reducción de la pena). Como hemos apuntado antes, la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por la creación de la Corte, mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamiento («...para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia»), de la pena y de su ejecución. Aunque objeto de crítica por la moderna doctrina, resulta particularmente atractivo en el actual momento de la justicia penal internacional el concepto de la prevención general positiva o de integración, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva, contribuyendo a la socialización del individuo mediante las funciones explicativa, legitimadora y limitadora de la pena.

Una de las aportaciones más relevantes de la Misión de España en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas, Nueva York, 1999-2002) consistió en introducir «las posibilidades de reinserter en la sociedad y de reasentar al condenado» como uno de los criterios que ha de tener en cuenta la Corte para revisar la cuestión de una reducción de la pena. Y así figura en el apartado b) de la Regla 223 del Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Por otra parte, la propuesta de España en la misma Comisión Preparatoria en relación con las penas (también dentro de la elaboración de las Reglas de Procedimiento y Prueba) fue tomada como texto básico (en unión de la propuesta de Portugal y de otros países iberoamericanos) para el desarrollo de la Parte VII del Estatuto (De las penas). En el texto finalmente aprobado, la Regla 145 a) proclama que la pena «debe reflejar el grado de culpa del condenado», afirmación que recuerda la clásica formulación de C.ROXIN estableciendo que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Pero es que, además, la citada Regla 145 desarrolla el criterio de la gravedad del crimen (artículo 78.2 del Estatuto) vinculándolo, entre otras pautas, al grado de culpabilidad y el segundo factor estatutario (las circunstancias personales del condenado) es relacionado con la edad, instrucción, condición social y económica del condenado, con la capacidad mental sustancialmente disminuida (atenuante) o con su conducta después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte (atenuante). En definitiva, retribución (limitada por los principios de proporcionalidad y culpabilidad) y prevención general



negativa (al fijar el marco legal típico en función de la entidad del bien jurídico protegido, por la propia imposición de la pena al condenado y por lo que se refiere al criterio de la gravedad del crimen) y prevención especial si atendemos a las circunstancias personales del condenado. El criterio de prevención general positiva, que no guarda relación con la individualización de la pena, aflora en el contexto del Estatuto, particularmente en la tipificación de los crímenes de la competencia de la Corte.

### 3. LA ELABORACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA

El sistema penal del Estatuto no es producto del apresuramiento ni de la improvisación. Si en el año 1998 hemos celebrado el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998) y en el año 1999 el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra (1949-1999), fueron necesarios también casi cincuenta años para que la labor de la «Comisión de Jurisdicción Penal Internacional» para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950 (que había presentado en 1994 un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en 1996 el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad) fructificase en Roma (17 de julio de 1998) en el Estatuto, sobre un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los crímenes tipificados en el Estatuto, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, de forma virtual puesto que está pendiente de definición y condiciones, el crimen de agresión. Se excluyeron, pendientes de la Conferencia de Revisión del Estatuto, los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional.

### 4. EL DERECHO APLICABLE Y LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En la materia que analizamos debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada, enumera el artículo 21 del Estatuto, cuando determina que la Corte aplicará:

1.º El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

2.º Los Elementos del crimen (art. 9 del Estatuto) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que ha aprobado ya la Asamblea de los Estados-Partes.

3.º Los tratados y los principios y normas de Derecho internacional aplicables, incluidos los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4.º Los principios generales de derecho, que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

En todo caso, la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos, en los términos que se establecen en el propio Estatuto.

La jerarquía de fuentes que establece el citado artículo 21 del Estatuto ha de ser interpretada sin perder de vista que la Corte Penal Internacional es, ante todo, un Tribunal penal instituido para ejercer jurisdicción sobre personas (no sobre Estados) respecto de crímenes (artículo 1 del Estatuto), enjuiciando y, en su caso, imponiendo una pena a la persona declarada culpable (artículo 77 del Estatuto). No es pues una nueva especie de Tribunal Internacional con competencias penales, sino un auténtico Tribunal de naturaleza penal y ello significa un cambio profundo en la jerarquización de las fuentes del derecho aplicable. Hay, sin embargo, autores que siguen hablando de Derecho Internacional Penal y proponiendo el traslado al ámbito judicial penal de la doctrina de las fuentes del Derecho Internacional general. Lo que resulta aceptable en la interpretación de todo tratado internacional, y lo es sin duda el Estatuto de Roma, tiene el límite infranqueable del principio de legalidad penal (como veremos enseguida) a la hora de enjuiciar los crímenes de su competencia, si queremos que la Corte tenga la consideración de un Tribunal de Justicia penal independiente, que cumpla con elementales exigencias del Estado de Derecho. El carácter embrionario de sus precedentes (Nüremberg y Tokio o los constituidos para la ex-Yugoslavia o Ruanda en La Haya o Arusha) no debe hacernos perder de vista el paso decisivo que ha dado el Estatuto de Roma al establecer entre los principios generales, no lo olvidemos, del DERECHO PENAL (Parte III del Estatuto), el principio «nullum crimen sine lege» en el artículo 22, justamente a continuación del precepto que determina el derecho aplicable (artículo 21). Ahora bien, si es cierto que la teoría de las fuentes del derecho aplicable por la Corte debe estar limitada en

materia penal por el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y predeterminación normativa (art. 22 del Estatuto), también lo es la existencia de problemas de interpretación por la naturaleza de los llamados Elementos de los Crímenes (art.9). En efecto, se trata de unos elementos que ayudan a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto y como tales se mencionan en el artículo 21, si bien con una jerarquía normativa siempre subordinada al propio Estatuto. Sin embargo, parece incontestable concluir, ante el monopolio tipificador del Estatuto, que los Elementos de los Crímenes no pueden ir más allá de las descripciones típicas de los citados artículos 6, 7 y 8. Y esta sería una interpretación integradora del contenido de los artículos 9, 21 y 22 del Estatuto, aún cuando debemos reconocer las dificultades para precisar la naturaleza de los Elementos como norma jurídica «sui generis».

### III. EL PROCESO DE APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA

La Conferencia Diplomática de Roma se celebró desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998 en la sede de la FAO y participaron delegaciones de 160 Estados, a los que se sumaron 133 Organizaciones Internacionales Gubernamentales y No Gubernamentales a título de observadores, entre los que se encontraba el Comité Internacional de la Cruz Roja. En el año 1989, al final de la «guerra fría», Trinidad y Tobago había propuesto y conseguido de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se pusiera en marcha una idea que estaba paralizada desde el término de la Segunda Guerra Mundial. La materia fue objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que llegó a elaborar un Estatuto de la llamada Corte Penal Internacional permanente (1994) y un Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad (1996). Al ponerse en marcha el proceso se constituyó un Comité Preparatorio de la Conferencia Diplomática que preparó un texto consolidado pero lleno de cuestiones polémicas, nada menos que mil setecientas, que se hacían figurar entre corchetes en el texto sometido a debate.

La delegación española, presidida por el Embajador Yañez-Barnuevo, recibió el apoyo unánime del Congreso de los Diputados en orden a contribuir positivamente a la aprobación del Estatuto de Roma y, por tanto, a la creación de una Corte penal internacional permanente, universal e independiente.

En todo caso la tarea de la Conferencia de Roma parecía casi irrealizable, dado el gran número de cuestiones sobre las que no había consenso

y el escaso tiempo para lograrlo (cinco semanas), pero finalmente se produjo el «milagro» y el Estatuto fue aprobado por votación no registrada: 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. De las intervenciones anteriores y posteriores a la votación pudo deducirse el voto en contra de Estados Unidos de América, China, Israel, Libia, Irak, Qatar y probablemente India (o Yemen).

Fue fundamental para la elaboración y aprobación del Estatuto la constitución de un grupo de Estados «afines», «pilotos» o «like minded», decididos partidarios de una Corte Penal Internacional independiente. Llegaron a ser 66 Estados, con mayoría de los europeos (toda la Unión Europea, excepto Francia), iberoamericanos y africanos (liderados los de habla francesa por Senegal y los de habla inglesa por Sudáfrica).

Destacó la postura, a veces reticente, de las grandes potencias, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Al final, Estados Unidos de América y China votaron en contra y Francia, Reino Unido y Rusia a favor.

Algunos otros Estados fueron abiertamente contrarios a la misma idea de una Corte Penal Internacional como la mayoría de los países islámicos o del sudeste asiático, aunque finalmente se logró la gran mayoría de 120 votos favorables. La postura del grupo de Estados no alineados fue fundamental para conformar tan contundente votación mayoritaria y únicamente 21 abstenciones.

Las cuestiones polémicas fueron numerosas. Destacamos las más relevantes. En primer lugar, una competencia «ratione materiae» reducida al crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, de forma casi testimonial, al crimen de agresión. Pendientes para una futura Conferencia de revisión (año 2009) los crímenes de terrorismo y narcotráfico internacional. En segundo término, el establecimiento de un «umbral», pues no todos los crímenes previstos en el Estatuto podrán ser conocidos por la Corte, sino únicamente las situaciones en las que tales crímenes sean perpetrados de forma sistemática o masiva.

En tercer lugar, se limitaron las facultades del Fiscal independiente que deberá recabar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte para iniciar una investigación, adoptar determinadas medidas procesales o confirmar los cargos. Se afirmó, en cuarto lugar, el carácter complementario de la Corte respecto de la actuación de los Tribunales Penales Nacionales, pero no la subsidiariedad ya que la Corte Penal Internacional puede determinar su propia competencia.

Sin duda la cuestión más debatida en la Conferencia Diplomática de Roma fue la determinación de los sistemas para el ejercicio de la compe-

tencia. Se establecieron tres vías: a) la remisión de una situación por un Estado parte al Fiscal. b) La iniciación «motu proprio» de una investigación por el Fiscal. c) La remisión de una situación por el Consejo de Seguridad a la Corte. En los supuestos a) y b) es necesario, además, que sea Parte en el Estatuto (o haya aceptado la competencia de la Corte para el asunto) aquel Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen o aquel Estado del que sea nacional el presunto culpable. Criterios o nexos competenciales alternativos que no son precisos cuando el asunto es remitido por el Consejo de Seguridad.

Se pretendió por algunos Estados «una Corte a la carta», es decir la posibilidad de que los Estados aceptaran la competencia de la Corte únicamente para determinados crímenes, con exclusión de otros previstos en el Estatuto («opting in», «opting out»). Como testimonio residual de esta postura se llegó al consenso para mantener el artículo 124 del Estatuto, según el cual un Estado Parte puede declarar, al tiempo que ratifica, que no aceptará (durante un periodo de siete años) la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio. Solo han hecho uso de esta declaración Francia y Colombia.

Las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas fueron también objeto de discusión y se concretaron finalmente en la posibilidad de que el Consejo pueda pedir (y obtener) la suspensión (o no iniciación) de una investigación o enjuiciamiento iniciado por la Corte Penal Internacional, con arreglo al Capítulo VII de la Carta. Petición que puede ser renovada cada doce meses.

El crimen de agresión, aunque previsto entre los delitos de la competencia de la Corte, se encuentra pendiente de definición y de enunciar las condiciones en las que la Corte podrá ejercer su competencia, por lo que no podrá ser perseguido hasta que se cumplan estas condiciones en la próxima Conferencia de revisión del Estatuto (año 2009).

La imposición de la pena de muerte fue asimismo debatida, pero la mayoría de los países consideraron inaceptable su previsión. Así las penas establecidas son la de reclusión a perpetuidad (con un sistema de re-examen de la pena, cuando se lleven cumplidos 25 años de prisión) y la reclusión de uno a treinta años, además de las penas facultativas de multa y decomiso.

Cuestiones polémicas fueron la protección de los secretos de Estado (información que afecte a la seguridad nacional), los principios generales del derecho penal y la posición de las víctimas en el proceso ante la Corte.

En definitiva, los principios generales que presiden el Estatuto de la Corte Penal Internacional son los siguientes:

- 1.º Carácter permanente
- 2.º Independencia
- 3.º Pretensión de universalidad
- 4.º Vinculación al sistema de las Naciones Unidas
- 5.º Competencia limitada a los crímenes de mayor trascendencia
- 6.º Competencia sólo sobre las situaciones graves (umbral)
- 7.º Complementariedad respecto a los Tribunales nacionales
- 8.º Irretroactividad
- 9.º Jurisdicción sobre las personas y no sobre los Estados
10. Capacidad jurídica y personalidad internacional

#### IV. LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Los artículos 5 a 8 del Estatuto describen los crímenes de la competencia de la Corte, es decir los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, reducidos finalmente a cuatro familias de delitos:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión (éste último pendiente de definición y condiciones para su aplicación).

Nos referiremos muy brevemente a las tres primeras categorías de crímenes, relacionándolas con los principios generales del derecho penal recogidos en el Estatuto.

##### 1. EL CRIMEN DE GENOCIDIO

La definición o descripción que hace el artículo 6 del crimen de genocidio reproduce literalmente el artículo 2 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948. Lo que realmente caracteriza a este crimen internacional es la existencia de un elemento subjetivo del injusto constituido por la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

A diferencia de los restantes crímenes de la competencia de la Corte, no se ha creído necesario establecer un «umbral» como hace el Estatuto en los crímenes de lesa humanidad (como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil), aunque la utilización del plural o

de un sujeto colectivo para describir el sujeto pasivo («miembros del grupo», «grupo» o «niños») deja fuera del tipo las acciones aisladas dirigidas contra una sola persona, a diferencia de lo que se interpreta de la lectura del artículo 607 de nuestro Código penal.

Siguiendo fielmente la citada norma internacional, el Estatuto tipifica en sus apartados a) y b) del artículo 6 el llamado «genocidio físico» (matanza o lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo), mientras que el «genocidio biológico» aparece descrito en los apartados c) y d) del mismo precepto (Sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo, total o parcial, y las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo) y como «genocidio cultural» puede considerarse la conducta incriminada en el apartado e), consistente en el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En los trabajos de la Comisión Preparatoria constituida en las Naciones Unidas para preparar, entre otros textos, los «Elementos de los crímenes», se consideró la inclusión como genocidio de los actos de tortura, violación, violencia sexual, depuración étnica o tratos inhumanos o degradantes, habiéndose presentado una propuesta muy apoyada para que se establezca que el sujeto pasivo fuera menor de 18 años, en el caso de traslado forzoso de niños.

Dos preceptos integrados en los principios generales del Derecho penal hacen expresa referencia al crimen de genocidio. En el primero (art.25.3.e) del Estatuto) se incrimina específicamente la instigación directa y pública a que se cometa genocidio. Conducta que guarda mayor relación con la apología como modalidad de provocación del artículo 18 (en relación con el artículo 615) que con la mal llamada apología del genocidio (que realmente es una apología de la ideología genocida) incriminada en el número 2 del artículo 607, todos ellos de nuestro Código penal.

El segundo precepto (número 2 del artículo 33 del Estatuto) establece una discutible presunción «iure et de iure» (que no admite prueba en contrario) de la manifiesta ilicitud de una orden de comisión del crimen de genocidio.

## 2. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Lo primero que hace el artículo 7 del Estatuto es establecer un «umbral» para estos crímenes de la competencia de la Corte, puesto que las conductas incriminadas tienen que cometerse como parte de un ataque

generalizado o sistemático contra una población civil, siendo destacable que basta que el ataque sea sistemático o generalizado, pues se trata de conductas alternativas, y además se concreta el sujeto pasivo en la población civil, exigiendo el tipo que el sujeto activo tenga conocimiento de que su acción u omisión forma parte de tal programado o masivo ataque. Por otra parte, resulta indiferente que estos crímenes se cometan en tiempo de paz o conflicto armado.

En algunos de éstos crímenes se exige, como elemento subjetivo o dolo específico, una intención concreta por parte del autor, como en el «exterminio» (encaminado a causar la destrucción de parte de una población), en el crimen de persecución de un grupo o colectividad con identidad propia (por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional), acción muy próxima la genocidio, así como en el embarazo forzado (con la intención de modificar la composición étnica de una población...), en el crimen de «apartheid» (intención de mantener un régimen de opresión y dominación racial) o en la desaparición forzada de personas (con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado).

Los crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7.1 del Estatuto son los siguientes:

a) Asesinato. b) Exterminio. c) Esclavitud. d) Deportación o traslado forzoso de población. e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional. f) Tortura. g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable. h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte. i) Desaparición forzada de personas. j) El crimen de apartheid. Y k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Lo más relevante de este largo precepto y lo que integra la gran novedad del Estatuto es que, por primera vez, se tipifica sistemáticamente la familia de los crímenes de lesa humanidad, pues no merecían tal consideración la concepción de Nuremberg, ni la contenida en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc» para la ex-Yugoslavia y



Ruanda (artículos 5 y 3, respectivamente), ni mucho menos la descripción inserta en los numerosos Convenios internacionales relativos a la materia.

Pero es que, además, respetuoso el Estatuto con el principio de tipicidad en su vertiente de taxatividad, define casi todos los crímenes de esta familia delictiva, a excepción del asesinato, de la encarcelación ilegal (éste último dotado de un elemento normativo decisorio), de algunos abusos sexuales graves (excepto el embarazo forzado) y, lógicamente, del tipo residual integrado por otros actos inhumanos de carácter similar.

Así pues, las cuidadas definiciones aportan mayor certeza a las descripciones típicas y merecen, en general, un juicio favorable. Se define, en primer lugar, el «ataque a la población civil», pero no que es «población civil», acaso porque ya está definida en el artículo 50 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra. A continuación se definen el exterminio (conducta colindante con el genocidio biológico), la esclavitud (inspirada en el Convenio de 1926 y en la Convención de 1956), la deportación o traslado forzoso de población (con un elemento negativo de injusto de carácter normativo, pues remite a motivos autorizados por el derecho internacional), la tortura (con una definición muy amplia que se aparta decididamente de la contenida en el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, pues no exige especial cualificación del sujeto activo ni la concurrencia del elemento finalista), el embarazo forzado (que, tras una gran polémica, salva las normas de derecho interno relativas al embarazo), la persecución (crimen enormemente complejo y también lindante con el genocidio, que supone una de las novedades del Estatuto y que, al exigir el tipo una conexión con cualquier otro crimen de lesa humanidad o crimen de la competencia de la Corte, configura un tipo abierto lleno de posibilidades incriminatorias de múltiples violaciones de los derechos humanos y derecho internacional humanitario, al tiempo que es respetuoso con el principio de legalidad criminal), el crimen de apartheid (rigurosa novedad propuesta por Sudáfrica), la desaparición forzada de personas (cuyo sujeto activo curiosamente debe ser el Estado o una organización política, pese a que según el art.25.1 la Corte tiene competencia únicamente respecto de las personas naturales) y, finalmente, la controvertida definición del término «género» (que se refiere de forma excluyente y categórica a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad).

Durante la Conferencia Diplomática de Roma se planteó a iniciativa de algunos Estados la posibilidad de incluir al terrorismo como crimen de la competencia de la Corte (que conoce, no lo olvidemos, de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad) dentro de los llamados crímenes de lesa humanidad. La propuesta fracasó por las dificultades para definir

el terrorismo, pues algunos Estados querían excluir de su concepto los actos de violencia (aún indiscriminada) realizados por los movimientos de liberación nacional. Pero, aún superando los problemas de la definición, numerosos Estados allí representados (entre ellos algunos de nuestra cultura occidental) argumentaron que el terrorismo no podía ser incluido entre los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, basta leer el artículo 7 del Estatuto de Roma, para interpretar fácilmente que los ataques masivos o sistemáticos contra la población civil, realizados como parte de un plan o una política de un Estado o un grupo social, pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad cuando producen alguna de las consecuencias que describe el propio precepto (asesinatos, desapariciones forzadas, exterminio u otros resultados lesivos). Los actos terroristas pueden ser, en definitiva, tipificados en el artículo 7 del Estatuto de Roma como crímenes contra la humanidad.

Roberta Arnold en su monografía «La Corte Penal Internacional como nuevo instrumento para la represión del terrorismo» nos proporciona una definición del terrorismo como «actos de violencia indiscriminada, desproporcionada e innecesaria dirigidos a crear un temor intenso en relación con objetivos inocentes (normalmente civiles) y con el propósito de coaccionar a la parte adversa para satisfacer una petición política». Esta autora concluye que las previsiones de los crímenes nucleares del Estatuto de la Corte Penal Internacional, combinadas con los convenios multilaterales antiterroristas, pueden proporcionar una base suficiente para un enjuiciamiento completo de los actos terroristas (por la Corte Penal Internacional), pese a la ausencia de una definición universalmente aceptada de éste fenómeno. En el mismo sentido se pronuncia Andrea Gioia cuando considera que gran parte de los actos comúnmente considerados como actos terroristas son calificables como crímenes internacionales a la luz del derecho consuetudinario, en particular integran crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

Por último, apuntaremos que, también con respecto a los crímenes de lesa humanidad, se establece en el artículo 33.2 del Estatuto la presunción «*iuris et de iure*» de la manifiesta ilicitud de una orden de comisión de tales crímenes.

### 3. LOS CRÍMENES DE GUERRA

El extenso artículo 8 del Estatuto tipifica los crímenes de guerra, no sin antes establecer en su número 1 lo que puede considerarse como un umbral, pues será competente la Corte «en particular» cuando se cometan

como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. La expresión «en particular», producto del consenso, nos deja sin saber si se trata realmente de un «umbral» o si tan poco afortunada frase marca la competencia indudable sin rechazar que la Corte pueda conocer en otros supuestos. La dificultad para inclinarse por una u otra interpretación se puede trasladar, si no se aclara en la elaboración de los «Elementos de los crímenes», a las cuestiones de admisibilidad que deben ser resueltas por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte.

Uno de los mayores avances del Estatuto fue, sin duda, que la tipificación de los crímenes de guerra pudiera abarcar los cometidos en los conflictos armados no internacionales. Así se otorga protección penal a la persona humana en toda clase de conflictos armados, superando la estrecha regulación que establecía la obligación de proporcionar adecuadas sanciones penales (al menos en el derecho interno) únicamente a los responsables de infracciones graves cometidas en un conflicto armado internacional.

De forma que el número 2 del artículo 8 agrupa la familia de los crímenes de guerra en los apartados siguientes:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional.

c) Las violaciones graves del artículo 3 común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional.

d) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables

en los conflictos armados que no sean de índole internacional dentro del marco establecido por el derecho internacional.

Pero no sería suficiente la distinción entre conflictos internacionales y no internacionales (o internos) para delimitar los «crímenes de guerra». Y por ello los Estados se han cuidado de plasmar en los párrafos d) y f) del número 2 del artículo 8 del Estatuto, la exclusión de las situaciones de disturbios o tensiones internas (tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar) del concepto de «crímenes de guerra», de forma que las víctimas de tales disturbios quedan protegidas penalmente por los crímenes de genocidio o de lesa humanidad, en su caso. Y, naturalmente, la incriminación de las violaciones graves cometidas en los conflictos armados internos no afecta a la responsabilidad que incumbe a todos los gobiernos de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo (art.8.3 del Estatuto).

### **3.1. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949**

Tales infracciones graves están recogidas en el artículo 50 del I Convenio (Heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña), artículo 51 del II Convenio (Heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en la mar), artículo 130 del III Convenio (Trato debido a los prisioneros de guerra) y 147 del IV Convenio (Protección de la población civil).

Del examen de estos cuatro Convenios de Ginebra, que son normas de universal aceptación (192 Estados los han ratificado y es lugar común que sus preceptos forman parte del derecho internacional consuetudinario), se puede deducir quienes son los sujetos pasivos de estos crímenes que el Estatuto denomina «personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente». En ocasiones, sin embargo, la tarea de identificar el sujeto pasivo (que es, a la vez, sujeto de la acción y víctima) presenta algunas dificultades, como ocurre con el restringido concepto de personas protegidas por el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra, que motivó una discutible sentencia en el caso Tadic juzgado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (sentencia de 7 de mayo de 1997). Y también los artículos 50 del I Convenio de Ginebra, 51 del II Convenio y 147 del IV Convenio se refieren al concepto de bienes protegidos y bienes que no constituyen objetivo militar, a los que habría que añadir los bienes indispensables para supervivencia de la población civil.

Seguidamente en los ocho apartados de este precepto se trasladan literalmente todas las infracciones graves contenidas en los citados artículos de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Podríamos agruparlas en cuatro subgrupos que incriminarían los atentados contra la integridad personal (matar intencionadamente, someter a tortura, tratos inhumanos o experimentos biológicos, infligir grandes sufrimientos y atentados graves contra la integridad física o salud), ataques injustificados contra los bienes (destrucción o apropiación a gran escala, ilícita, arbitraria e injustificada de bienes), violación de los derechos fundamentales de los prisioneros de guerra y otras personas protegidas (obligarles a prestar servicio en las fuerzas enemigas o privarles de un juicio justo e imparcial) y vulneración de derechos básicos de la población civil (deportación, traslado o confinamiento ilegales y toma de rehenes).

### **3.2. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales**

Nada menos que veintiséis apartados integran este grupo de crímenes que, a modo de cajón de sastre, recoge con dudosa sistemática el conteni-

do de diversas normas que integran el derecho internacional aplicable a los conflictos armados de carácter internacional. Tales normas están fundamentalmente integradas por el llamado derecho de La Haya o de la Guerra en sentido clásico (destacando muy particularmente el Reglamento anejo al Convenio IV de La Haya de 1907, sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre), los ya citados cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Convenio para la protección de los bienes culturales de la Haya de 1954, toda la reglamentación dispersa sobre prohibiciones o limitaciones de armas (que nace en la Declaración de San Petersburgo de 1868) y el Protocolo I de 1977 Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra.

Así, tratando de explicar sistemáticamente y superar el desorden con que es tipificada en el Estatuto esta familia de crímenes de guerra, los agruparemos así:

– **INFRACCIONES GRAVES DE LOS CONVENIOS DE LA HAYA DE 1899 o DE 1907** (particularmente del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre) como el ataque a ciudades no defendidas, al enemigo indefenso o que se ha rendido, la perfidia (uso indebido de signos protectores, matar o herir a traición), declarar que no se dará cuartel, destrucciones o confiscaciones indebidas, abolir los derechos de los enemigos u obligarles a tomar parte en operaciones contra su propio país, así como el saqueo de una ciudad.

– **INFRACCIONES GRAVES DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949**, no comprendidas en el apartado a) del número 2 del mismo artículo del Estatuto, como los traslados forzosos, deportaciones o asentamientos en territorio ocupado (IV Convenio), someter a personas en poder del perpetrador a mutilaciones o experimentos médicos (IV Convenio), cometer actos de violencia sexual (IV Convenio), aprovechar la presencia de personas protegidas para lograr la inmunidad de operaciones militares (IV Convenio), atacar a personal y medios sanitarios (I, II y IV Convenio), provocar la inanición de la población civil, privarle de los objetos indispensables de supervivencia y obstaculizar suministros de socorro (IV Convenio).

– **VIOLACIONES GRAVES DEL PROTOCOLO I DE 1977, ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA**, como atacar a la población civil como tal y a objetos civiles, lanzar un ataque a sabiendas de que causará daños a personas y objetos o al medio ambiente que sean excesivos en relación la ventaja militar prevista, cometer ultrajes contra la dignidad de la persona y tratos humillantes y degradantes, así como reclutar o alistar a niños menores de 15 años o utilizarlos en las hostilidades.

– **PROTECCION DE LAS OPERACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS**. A propuesta de España, se consideran crímenes de guerra los

ataques intencionados contra personas o medios de las misiones de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de las N. Unidas.

– PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES, conforme a los Convenios de La Haya de 1899 o 1907, así como al Convenio de La Haya de 1954, de protección de los bienes culturales, aunque la redacción es muy arcaica y limitada a los textos primeramente citados, pese a la propuesta más amplia de España. Así se incriminan los ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.

– UTILIZACION DE CIERTAS ARMAS PROHIBIDAS. Realmente solo se recogen prohibiciones muy antiguas como la del veneno y armas envenenadas (La Haya, 1899 y 1907), los gases asfixiantes, tóxicos y similares (Ginebra, 1925) o las balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano (La Haya, 1899), quedando demorada para la conferencia de revisión del Estatuto la aprobación de una enmienda que determine las armas, proyectiles materiales o métodos de guerra que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o efectos indiscriminados, a condición de que sean objeto de una prohibición completa.

### **3.3. Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949**

Se refiere a las infracciones graves cometidas en caso de conflicto armado no internacional o interno, previstas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, norma de universal aceptación como hemos apuntado antes. El sujeto pasivo debe ser una persona protegida, es decir que no participe directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquiera otra causa.

Se incriminan los actos de violencia contra las personas (homicidio, mutilaciones, tratos crueles y tortura), los ultrajes contra la dignidad personal (tratos humillantes y degradantes), la toma de rehenes y las condenas y ejecuciones sin sentencia previa de un Tribunal con todas las garantías judiciales.

Como hemos anotado antes, el precepto no se aplica a las situaciones de disturbios o tensiones internas como motines, actos aislados y esporádicos de violencia o actos similares.

### **3.4. Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos**

Conforme al párrafo f) del número 2 del artículo 8 del Estatuto, este precepto se aplica, con la exclusión ya expuesta de las situaciones de disturbios o tensiones internas, a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado (conflictos armados internos) cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos armados. No coincide exactamente esta definición con el concepto de conflictos armados sin carácter internacional, contenido en el artículo 1.1 del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que es más restringido al exigir que los «grupos organizados» están bajo un mando responsable y ejerzan sobre una parte de su territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar dicho Protocolo.

En este grupo de crímenes se tipifican infracciones graves tomadas de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 (ataques a bienes culturales y religiosos, saqueo, ataques a traición, declarar que no se dará cuartel o destruir o confiscar bienes innecesariamente), del Protocolo II de 1977 (ataques a la población civil en cuanto tal o a personal o medios sanitarios, los actos de violencia sexual, el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o utilizarlos en las hostilidades, el desplazamiento forzoso de población civil o el sometimiento de personas detenidas a mutilaciones o experimentos no justificados) o imputaciones nuevas como la que, a propuesta de España, castiga los ataques a las personas y recursos en operaciones de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de la ONU.

## **V EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Reconoce el Estatuto en su artículo 22 y de la forma más clásica, el principio «nullum crimen sine lege». Se trata, con esta proclamación, de la adopción del principio de legalidad penal o taxatividad («La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»), tal y como se viene formulando en el sistema continental o romano-germánico, frente a la laxitud propia del derecho penal anglosajón o «common law», que no satisface siempre las garantías de «lex scripta, praevia, certa y stricta» exigibles como

constitucionales en nuestro Estado de derecho (art. 25 de la Constitución española).

Debemos hacer una observación fundamental. Para cumplir con el principio de predeterminación normativa (garantía penal de «*nullum crimen sine praevia lege penale*») hay que construir legalmente la estructura del tipo penal según las reglas de la técnica codificadora criminal, algo muy distinto que la mera plasmación de las prohibiciones o mandatos contenidos en los Convenios internacionales.

No cabe duda que, de la simple comparación entre la relación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad establecida en los artículos 3 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993) y la tipificación de dichos crímenes determinada en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma, es forzoso constatar el gran paso adelante que significa el Estatuto en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad.

Implica también la garantía penal (art. 23, «*Nulla poena sine lege*») sin perjuicio de la crítica que pueda merecer la ausencia de una dosimetría penal, pues no se asigna una pena a cada crimen ni se concretan los criterios de individualización de la sanción (agravantes y atenuantes), siguiéndose aquí el sistema anglosajón que impera en el procedimiento. No obstante, las Reglas de Procedimiento y Prueba se consiguió la aprobación de unos criterios mínimos para la individualización judicial de la pena que, no lo olvidemos, puede extenderse desde un año de prisión a la reclusión perpetua para cualquiera de los crímenes de la competencia de la Corte (arts. 5 a 8 y 77 del Estatuto), por lo que fue fundamental la elaboración de circunstancias atenuantes y agravantes y la limitación de la pena de reclusión a perpetuidad, condicionada a la existencia de una o mas agravantes, según la propuesta de España que fue tomada como base del texto aprobado en la Comisión Preparatoria.

Asimismo, a lo largo del Estatuto, se arbitra la garantía jurisdiccional al constituirse una Corte independiente, imparcial, predeterminada, exclusiva, inamovible, competente y regulada por el Estatuto (particularmente, en su Parte IV). Y, finalmente, se establece la garantía penitenciaria que supone la ejecución de la pena bajo la vigilancia de la Corte, aunque las penas privativas de libertad se ejecuten en establecimientos penitenciarios de los Estados (art. 103), pero siempre sujetas a la supervisión de la Corte (art. 106) que decide también en los supuestos de examen de una reducción de la pena (art. 110).



## VI. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN POR LA CORTE

Siguiendo a la Magistrada Sylvia Steiner, a continuación se describen las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción por la Corte Penal Internacional, según el Estatuto de Roma.

Es necesaria la concurrencia de los requisitos que posibilitan el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia, del tiempo, del territorio y de la persona y, naturalmente, la ausencia de las limitaciones o excepciones previstas en el Estatuto.

La jurisdicción por razón de la materia (*ratione materiae*) se concreta en los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión, cuya persecución está siempre subordinada a la aplicación del principio de complementariedad. Es decir, el ejercicio de la jurisdicción tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1 del Estatuto).

Otra limitación consiste en que debe tratarse de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Concretamente en el caso de los crímenes de lesa humanidad únicamente comprende los actos cometidos «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil». En el supuesto 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».

Cuando se trate del crimen de agresión, se demora el ejercicio de la jurisdicción a la aprobación de una definición de tal crimen y a la determinación de las condiciones para ejercerla.

Por el contrario, la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción primaria, según Sylvia Steiner, para juzgar los delitos contra la administración de justicia previstos en el artículo 70 del Estatuto de Roma.

La jurisdicción temporal (*ratione temporis*) se basa en el criterio de la irretroactividad penal y procesal, derivado de un recto entendimiento del principio de legalidad (*previa lege penale*), pero un Estado Parte puede hacer una declaración (art. 124 del Estatuto) suspendiendo el ejercicio de la jurisdicción de la Corte durante un periodo de siete años para crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio (caso de Francia y Colombia). Y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender la investigación o el enjuiciamiento por periodos de doce meses prorrogables (art. 16 del Estatuto).

La jurisdicción territorial (*ratione loci*) es uno de los nexos competenciales de la Corte y supone que el lugar de comisión del crimen sea el territorio de un Estado Parte, salvo cuando se trate de una situación remitida

por el Consejo de Seguridad, se acepte la jurisdicción voluntariamente por un Estado no Parte o concurran los supuestos de excepción (suspensión por el Consejo de Seguridad o declaración del artículo 124 del Estatuto en el caso de crímenes de guerra).

El ejercicio de la jurisdicción personal (*ratione personae*) se fundamenta en la condición de personas físicas o naturales de los perpetradores (con exclusión de las personas jurídicas) y en su condición de nacionales de un Estado Parte, salvo cuando un Estado no Parte acepte la jurisdicción de la Corte o remita la situación al Consejo de Seguridad. Ahora bien también es necesario que el presunto culpable tenga al menos dieciocho años de edad.

## VII. EL DESARROLLO DEL ESTATUTO DE ROMA Y EL FUTURO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### 1. DESARROLLO

En el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Sin embargo, la evolución de la represión de estos delitos es, en buena parte, la historia de la irresponsabilidad de los autores de los más graves crímenes de alcance universal. Y ello, pese al claro vínculo existente entre la perpetuación de las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos fundamentales y la impunidad (J.A. Carrillo Salcedo).

La primera cuestión que afecta al desarrollo de la Corte Penal Internacional es el proceso de universalidad en la ratificación del Estatuto. En el momento actual, lo han firmado 139 Estados y ratificado 100. Entre ellos, numerosos países europeos (todos los que integran la Unión Europea, numerosos Estados de la Europa del Este y otros países de Europa y afines como Canadá, Australia y Nueva Zelanda), un gran número de Estados Iberoamericanos y del Caribe, muchos países del África subsahariana, escasos Estados de Asia y algunos de Oceanía. Pero todavía no se ha logrado la aceptación universal. Países tan importantes como Estados Unidos de América, China, Rusia, India y la mayoría de los países islámicos están muy lejos de ser Partes en el Estatuto. Prácticamente la mitad de la comunidad internacional.

Pese a todas las dificultades de orden político y técnico, muchas de éstas últimas resueltas en las normas de desarrollo del Estatuto («*Elemen-*

tos de los Crímenes», «Reglas de Procedimiento y Prueba», «Acuerdo de Privilegios e Inmunidades», «Acuerdo entre la Corte y las Naciones Unidas», «Acuerdo de Sede», «Acuerdo de Financiación» o «Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes»), la Asamblea de los Estados Partes ha elegido a los 18 Magistrados y al Fiscal y Fiscales Adjuntos, de forma que la Corte se ha constituido en su sede de La Haya (Países Bajos), nombrado su Secretario y funcionarios, recibido las primeras denuncias de los Estados Partes (Uganda, República Centroafricana y República Democrática del Congo) y comenzado a ejercer sus funciones, lo que es motivo de una sólida esperanza de futuro.

España ratificó el Estatuto de la Corte por Ley Orgánica 6/2000, modificó el Código Penal por Ley Orgánica 15/2003 para adaptarlo (entre otras modificaciones) al Estatuto y promulgó la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

La Corte se organiza en una Presidencia (Presidente y dos Vicepresidentes) y en tres Secciones: la Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Apelaciones. Dentro de cada una de las Secciones funcionan las Salas. Es muy importante la figura del Fiscal, Fiscales adjuntos y Secretaría, donde se constituye una oficina dedicada a la protección de las víctimas y testigos.

## 2. FUTURO

La cuestión fundamental del Estatuto, que puede condicionar su futuro, es el sistema establecido para el ejercicio de la competencia por la Corte. La primera vía consiste en la remisión de una situación por un Estado Parte al Fiscal. La segunda es la iniciación de una investigación «*motu proprio*» por el Fiscal. En uno y otro caso decide la Sala de Cuestiones Preliminares la posible cuestión de admisibilidad, con participación de los Estados interesados. Ahora bien, en estos casos, solo es competente la Corte si es Parte en el Estatuto (o ha aceptado la competencia) el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o bien el Estado del que sea nacional la persona imputada, nexos que funcionan como criterios alternativos de competencia. Esta atribución de competencia motivó el voto en contra y el rechazo del Estatuto por algunos importantes Estados, principalmente los Estados Unidos de América.

Y el tercer mecanismo de competencia es la remisión de una situación a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pero, además, el Consejo puede obtener de la Corte la suspensión de la investiga-

ción o del enjuiciamiento por un plazo de doce meses, renovables. Y esta facultad fue ejercida por la Resolución 1422 (2002) de 12 de julio de 2002, por lo que se refiere a la participación personal de Estados no Partes en el Estatuto de Roma en operaciones autorizadas por las Naciones Unidas. En la propia resolución se expresa la intención de renovar esta petición por periodos sucesivos de doce meses y así se acordó en el año 2003, pero no se ha renovado en los años 2004 y 2005.

Asimismo el Consejo de Seguridad ha acordado por Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, remitir la situación de Darfur (Sudán) desde el 1.º de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional y que el Gobierno de Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur cooperen plenamente con la Corte y el Fiscal y le presten toda la asistencia necesaria en aplicación de tal resolución. Y ello al constatar que la situación en Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y seguridad internacionales (Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).

Sin embargo, tan esperanzadora decisión contiene algunas limitaciones importantes, que expresan en el propio texto de la resolución. La primera consiste en el innecesario recordatorio del artículo 16 del Estatuto, según el cual la Corte no podrá iniciar ninguna investigación ni enjuiciamiento durante un plazo de 12 meses después que el Consejo de Seguridad le haya formulado una petición al efecto. La segunda toma nota de la existencia de los acuerdos mencionados en el artículo 98.2 del Estatuto de Roma (acuerdos de inmunidad). La tercera significa el reconocimiento expreso de que los Estados que no son parte en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto. La cuarta limitación consiste en la decisión de que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán, y no sea Parte en el Estatuto de Roma, se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unidad Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva. Y una quinta y última limitación reconoce que ninguno de los gastos derivados de la remisión a la Corte, incluidos los gastos relativos a las investigaciones o los enjuiciamientos relacionados con dicha remisión, deberán ser sufragados por las Naciones Unidas y que dichos gastos serán abonados por las partes en el Estatuto de Roma y por aquellos Estados que deseen contribuir voluntariamente.

Por otra parte, algunos Estados Partes (Francia y Colombia) han formulado la declaración del artículo 124 del Estatuto (no aceptación de la

competencia de la Corte en materia de crímenes de guerra) y otros (Estados Unidos de América) han utilizado extensivamente la vía del artículo 98.2 del Estatuto para impedir la posible entrega a la Corte de sus nacionales, han declarado su intención de no ser parte en el Estatuto y no considerarse vinculado por su firma o han aprobado leyes internas (como la «*American Servicemember's Protection Act*») que expresan un claro rechazo a la Corte Penal Internacional.

En todo caso, la valoración jurídica de futuro de esta gran institución para el siglo XXI, nos lleva a la concluir que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, es ya una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad.



## LOS PRINCIPIOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS RIESGOS QUE LA AMENAZAN\*

José Rojas Caro  
*General Auditor*  
*Doctor en Derecho*

### I. INTRODUCCIÓN

Señala el Profesor CARRILLO SALCEDO en la presentación de un libro que lleva el sugestivo título «La criminalización de la barbarie» en el que han colaborado diversos internacionalistas que el mismo coordina, que tras la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial existió el sentimiento generalizado de que empezaba una nueva era en que los derechos humanos serían universalmente respetados. Pero las esperanzas se vieron frustradas: la impunidad de los crímenes más atroces ha sido una constante histórica.

Había dos caminos para evitarlo: ensanchando, por un lado, la competencia penal de los Estados respecto de los delitos contra la Comunidad Internacional y el Derecho de gentes y, por otro, creando Tribunales Internacionales.

La primera ampliación de la competencia jurisdiccional de los Estados tuvo lugar históricamente, primero, con el delito de piratería reconociendo luego las leyes internas ó los tratados internacionales la obligación de extraditar o juzgar previéndose una jurisdicción universal para determinados delitos. En esta línea en nuestro Derecho el art. 23.4 de la LOPJ, des-

---

\* Este artículo es una síntesis del Discurso pronunciado por el autor el día 14-XI-04 con motivo de su ingreso como académico de número en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

pués de reconocer el criterio de la territorialidad, de la nacionalidad y el de protección del interés, reconoce el de universalidad como determinante de la competencia de los Tribunales españoles, en delitos que afectan al orden público internacional, como el genocidio, la piratería, la falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución, el narcotráfico y cualquier otro que, según los tratados, deben ser perseguidos en España.

Pero *esa competencia universal de los Estados ha tenido serios obstáculos*: 1.º) Sustancialmente la inmunidad de la que gozan los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de un Gobierno extranjero, que el propio D.I. reconoce. 2.º) La imposibilidad práctica de que esa competencia universal la ejercite un Estado pequeño contra gobernantes de un Estado poderoso. 3.º) La evidencia de que ha habido Estados que burlan la competencia sobre sus propios nacionales cuando estos son gobernantes, con Leyes de punto final y obediencia debida, obstaculizando el castigo de crímenes gravísimos contra la humanidad cometidos en su propio territorio. 4.º) Incluso en nuestro propio Derecho hay que llamar la atención en este sentido sobre la Sentencia de la Sala 2.ª de 25-2-2003 que restringe sensiblemente el sentido del art. 23.4 LOPJ al declarar que la soberanía estatal –y en consecuencia la jurisdicción– no puede ser reconocida unilateralmente más allá del territorio sino mediante convenios ó tratados ó por estimarse consolidada costumbre internacional, interpretación ésta que el voto particular que acompaña la Sentencia, no duda en calificar, a mi juicio con razón, como interpretación «contra legem».

Pero, aparte los evidentes obstáculos a la competencia universal de los Estados, hay otra razón de peso que justifica la justicia internacional, y es la *internacionalización de ciertas materias de justicia penal*. Pues existe hoy una fuerte convicción de que la defensa de los derechos humanos fundamentales ha dejado de ser algo privativo de la soberanía de cada Estado, porque afecta a valores e intereses vitales de la Comunidad Internacional. La Humanidad, se ha dicho certeramente, no es solo un conjunto de naciones –tal como era contemplada tradicionalmente por el Derecho–; es también, y prioritariamente, un conjunto de seres humanos. Y eso significa que el ser humano pasa a ser sujeto –y también objeto– del D.I. Hasta ahora solo los Estados lo eran. En este sentido ya veremos como el Estatuto de Roma (en lo sucesivo E.R.) dispone que la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

Pues bien: estos fenómenos –la insuficiencia de la justicia nacional de un lado, y la defensa de los derechos humanos fundamentales de otro,– han determinado que la creación de un Tribunal Penal Internacional se ofrezca como la mejor alternativa, y que la aprobación del Estatuto de



Roma creando la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo CPI) se haya considerado un paso de inmensa significación histórica y jurídica en pro de la instauración de una justicia penal internacional permanente para la protección de los derechos humanos universales.

## II. EL ESTATUTO DE ROMA

### 1. APROBACIÓN

El día 17 de julio de 1998 se aprobó en Roma por 120 países, en el seno de la Conferencia diplomática de plenipotenciarios convocada por las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Entró en vigor el 1 de julio de 2002, para lo cual hicieron falta 60 ratificaciones. España —que había firmado el Estatuto el 18 de julio de 1998— autorizó la ratificación del mismo, de conformidad con el art. 93 C.E., mediante Ley Orgánica 6/2000 de 4 de octubre.

Fue aspiración unánime, a fin de que la Corte fuese verdaderamente representativa de la Comunidad Internacional, que el número de los Estados-partes del Estatuto fuera lo más amplio posible, porque de esa manera alcanzaría toda la legitimidad necesaria para actuar en su nombre en asuntos tan importantes y comprometidos como se le van a someter. Y también por un motivo mucho más ramplón, pero enormemente importante a los efectos prácticos, y es que evidentemente a mayor número de Estados la cuota-parte de gastos a pagar por cada uno será menor.

En este punto no deja de ser inquietante que, de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, solo hayan ratificado el Estatuto Francia y el Reino Unido. EEUU, que firmó inicialmente, luego anunció su no ratificación. Rusia lo firmó, pero no lo ha ratificado y China ni lo ha firmado ni lo ha ratificado.

Lo más preocupante es sin duda la actitud negativa de EEUU por tratarse de la nación más poderosa del mundo. Pero en este punto conviene recordar que en los juicios de Nüremberg precisamente el Fiscal estadounidense ROBERT JACKSON declaró: «si ciertos actos y violaciones de tratados se consideran crímenes, son crímenes ya los cometa EEUU o Alemania. No estamos dispuestos —añadía— a establecer una regla de conducta penal para otros que no estemos dispuestos a invocar para nosotros mismos».

No parece que los actuales dirigentes americanos compartan este juicio mesurado, inspirado en el buen sentido y, sobre todo, en una sola vara

de medir. Pues, por ejemplo, JOHN BOLTON –miembro en su día del Gobierno del Presidente Reagan– expresó el 23-7-98 su oposición al Estatuto de Roma, calificándolo como un sistema abstracto cuyo fracaso es seguro. Y este mismo señor fue el que el día 6-5-2002, siendo a la sazón Subsecretario para el control de armamentos quien dirigió en nombre de la Administración BUSH una carta al Secretario General de las Naciones Unidas KOFI ANNAN, dejando sin efecto la firma estampada por el Presidente Clinton en el Estatuto de Roma el 31-12-2000.

Y el Senador JESS HELMS, Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de EEUU, publicó un artículo en el periódico londinense «Financial Times» el día 31-7-98, en el que sugería que los EEUU deberían intentar acabar con la CPI porque dicho Tribunal, eran sus palabras, «pretende someter a juicio la política de seguridad de EEUU». El artículo venía encabezado por este expresivo título: «Nosotros debemos destruir este monstruo».

Con estos asesores no es extraño que el Presidente BUSH vea con preocupación la existencia de una Corte Penal Internacional y haya expresado su temor a la prensa el día 2-7-2003, con estas palabras: «mientras EEUU trabaja para traer la paz a todo el mundo, nuestros diplomáticos y nuestros soldados podrían ser arrastrados ante la Corte».

Pero no sólo es preocupante esta actitud. Es también decepcionante porque contrasta con la larga historia de cooperación norteamericana con otras naciones para promover el imperio de la Ley. Desde Nüremberg hasta los Tribunales «ad hoc» en ejercicio, el liderazgo de EEUU ha sido ejemplar.

Confiamos en que estos problemas queden superados por el tiempo, y, sobre todo, por el buen hacer del Tribunal Penal Internacional.

## 2. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA

¿Qué es el Estatuto de Roma? Es un tratado internacional, multilateral, elaborado y adoptado bajo los auspicios de las Naciones Unidas, que puede inscribirse en una categoría especial a los efectos de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados. Un Tratado Internacional en el que no se admiten –como se admiten en todos los Tratados– reservas a su articulado.

La Comisión tuvo sin embargo tres opciones más: creando la Corte mediante una *resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad* –convirtiendo a la Corte en un órgano subsidiario de una u otro– o

*modificando directamente la Carta*, haciendo de la Corte un órgano principal más de las Naciones Unidas.

Estas tres opciones (resolución de la Asamblea, resolución del Consejo de Seguridad y modificación de la Carta) ofrecían inconvenientes de gran calado que la doctrina ha pormenorizado y en cuyo examen no me detendré, y que llevaron a la Comisión a desecharlas y a optar por el Tratado, que se creyó la mejor.

Efectivamente el Estatuto se aprobó mediante un Tratado abierto a la participación de todos los Estados y es la fórmula más respetuosa con la soberanía estatal pues no hay que olvidar que se produce una importante transferencia de uno de los poderes más sensibles del Estado: el «*ius puniendi*». Como tratado que es posibilita que un Estado se incorpore libremente al mismo, mediante la ratificación ó adhesión y pueda retirarse mediante la simple denuncia que producirá efecto transcurrido un año de su presentación.

### 3. ¿CUAL ES LA FINALIDAD DEL ER?

La finalidad del Estatuto es crear una Corte Penal Internacional que tiene dos características: a) es *permanente*, no como los Tribunales de Nüremberg y Tokio que se limitaron al enjuiciamiento de los principales criminales de la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, ni tampoco como los Tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda que tienen limitadas sus vigencias a la duración del conflicto (ex-Yugoslavia) y a solo las violaciones cometidas en el año 1994 (Ruanda), y b) es *Tribunal independiente*, pues no depende de ningún Estado ni de ninguna potencia vencedora. No depende ni siquiera de las Naciones Unidas, que no han sido parte en el Tratado, aunque es bien cierto que tiene una especial vinculación con el sistema de las Naciones Unidas, como proclama el Preámbulo, y ello se justifica por la acusada relación existente entre las funciones asignadas a la Corte y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Pero si la finalidad primera del Estatuto es crear la Corte, ésta es solo una finalidad instrumental, porque la *finalidad última del mismo* –según reza el Preámbulo– es acabar con la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional y contribuir a su prevención. Estos crímenes son el crimen de genocidio, el de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, éste último aún pendiente de definición.

#### 4. SU CONTENIDO FORMAL

El E.R. no es solo el Tratado fundacional de la CPI, sino que es también el ordenamiento jurídico al que aquélla ha de someterse. Tiene el E.R. 128 artículos distribuidos en 13 partes, precedidas de un Preámbulo, que contemplan los aspectos penales y procesales, como los orgánicos y los de cooperación con los Estados.

Sus normas no aparecen articuladas conforme a una sistemática depurada, muchas son complejas y, a veces, confusas y contradictorias.

El Ordenamiento de la CPI no solo está integrado por el Estatuto sino también por los Elementos de los crímenes –que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6,7 y 8 del E.R., que contienen los diferentes tipos delictivos– y las Reglas de procedimiento y prueba. Ambos instrumentos han sido aprobados por la Asamblea de Estados-partes, en septiembre de 2003 por una mayoría de 2/3.

## II. LOS DOS PERFILES DE LA CORTE

Cuando se examina el E.R. enseguida se advierte que la CPI tiene dos brazos o, si se prefiere, un doble perfil: *un perfil jurisdiccional*, que es el principal y predominante, encarnado en el propio Tribunal de Justicia, y un *perfil administrativo y funcional* encarnado en una Asamblea de Estados-partes que tiene la función preferente de dotar al Tribunal y velar por su funcionamiento y eficacia.

1. La Corte Penal Internacional como Tribunal de Justicia tiene unos órganos que son la Presidencia –que tiene la representación de la Corte–, tres Secciones judiciales –que son la Sección de cuestiones preliminares, Sección de primera instancia y Sección de apelaciones, las tres se distribuyen en Salas que son las que realizan las funciones judiciales de la Corte– el Fiscal y la Secretaría.

El Secretario es el principal órgano administrativo de la Corte y no tiene funciones de fedatario, como en nuestro Derecho, sino que está encargado de prestar servicios al Tribunal.

El ER contiene una serie de normas sobre el estatuto orgánico de los funcionarios de la Corte en orden a su idoneidad, integridad, competencia profesional en materia penal, procesal, internacional, dominio de idiomas, y una normativa sobre faltas y sanciones, cuyo examen pormenorizado excede de los límites de esta exposición.

Dos son las características fundamentales de este Tribunal: su jurisdicción es complementaria y su competencia es limitada.

*La jurisdicción de la Corte es complementaria.* Lo proclama así el art. 1.2 del E.R. al decir que la jurisdicción de la Corte... «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales». En principio, pues, la jurisdicción del Estado es prioritaria y preferente; en su defecto, la jurisdicción de la CPI.

Solamente en dos casos la jurisdicción del Tribunal Internacional es preferente: a) cuando el Estado no quiera o no pueda llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, y b) cuando, habiendo investigado el Estado, luego decida no ejercitar la acción penal (art. 17).

Por lo expuesto es claro que el Estado que pretenda investigar un crimen internacional debe asegurarse dos cosas: 1.º) que sus Leyes tipifican adecuadamente ese delito y 2.º) que sus Tribunales tienen competencia y posibilidades materiales para juzgarlos. Así lo han hecho algunos países. Por lo que se refiere a España el Código Penal de 1995 y el Código Penal Militar de 1985 recogían el genocidio y los crímenes de guerra. Los crímenes de lesa humanidad, que no figuraban en aquellos textos, fueron incorporados por Ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre al Código Penal en el que se han introducido, a este respecto, los arts. 607 bis y 614 bis y modificado los art. 611, 612 y 613. En cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte –que solo estaba recogida para el genocidio– ha sido incorporada por la citada Ley orgánica, que ha entrado en vigor el 1.º del pasado mes de Octubre, que modifica, ampliándolo, el art. 131 del C.P.

Si la jurisdicción de la Corte es complementaria, como acabamos de ver, *la competencia de la Corte es limitada* en cuanto que se circunscribe a los crímenes enumerados en el art. 5 (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) que hayan sido cometidos en el territorio de un Estado parte o por nacionales de un Estado parte o que, aún no siéndolo, excepcionalmente atribuyan competencia a la Corte para un caso concreto (art. 12, 2 y 3).

Solamente en un caso la CPI tiene competencia universal: cuando el Consejo de Seguridad le remite una situación o denuncia. En este caso la CPI conocerá del asunto aún cuando el delito se haya cometido en territorio, o por nacional, de un Estado-no parte.

En todo caso, y esto es fundamental, la Corte tiene *primacía*, a la hora de dilucidar su propia competencia, según resulta del art. 17 ER, lo que implica que la CPI tiene la *competencia para decidir sobre la competencia*. La última palabra, pues, en caso de colisión o conflicto competencial la tiene la Corte, no el Estado-parte.

## 2. La Corte como organización internacional.

Examinada, aunque sea esquemáticamente, la CPI como Tribunal de Justicia veamos ahora la otra cara o el otro perfil de la misma, que es el de una Organización Internacional.

La CPI como Organización Internacional tiene un órgano básico –la Asamblea de Estados-partes– y un órgano representativo y de asistencia del anterior –la Mesa–.

a) La Asamblea de Estados-partes está integrada por todos los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido al Estatuto, cada uno con derecho a voto, debiendo reunirse de forma ordinaria una vez al año.

Las funciones de la Asamblea son tres fundamentalmente: a) *función de producción de normas* en cuanto aprueba el texto de los Elementos de los crímenes y las Reglas de procedimiento y prueba, que fueron aprobados en sesión celebrada en Nueva York en septiembre de 2002, y el texto del Reglamento financiero, el Acuerdo de relación y el de privilegios e inmunidades que fueron aprobados en septiembre de 2003. b) *funciones de gobierno* del Tribunal, en cuanto elige y decreta la separación de los Magistrados, del Fiscal y Fiscal adjunto, así como elige el comité asesor de candidaturas y recomienda al Secretario y c) *funciones meramente administrativas*, en virtud de las cuales supervisa el funcionamiento administrativo de la Corte, supervisa el deber de cooperación de los Estados con el Tribunal y aprueba el presupuesto de la Corte.

Lo que no tiene –ni puede tener– la Asamblea son funciones jurisdiccionales y, por ello, no puede ni debe inmiscuirse en las funciones de la Corte como Tribunal de Justicia.

La Asamblea tendrá una Mesa que estará compuesta de un Presidente, dos vicepresidentes y 18 miembros elegidos por la Asamblea por periodos de tres años, y se reunirán con la periodicidad necesaria pero, al menos, una vez al año.

La Mesa tendrá carácter representativo.

La misión de esta Organización está estatutariamente orientada a dotar al Tribunal de la infraestructura adecuada para el mejor cumplimiento de su función jurisdiccional. Esta organización existe en tanto existe el Tribunal. Aquella cumple, con relación a éste, las funciones que en el plano estatal cumple el órgano de los jueces y la propia Administración pública.

La misión de la Organización, en suma, es surtir, equipar y proveer al Tribunal para su buen funcionamiento. La existencia de este organización no tiene jurídicamente justificación «per se», y, en relación con el Tribunal, cumple una función visiblemente ancilar.

Pues bien: aunque la CPI tenga esos dos perfiles ó órganos que hemos tratado de mostrar –el Tribunal de Justicia, por un lado, y la Organización (Asamblea de Estados y Mesa) por otro– tiene sin embargo una personalidad jurídica única, y así lo proclama el art. 4.1 E.R.

Personalidad que se manifiesta, *en el plano internacional*, ejerciendo la facultad de concluir tratados, que habrán de someterse al Convenio de Viena sobre el Derecho de Tratados, y *en el plano interno* se manifiesta también esa personalidad cuando el E.R. dispone que «la Corte tendrá también la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos» (art. 4.1) con lo cual se le está facultando para realizar todo clase de actos y contratos.

#### IV. LOS PRINCIPIOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

Entendiendo por principios aquellas grandes directrices que inspiran las normas y las instituciones, veamos cuáles son los principios penales y procesales que recoge el Estatuto.

##### 1. PRINCIPIOS PENALES

1.º *El principio de legalidad*, que viene recogido en el E.R. en su doble versión, bajo el aforismo latino «nullum crimen sine lege» y «nulla pena sine lege».

En cuanto a los *delitos*, vienen contemplados el genocidio, el crimen de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El crimen de agresión aún no está definido. Los otros tres vienen tipificados en los arts. 6,7 y 8. Hay que subrayar algo de importancia transcendental: para que sean competencia de la Corte no basta la mera comisión del delito: es preciso que rebasen un *umbral de gravedad*, pues en otro caso el Tribunal puede decretar la inadmisibilidad del asunto.

Ese umbral de gravedad, en los crímenes de guerra, es que el delito se haya cometido «como parte de un plan o política ó como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes» (art. 8.1) y, en el caso de crímenes de lesa humanidad que el delito se cometa «como parte de un ataque generalizado o sistemático» (art. 7.1). En cambio el genocidio es siempre crimen internacional por ser siempre inherente al mismo el ingrediente de gravedad.

En cuanto a la legalidad de las *penas* este tema pueden ofrecer cierto margen a la crítica pues no se asigna una pena a cada crimen, estableciéndose, como criterios a tener en cuenta para imponerla, la gravedad del crimen, las circunstancias personales del condenado y las atenuantes y agravantes. Las penas son: a) reclusión a perpetuidad, b) reclusión hasta 30

años, c) multa y d) decomiso. La reclusión perpetua es bien visible que roza el 25.2 de la Constitución Española que obliga, como se sabe, a que las penas privativas estén orientadas hacia la reinserción, pero ello no es problema porque el art. 80 E.R. permite a España, de ser el Estado de ejecución, rechazar la ejecución en nuestro territorio de esas penas perpetuas.

2.º *Principio de prohibición de la analogía*, complementario del de legalidad.

3.º *Principio de irretroactividad* y de retroactividad solo en lo favorable. Fue éste –el de retroactividad– como se recordará, el principal reproche que se dirigió contra los Tribunales de Nüremberg y Tokio.

4.º *Principio de igualdad*, sin que el cargo oficial de una persona, ni siquiera aunque sea Jefe de Estado o de Gobierno, sea una coraza para gozar de inmunidad ni para reducir la pena.

5.º *Imprescriptibilidad* de los crímenes de la competencia de la Corte.

6.º *La responsabilidad personal*, pues conforme al Estatuto la responsabilidad penal solo podrá imputarse a personas naturales y mayores de 18 años en el momento de la comisión (art. 25.1 y 26).

El precepto sigue la línea marcada por los Estatutos de los Tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda y no la de los Estatutos de Nüremberg y Tokio en los que la responsabilidad penal podía alcanzar no solo a los individuos sino a las organizaciones o grupos, y podían ser inculcados los miembros de esos grupos y organizaciones (Gestapo, S.S., etc.).

7.º *Responsabilidad de los Jefes y otros Superiores*, por los crímenes que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando, autoridad y control efectivo.

## 2. PRINCIPIOS PROCESALES

En términos generales el proceso configurado en el E.R. se ajusta a dos modelos: el *modelo garantista* reflejado en los instrumentos internacionales –como el Convenio europeo de Derechos humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966– y el *modelo predominantemente acusatorio*.

El modelo garantista exige, a favor del inculcado, una serie de derechos minuciosamente relacionados en el Estatuto, en el que ocupan lugares destacados el derecho de presunción de inocencia y el derecho de defensa, con sus correlativos derechos instrumentales.

El modelo acusatorio plasmado en el Estatuto fue un punto de consenso y, en consecuencia, mezcla de varios sistemas jurídicos, lo que quiere



decir que estamos en presencia de un proceso nuevo, «sin generis», acusatorio en su esencia pero que no se corresponde con ningún modelo acusatorio vigente en el mundo. Los principios básicos de este proceso son los siguientes:

1. *Principio de inmediación*, pues todos los Magistrados estarán presentes en cada fase del juicio y en todas las deliberaciones, salvo que alguno se vea imposibilitado en cuyo caso podrá ser sustituido.

2. *Presencia del acusado en el juicio*, sin que quepa el juicio en rebeldía.

3. *Publicidad del juicio*, aunque la Sala podrá decidir que se practiquen diligencias a puerta cerrada, o la presentación de pruebas por medios electrónicos o especiales a fin de proteger a las víctimas o testigos.

4. *Principio de aportación de parte*, aunque en el E.R. hay una concesión al principio de oficialidad en cuanto que la Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos.

5. *Principio de libre valoración de la prueba por la Sala*.

6. *Principio de que sólo la prueba practicada en el juicio sirve para fundamentar la convicción del Tribunal*.

7. *Principio del discovery o descubrimiento o intercambio de informaciones o pruebas*, entre las partes. Este derecho –obligación de intercambio de informaciones o pruebas que tienen las partes– puede ejercitarse bien por el Fiscal, bien la defensa o, en su defecto, por el propio Tribunal.

8. *Principio de que no hay juicio sin acusación*, lo que quiere decir que la acusación es el presupuesto indispensable del juicio.

9. *Principio según el cual no es posible la condena por hechos distintos de los contenidos en la acusación ni contra persona distinta de la acusada*.

10. *Principio de la doble instancia y la prohibición de la «reformatio in peius»*.

11. *Principio de la cosa juzgada material*, que tiene una proyección «ad intra» por lo que se prohíbe que la Corte procese a quien fue condenado o absuelto por los mismos hechos por la Corte, y una proyección «ad extra» que prohíbe que otro Tribunal procese a quien ya fue condenado o absuelto por la Corte.

Pero quizás lo más destacado en el esquema procesal del Estatuto es el llamativo papel que desempeña el Fiscal. Efectivamente *el Fiscal es no solo acusador, sino que también es instructor*, y además como acusador es acusador único, ostentando el monopolio de la acusación.

12. *La doble investidura del Fiscal* –que es nota distintiva del sistema anglosajón– no es desconocida, sin embargo, en nuestro Derecho. Aparte

la discreta función investigadora que el Estatuto del Ministerio Fiscal y la Ley Procesal Ordinaria y la Militar atribuyen actualmente a los Fiscales, subordinada siempre a la intervención del Juez Instructor, en la jurisdicción militar en cambio tuvo en tiempos pasados un notable abolengo esa doble función del Fiscal de investigar y acusar.

Efectivamente a partir de las Ordenanzas de Carlos III la Fiscalía Militar estuvo encarnada, si se trataba de Consejo de Guerra ordinario, en la figura del Sargento Mayor y, si se trataba de Consejo de Guerra de Oficiales Generales, en el Oficial que el Capitán General juzgase idóneo. Esta doble función perduró en el Ejército de Tierra hasta el Código de Justicia Militar de 1890 y, en la Armada, hasta la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina de 1894.

La función investigadora a cargo del Fiscal en el E.R. hace que en el proceso penal ante la Corte *no exista sumario*, sino que lo que hay son *dos investigaciones paralelas* en las que se recogen los materiales de cargo y descargo que han acopiado respectivamente el Fiscal y la Defensa y que estarán recíprocamente a disposición de las partes cuando se celebre el juicio oral, a través de la institución ya citada del «discovery» o intercambio de pruebas.

Ya veremos más adelante cómo la doble función del Fiscal está tan enérgicamente intervenida hasta el punto que puede comprometer su eficacia.

13. *El monopolio acusador* del Fiscal es también una característica del E.R., lo que choca un poco con el sistema del Derecho procesal español en el que el ejercicio de la acción penal no es función exclusiva del Fiscal sino que, en litisconsorcio con el mismo, pueden también ejercitar la acción penal el acusador popular, el acusador particular y el acusador privado, quizás porque el legislador quiso suplir la eventual pasividad del Fiscal y evitar que la acción penal quede sin ejercitar.

¿Cuales han sido las razones de esta marginación de las víctimas o perjudicados en el proceso ante la Corte, a la cual solo pueden dirigirse para hacer observaciones? Podrían invocarse dos razones básicamente:

1. El desbordamiento que se produciría si se admitieran todas las reclamaciones que llegaran al Tribunal lo que pondría en peligro el fluido funcionamiento del mismo condenándole a un atasco permanente. Atascos que son bien conocidos, por cierto, en los Tribunales españoles, y sabemos también –y la jurisprudencia lo tienen declarado– que una importante demora comporta una verdadera denegación de justicia.

2. Hay también un fundamento de Derecho humanitario, en virtud del cual lo que se ha de proteger prioritariamente no son unas víctimas con-

cretas sino la humanidad en su conjunto, lo que explica que el Fiscal –que está presente en todo el procedimiento– deja de estarlo cuando se ha producido el fallo inculpatario. Cuando el procedimiento continúa para que se declare la responsabilidad civil, el Fiscal ya no está presente. Lo que contrasta con la norma de nuestro Derecho procesal en que el Fiscal –haya o no acusación particular– ejercita juntamente con la penal la acción civil.

Lo que no se comprende muy bien desde mi punto de vista es que, privando el E.R. a las víctimas de su condición de parte, se le conceda en cambio legitimación para recurrir en vía de apelación contra el fallo sobre la reparación civil (art. 82.4). Me parece que hay en ello un cierto grado de incoherencia normativa, porque no es lógico ser parte en la apelación sin haber podido serlo antes en la instancia.

## V. RIESGOS QUE AMENAZAN LA INSTITUCIÓN

Para terminar no está de más poner de relieve una serie de peligros que pudieran afectar a la *eficacia de la institución*.

1. El primero de ellos pudiera ser *la colaboración defectuosa de los Estados* con la CPI en materias tan importantes como la entrega del imputado, la detención provisional, práctica de pruebas o el cumplimiento de la pena. La falta de colaboración ó la colaboración defectuosa puede frustrar el fin de la norma penal contenida en el Estatuto.

No deja de ser paradójico que al Estado-parte que se demore en el pago de su contribución financiera se le pueda sancionar con privarle de su derecho a voto en la Asamblea y, en cambio, no se le sancione cuando incumpla sus obligaciones de cooperación.

En todo caso la colaboración de España está asegurada pues la Ley orgánica 18/2003 de 10 de diciembre titulada de «Cooperación con la Corte Penal Internacional» ordena la plena cooperación del Estado Español con la Corte, de conformidad con lo prevenido en el E.R., así como también se contempla la facultad de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal de dirigir, a través del Ministerio de Justicia, solicitudes de cooperación a la Corte que se consideren necesarias en el marco de un proceso que se siguiese en España.

2. El segundo es el *riesgo derivado de los limitados poderes del Fiscal*. Una superficial lectura del E.R. puede producir la impresión de que el Fiscal es un *órgano omnipotente*, y esta creencia ha sido precisamente uno de los argumentos esgrimidos por algunos países para no ratificar el Estatuto de Roma. Pero no es cierto. El Fiscal dista mucho de ser omnipoten-

te. Es cierto que está presente en todas las partes del proceso, en la investigación, en la fase intermedia, en el juicio oral, en la práctica de las pruebas, en la apelación, en la ejecución de la sentencia, etc. Y esto quiere decir que es *omnipresente*, pero no omnipotente. En efecto:

a) En el plano judicial está enérgicamente mediatizado por la Sala de Cuestiones Preliminares, pues necesita autorización de ésta:

- para abrir una investigación cuando el Fiscal actúa de oficio
- para practicar pruebas anticipadas
- para resolver las cuestiones preliminares de competencia y admisibilidad
- para decidir no abrir una investigación si el asunto ha sido promovido por un Estado o el Consejo de Seguridad
- para dictar órdenes de detención
- para confirmar y modificar los cargos presentados y sustituirlos por otros más graves
- incluso, comenzado el juicio, necesitará autorización de la Sala de 1.<sup>a</sup> Instancia para retirar los cargos.

Pero, si importante y aparatoso es el control judicial, no menos intenso es el control político que se ejerce sobre el Fiscal. Efectivamente el E.R. y sus instrumentos complementarios han diseñado una red de sutiles mecanismos tendentes a convertir en buena medida a la Fiscalía en un órgano indirectamente dependiente de la estructura política de la Corte. Así:

- El Fiscal y sus adjuntos se eligen por los Estados-parte.
- La Asamblea y la Mesa tienen sobre el Fiscal y sus adjuntos potestad disciplinaria. Y el problema se agrava pues la remoción del Fiscal puede acordarse por la Asamblea por mayoría absoluta.
- La Asamblea de Estados-parte puede incapacitar por falta de idoneidad al Fiscal y los adjuntos, con lo que se les coloca en una situación de cierta inseguridad jurídica, máxime cuando no se relacionan las causas de incapacitación.

Y, por último la Asamblea de Estados-parte tiene también competencia en materia presupuestaria sobre el Fiscal, siendo ésta una manera muy eficaz de intervenir en las actividades de la Fiscalía si no se le provee de los fondos precisos.

Este intenso control del Fiscal, tanto en el plano judicial como en el político, pudieran hacer del Fiscal un órgano escasamente operativo, lo que pudiera trascender también a la eficacia del órgano judicial.

Pero si los peligros señalados pudieran menoscabar la eficacia de la Corte hay otros dos que pudieran afectar a su prestigio y a su propia viabilidad. Nos referimos a la posible indefensión técnica del imputado y a esa facultad de suspensión que tiene el Consejo de Seguridad.

3. La posible indefensión técnica del imputado. Causa sorpresa el que el E.R. estipule para el imputado y para el acusado el derecho que le asiste a tener defensor de su elección y, si no lo tuviere, a que se le designe defensor de oficio, siempre que lo exija el interés de la justicia. Subrayamos esta última frase: «siempre que lo exija el interés de la justicia». ¿Es que se puede poner en duda que la justicia exija tener abogado defensor? ¿O que una persona tenga abogado y otra no? ¿Puede el interés de la justicia aceptar que el imputado rico tenga abogado de su elección y el pobre no? La discriminación será inaceptable por dos razones:

– La primera fluye directamente de la jurisprudencia del TEDH en su interpretación del art. 6.º del Convenio de Roma, cuando señala que el ejercicio del derecho de defensa ha de ser real y efectivo y que los poderes públicos tienen la obligación de dotar de asistencia jurídica gratuita al inculcado, y que ésta no tiene como único fundamento la falta de recursos económicos, sino también el propio interés de la justicia, entendida ésta como valor superior; valor superior que debe ser interpretado por los Tribunales precisamente para favorecer el derecho de defensa.

– La segunda razón deriva del principio de igualdad de armas. El sistema acusatorio en que se inspiró el E.R. articula un eficaz juego de pesos y contrapesos, y así, frente a los poderes del Fiscal, el imputado debe gozar de garantías equivalentes que pongan freno y límites al poder público perseguidor, llegando a la fase del juicio con plena igualdad de armas en un justo equilibrio confrontativo.

En suma, la barbarie o la monstruosidad del delito cometido debe tener como contrapartida solo la gravedad de la pena imponible; en ningún caso el menoscabo y, mucho menos, la abolición del derecho de defensa.

En este sentido, pues, debe ser interpretado el precepto citado. Si no fuera así y alguna vez se denegase la defensa de oficio en causas en que puedan imponerse penas gravísimas, ello acarrearía el desprestigio de la propia norma jurídica que lo autoriza y del propio Tribunal.

4. La facultad del Consejo de Seguridad de suspender el proceso. Dice así el art. 16 E.R.:

«En caso de que el Consejo de Seguridad de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de 12 meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el C.S. en las mismas condiciones».

Se ha dicho con razón que esta petición de no inicio, ó de suspensión de un procedimiento –al que la Corte necesariamente ha de acceder– peti-

ción además que podrá ser renovada indefinidamente, supone un rudo condicionamiento político del Tribunal por el Consejo ó, mejor, un sometimiento del órgano judicial a los dictados del órgano político.

Es innegable que el precepto envuelve un grave peligro para los ideales de justicia. La justicia no puede ser obstaculizada ni condicionada por ningún poder político y más una justicia que pretende acabar con la impunidad de crímenes atroces.

El precepto, además, no es un simple precepto programático y etéreo. Ya se hizo uso de él tres veces, aunque con éxito solo dos. Fue, primero, la resolución 1422 de 12-7-02 para que se reconociera la impunidad ante la Corte para los integrantes de unas operaciones de mantenimiento de la paz. Detrás de esta petición de suspensión estaba la amenaza de veto por parte de uno de los miembros permanentes del C.S. para renovar el mandato de la operación de mantenimiento de la paz. En síntesis esa nación viene a decir: «o me aseguras la inmunidad para mis soldados ó no los mando a una operación de paz». Luego ha sido la resolución 1487 de 12-6-2003, que prorrogó la anterior en el mismo sentido. El tercer intento relativo al 2004 no ha prosperado hasta la fecha. Estaban muy recientes los abusos y vejaciones ultrajantes contra los prisioneros iraquíes.

Han sido muy duros los términos que a la mejor la doctrina ha merecido este comportamiento al que se ha calificado de chantaje, déspota, cínico, imperialista, etc., pero ello no debe sorprender porque el Estado, autor de ese comportamiento, no aceptó hasta ahora la jurisdicción de ningún Tribunal Internacional.

En todo caso cualquiera que sean los obstáculos con que tropiece el Tribunal Penal Internacional, su existencia es algo a lo que no se puede renunciar en un mundo cada vez más comprometido con el respeto a los derechos humanos.

La viabilidad del Tribunal dependerá del prestigio que sepa granjearse en sus primeras actuaciones y en no olvidar que un paso en falso en sus inicios puede suponer su definitiva caída en desgracia. Es preciso, además, que consiga ganarse la confianza del Consejo de Seguridad sin cuya cooperación será muy difícil una persecución eficaz de los crímenes internacionales y la efectiva imposición de las sanciones.

El Fiscal del Tribunal Penal Internacional –cargo para el que fue designado el jurista argentino Luis Moreno Ocampo– ha declarado que el primer juicio se celebrará a principios de 2005. Y que las dos investigaciones más completas hasta la fecha son las relativas a los crímenes en masa cometidos en el Congo y en Uganda, y hay pendientes otras seis causas

que no ha concretado por razones de confidencialidad. Con el nuevo año, pues, empieza la andadura de la C.PI. Por eso creo que hay fundados motivos para la esperanza.

## BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

1. A. TRUYOL Y SERRA. *Historia del Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid. 1.998.
2. M. DIEZ DE VELASCO. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid. 2.003.
3. J.L. FERNÁNDEZ FLORES. *Un Auditor de Guerra del S. XVI*. Revista Ejército n.º 11, pag. 66.
4. J.A. CARRILLO SALCEDO. Presentación al libro *La criminalización de la barbarie*, coordinado por él mismo. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2.000.
5. J.A. CARDONA LLORENS. Presentación al libro *La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2.003.
6. J.A. YAÑEZ BARRIONUEVO. *El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma*. REDEM n.º 75, enero-junio 2.000. Ministerio de Defensa. 2.000.
7. R. GOMEZ GUILLAMON. *La creación de la Corte Penal Internacional: antecedentes*. REDEM n.º 75. MD. Madrid. 2.000.
8. ERIC RÖTHLISBERGER. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. REDEM n.º 75. MD. Madrid. 2.000.
9. M.D. BLAZQUEZ PEINADO. *La Corte Penal Internacional y su aportación a la teoría general de las Organizaciones Internacionales*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2.003.
10. F. PIGNATELLI Y MECA. *Génesis y contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, que constituye el prólogo al libro Estatuto de la CPI. Antecedentes y textos complementarios. MD. Madrid. 2.003.
11. A.J. RODRIGUEZ CARRION. *Una evaluación no necesariamente crítica de la Corte Penal Internacional* en el libro *La criminalización de la barbarie*, ya citado.
12. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ. *Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional*. REDEM n.º 75. MD. Madrid. 2.000.
13. M. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS. *El establecimiento convencional de la Corte Penal Internacional*, en el libro *La criminalización de la barbarie*, ya citado.

14. H. OLASOLO. *La Corte Penal Internacional ¿donde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Cruz Roja Española. Tirant lo Blanch, Valencia. 2.003.
15. J. ALCAIDE FERNÁNDEZ. *La complementariedad de la CPI y de los Tribunales nacionales: ¿tiempos de ingeniería jurisdiccional?* en el libro *La criminalización de la barbarie*, ya citado.
16. C. GUTIERREZ ESPADA. *Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del Tribunal Penal Internacional*, REDEM n.º 75.MD. Madrid. 2.000.
17. J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO. *Los principios generales de D. Penal en el Estatuto de Roma*, REDEM n.º 75.MD. Madrid. 2.000.
18. M.L. MACHADO ESTEVEZ. *De cómo o Estatuto de Tribunal Penal Internacional certifica un nuovo modelo de Direito Penal*. REDEM n.º 75.MD. Madrid. 2.000.
19. J.L. GOMEZ COLOMER. *La investigación del crimen en el proceso penal ante la CPI*, en la obra *La Corte Penal Internacional coordinado por el mismo y otros*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2.003.
20. D.I. GARCÍA SAN JOSE. *La configuración jurídica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional* en *La criminalización de la barbarie*, ya citado.
21. J.M. GARCÍA LABAJO. *Aspectos procesales del Estatuto de la Corte Penal Internacional: el juicio, los recursos, la cooperación internacional y la ejecución de la pena*. REDEM n.º 75.MD. Madrid. 2.000.
22. M. ARCOS VARGAS. *La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional*, en el libro *La criminalización de la barbarie*, ya citado.
23. M. MARTÍN MARTÍNEZ. *El Fiscal de la Corte Penal Internacional: ¿un nuevo modelo de órgano acusador?* en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 16. 2.002.
24. A. PLANCHADELL GARGALLO, *El Fiscal ante la Corte Penal Internacional*, en la obra colectiva *La Corte Penal Internacional*, ya citada.
25. R. RAGUES y VALLES, *El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX*. La Ley, año XXII, n.º 5289-5290. 2.001.



## **B. ASPECTOS PENALES**



# LOS ACTOS DE TERROR COMO CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Fernando Pignatelli y Meca

## SUMARIO

I. Los actos de terror como crímenes internacionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1. Determinaciones previas. 2. Crímenes de lesa humanidad. 3. Crímenes de guerra. 4. Conclusión: la imposibilidad jurídica de entender incriminados los actos de terror en el Estatuto. II. El principio de jurisdicción universal en la lucha contra el terrorismo. III. Referencias al ordenamiento penal español.

## I. LOS ACTOS DE TERROR COMO CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### 1. DETERMINACIONES PREVIAS

En el artículo 5.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de 17 de julio de 1998, que alumbró la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, no se contiene la incriminación expresa de los *actos de terror o de terrorismo* como crímenes de la competencia de la Corte, no obstante conocer ésta, según el artículo 1 del Estatuto de Roma, de *los crí-*

*menes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto* (1).

En el Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (2) se hacía referencia a la posibilidad de incluir, entre los crímenes de la competencia de la Corte, y dentro de los *crímenes definidos en las disposiciones de los tratados*, al terrorismo internacional, junto al *apartheid*, la tortura, los rehenes, el tráfico ilícito de estupefacientes, los ataques contra el personal de las Naciones Unidas y el personal conexo y las amenazas graves al medio ambiente, si bien se dejaba constancia de la opinión de algunas delegaciones de que el terrorismo internacional no debía incluirse entre tales crímenes, esencialmente por la inexistencia de una tipificación general de dicho crimen. Y en el proyecto de artículo 20, el crimen de guerra consistente en «*cometer actos de terrorismo*» se incluye, como otra violación grave de las leyes y costumbres de la guerra, en el apartado 2 i), y para el caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional, en el apartado 3 d) (3); por el contrario, no aparece entre los hechos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad.

Durante la Conferencia, algunos Estados (Argelia, la India, Sri Lanka y Turquía) plantearon la posibilidad de incluir al terrorismo como crimen de la competencia de la Corte, enunciándolo entre los crímenes de lesa humanidad que se incriminan en el artículo 7 del Estatuto (4). Pero la propuesta no prosperó por la postura de determinados Estados que pretendían excluir del concepto los actos de violencia, aun indiscriminada, realizados por los movimientos de liberación nacional (5), o que, superando los pro-

---

(1) Cfr. ARNOLD, Roberta: «*The ICC as a new instrument for repressing terrorism*». Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2004, pág. 335. «*Terrorism is not encompassed by the ICC Statute as a specific crime*».

(2) Cfr. Documentos oficiales de la Asamblea General. Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento n.º 22 A (A/51/22). Naciones Unidas. Nueva York, 1996. Volumen I, págs. 27 a 29.

(3) *Ibidem*, volumen II (compilación de propuestas), págs. 61 y 63.

(4) Cfr. Doc. A/CONF. 183/C.1/L.27 y A/CONF. 183/C.1/ L.71.

(5) Argelia (apartándose de su posición inicial), Cuba, Djibuti, Egipto, Guinea, Indonesia y Túnez; sobre la cuestión de la falta de definición clara y general del terrorismo, cfr. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulado «*un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*», elaborado por el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, párrafo 160. «*La búsqueda de un acuerdo sobre la definición del terrorismo se topa generalmente con dos obstáculos. El primero es el argumento de que cualquier definición debe incluir el caso de un Estado que use fuerzas armadas contra civiles ... La segunda objeción es que un pueblo bajo ocupación extranjera tiene derecho a resistirse y que una definición del terrorismo no debería derogar ese derecho ... la ocupación de ninguna manera justifica el asesinato de civiles*».

blemas de definición, se oponían a la inclusión del terrorismo entre los crímenes de lesa humanidad (6).

No obstante esta falta de tipificación expresa de los actos terroristas en el Estatuto de Roma, se ha dicho (7) que, en el ámbito penal, el Estatuto es un gran paso adelante en la lucha contra el terrorismo y que éste se encuentra ya incluido en las infracciones castigadas en aquél en tanto que crimen de guerra (a reserva de ciertas clarificaciones), crimen de lesa humanidad (que abarca, en gran parte, el *terrorismo de Estado*) y genocidio y que, al crear la CPI, la comunidad internacional ha hecho una contribución importante tanto a la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas como a la prevención de los actos terroristas. A tenor de lo que, más adelante, se expone, adelantamos que no podemos compartir, en absoluto, estas consideraciones.

Más atinadamente, se ha señalado (8) que basta leer el artículo 7 del Estatuto para interpretar fácilmente que los ataques masivos o sistemáticos contra la población civil, realizados como parte de un plan o una política de un Estado o un grupo social, pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad cuando producen alguna de las consecuencias que describe el propio precepto (asesinatos, desapariciones forzadas, exterminio u otros resultados lesivos).

En todo caso, creemos que las características descriptivas del terrorismo son las de constituir un acto destinado a causar la muerte o lesiones graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo (9).

## 2. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El artículo 7.1 del Estatuto de Roma, a cuyo tenor «*a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque*

---

(6) Argentina, Canadá, Estados Unidos, Francia, etc.

(7) SANDOZ, Yves: «*Lutte contre le terrorisme et droit international: risques et opportunités*» *Revue suisse de droit internationale et de droit européen*, núm. 3/2002, págs. 347 y 348; cfr. GASSER, Hans-Peter: «Actos de terror, “terrorismo” y Derecho internacional humanitario», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2002, Debate humanitario: derecho, políticas, acción. Ginebra, 2003, pág. 231.

(8) Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. «*Actos de terror, conflictos armados y Derecho Internacional Humanitario*». VI Jornadas de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Huelva. Pendiente de publicación.

(9) Cfr. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, párrafo 163 d).

*generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque ...»*, ha despejado alguna de las incertidumbres y ambigüedades que venían caracterizando al concepto de crimen de lesa humanidad, referidas, esencialmente, a su carácter generalizado o sistemático y a su conexión con el conflicto armado.

Ni los Estatutos de Núremberg y Tokio, en sus artículos 6 c) y 5 c), respectivamente, ni la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania de 10 de diciembre de 1945, ni siquiera el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY) de 25 de mayo de 1993 exigen que los hechos o el ataque contra la población civil en que consista este crimen tengan carácter generalizado o sistemático; por el contrario, el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), de 8 de noviembre de 1994, exige que *«los crímenes ... hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil»* (10).

Es evidente que el artículo 7.1 del Estatuto de Roma se inspira, para estimar integrado el tipo delictivo de lesa humanidad en cualquiera de sus formas de comisión que se especifican en los apartados a) a k) del mismo, en el artículo 3 del Estatuto del TPIR, al exigir en las diversas acciones típicas, cuyo núcleo es el constituir por sí mismas o formar parte de un ataque contra una población civil, la concurrencia, alternativa, de los requisitos de generalizado o sistemático en tal ataque.

Es decir, que la violación de uno de los bienes jurídicos protegidos en las distintas modalidades del crimen de lesa humanidad no es, por sí misma, un acto susceptible de ser calificado como tal, pues es necesaria la existencia de requisitos o circunstancias que cualifiquen dicha violación y permitan su consideración como crimen de lesa humanidad.

El carácter *generalizado* o múltiple, extendido, amplio, grande o vasto, vario, plural o repetido, masivo en definitiva, de los actos que se enuncian en los once apartados del artículo 7.1 resulta redundante habida cuenta de que el sujeto pasivo o destinatario de todos ellos ha de ser la población civil, por lo que, visto el concepto plural que de la misma ofrece el artícu-

---

(10) Cfr. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda: *«Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?»*, en *«La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional»*, coordinado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 305 y ss.; cfr. LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M: *«La Corte Penal Internacional»*. Ariel Derecho, Barcelona, 2001, págs. 119 a 126; cfr. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro: *«El concepto de crímenes de lesa humanidad»*. Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000, págs. 218 a 220.

lo 4.1 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949, resulta incontrovertible la naturaleza masiva que habrá de tener cualquiera de estos actos para poder ser subsumido en el artículo 7 del Estatuto de la CPI; a mayor abundamiento, el apartado a) del artículo 7.2 viene a reafirmar la condición múltiple de este carácter generalizado de los actos integrantes del crimen de lesa humanidad cuando, en definición legal, establece que «por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil», debiendo asimilarse la exigencia de *comisión múltiple*, en cuanto amplia, grande o vasta, varia, plural o repetida, a la del carácter generalizado del ataque, lo que, en uno y otro caso, solo puede predicarse de este cuando tiene por destinataria a la población civil (11).

La *población civil* como objeto de los distintos ilícitos calificables de crímenes de lesa humanidad es uno de los elementos que permite otorgar sustantividad propia a esta figura delictiva en el Estatuto de Roma, habida cuenta de que en éste, salvo en el tipo de persecución del artículo 7.2 h), la plasmación normativa de los diversos tipos criminales tiene por sujeto pasivo a la población civil de un Estado con independencia de la existencia o no de determinados vínculos entre el Estado agresor y la parte de la población afectada, lo que constituye un criterio de humanización del Derecho internacional con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; y aunque, en principio, este elemento objetivo del tipo requiere una pluralidad de actos, o, al menos, de víctimas, un acto cometido contra una sola persona puede también constituir, como a continuación veremos, un crimen de lesa humanidad (12).

El carácter *sistemático* de la acción típica de ataque, en cuanto repetida, metódica, organizada o llevada a cabo con arreglo a un sistema, plan o procedimiento racionalmente ordenado a contribuir al logro de la finalidad específica o propia (en definitiva, el elemento intencional o dolo específico) de cada una de las actuaciones comprendidas en los apartados a) a k) del artículo 7.1, en relación con el artículo 7.2 a), a cuyo tenor el *ataque contra una población civil* consiste en «una línea de conducta ... de conformidad con la política de un Estado o de una organización», comporta

---

(11) Sobre el concepto de ataque *generalizado*, cfr. TPIR, *el Fiscal contra Jean Paul Akayesu*, asunto ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, de la Sala Primera de Primera Instancia («the concept of “widespread” may be defined as massive, frequent, large-scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims»).

(12) Cfr. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, ob. cit., págs. 316 y 317.

que, a falta de carácter generalizado o masivo, el acto individual dirigido a una sola víctima puede calificarse de crimen de lesa humanidad si se inscribe en un sistema, se ejecuta según un plan o si presenta un carácter repetitivo, es decir, si constituye un eslabón de una cadena o línea regular de conducta que pueda vincularse a un sistema, a un plan o a una política (13).

Es la conformidad con un plan o política determinada lo que permite establecer la dimensión propia y distinta del crimen de lesa humanidad, que puede, incluso, llegar a identificarse con un hecho individual o aislado que se enmarque dentro de la existencia de tal plan o política (14).

La cláusula del artículo 7.1 del Estatuto de la CPI permite, pues, llegar a la determinación del concepto de crimen de lesa humanidad a través de dos criterios alternativos, cuantitativo o cualitativo, en función de que se tome en cuenta el carácter generalizado o de amplia escala de los crímenes cometidos o el carácter sistemático o planificado de los mismos (15). Pero, en realidad, la exigencia de generalización del ataque a la población civil cobra sentido si dicho requisito, junto con el del carácter sistemático de aquél, se sitúa en la fijación de la gravedad que resulta necesaria para que los hechos susceptibles de ser considerados crímenes de lesa humanidad puedan entrar dentro de la competencia material de la CPI, por lo que estamos ante una manifestación concreta del *principio de complementariedad* al que responde la articulación de dicha competencia (16).

No obstante la amplitud que la redacción disyuntiva de la cláusula del artículo 7.1 del Estatuto comporta, se ve matizada por la definición del

---

(13) Sobre el concepto de ataque *sistemático*, cfr. TPIR, *el Fiscal contra Jean Paul Akayesu*, asunto ICTR-96-4-T. Sentencia de 2 de septiembre de 1998, de la Sala Primera de Primera Instancia («*the concept of "systematic" may be defined as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources*»).

(14) Cfr. LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M., ob. cit., pág. 122. En contra de esta opinión, cfr. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro, ob. cit., pág. 227. «*El terror que exige el tipo penal definido está en toda forma de violencia general, no selectiva, pues produce desasosiego o intranquilidad en la población civil. Ahora bien, la violencia en sí no constituye el delito. El provocar desasosiego no es un fin en sí, sino medio de otros ulteriores. El delito es el medio, proteico y despiadado, de producir aquélla. Pero el fin último del terror es el exterminio o el desplazamiento de la población civil. Por ello, a los efectos del delito de lesa humanidad, el acto aislado carece de sentido*».

(15) Cfr. QUEL LÓPEZ, Francisco Javier: «*La competencia material de los tribunales penales internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados*», en «*Creación de una jurisdicción penal internacional*». Colección Escuela Diplomática n.º 4, Madrid, 2000, pág. 92.

(16) Cfr. LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M., ob. cit., págs. 120 y 121.



artículo 7.2 a). A tal efecto, el concepto de *ataque* que aquí se emplea lo aclara la Introducción a los Elementos de los crímenes de lesa humanidad (17), cuyo punto 3, incisos primero y segundo, señala que *«por “ataque contra una población civil”... se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar»*.

Esta falta de asimilación del ataque con el concepto que del mismo ofrece el artículo 49.1 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 en el contexto de los conflictos armados internacionales debe, forzosamente, ponerse en conexión con el hecho de que, en la definición del crimen de lesa humanidad que ofrece el artículo 7.1 en relación con el 7.2 a), ambos del Estatuto de Roma, se haya prescindido del requisito de la conexión con un conflicto armado que figuraba en los artículos 6 c) del Estatuto de Núremberg y 5 del Estatuto del TPIY, aunque, en realidad, la jurisprudencia de este último tiende a relativizar la conexión del crimen de lesa humanidad con la existencia de un conflicto armado, considerando a éste exclusivamente como una condición de la competencia del TPIY y no como una condición para la existencia de un crimen de lesa humanidad.

En el artículo 7 del Estatuto de Roma, la afortunada ausencia de conexión del género delictivo de lesa humanidad con un conflicto armado, aunque para nada afecta a la propia noción o conformación del crimen, reviste particular importancia en aras de la extensión de la competencia material de la CPI, presentándose, a este respecto, la noción de crimen de lesa humanidad como un instrumento especialmente útil para la ampliación de dicha competencia. Y ello en la medida en que funciona con un cierto carácter subsidiario, permitiendo que resulten inculpa hechos que no encajen dentro de los crímenes de guerra o del genocidio, como figuras que requieren un mayor grado de especialidad (18).

Y, en cuanto a la *conformidad del ataque* con la *«política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política»*, el punto 3, inciso tercero, de los Elementos de los crímenes de lesa humanidad estipula que *«se entiende que la “política ... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliene activamente un ataque de esa índole contra una población civil»*; a su

---

(17) Cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000.

(18) Cfr. LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTINEZ, Magdalena M., ob. cit., pág. 120.

vez, la nota a pie de página 6 aclara que «*la política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización*», si bien, a continuación, añade que «*esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de este tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización*».

La exigencia de comisión del ilícito constitutivo de este crimen en el marco de un ataque determina la necesidad de *organización* en la perpetración del crimen de lesa humanidad; esa instigación o dirección necesaria ha de provenir de un gobierno o de una organización o grupo, lo que tiene como resultado que sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos previstos en el artículo 7 (19). La política a la que el ataque ha de conformarse es una exigencia del carácter generalizado o sistemático de éste y de que se dirija contra la población civil, lo que conduce a insertar necesariamente el crimen de lesa humanidad en un *sistema* basado en el terror o en el que exista una política específicamente encaminada a destruir a determinados grupos de personas previa creación de una situación de terror, lo que supone la *institucionalización* de este como medio o presupuesto de la comisión de las conductas delictivas, y, en definitiva, exige la existencia de *terror de Estado o de grupo o banda*, que es distinto del acto de terror o de terrorismo propiamente dicho (20).

El crimen de lesa humanidad exige, pues, la creación de un clima general de pánico y terror en la población civil a través de una sucesión de actos de violencia ejecutados por procedimientos de riesgo general, directamente por el Estado o sus órganos o por una organización (21), con la aquiescencia, la tolerancia o, al menos, la inactividad cómplice o deliberada del Estado, sin que baste la mera inactividad o falta de acción del Estado o la organización.

---

(19) Cfr. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, ob. cit., págs. 318 y 319.

(20) Cfr. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro, ob. cit., págs. 225 a 227.

(21) Baste citar el siniestro ejemplo de los grupos paramilitares «*Interhamwe*» («*los que matan juntos*») e «*Impuzamugabmi*» («*los que tienen el mismo objetivo*»), creados con financiación gubernamental, de trágico recuerdo en el conflicto de Ruanda. Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: «*El Tribunal Penal Internacional para Ruanda*». Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, enero-junio de 1995, notas a pie de página 2 y 4, págs. 391 a 393.

### 3. CRÍMENES DE GUERRA

El Derecho internacional humanitario convencional prohíbe expresamente y de manera incondicional los actos terroristas (concebidos como el empleo de la violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil) en los conflictos armados (22); dado que el uso de la fuerza contra personas y bienes solo infringe aquella rama del Derecho internacional público cuando la violencia recae sobre no combatientes o bienes civiles o cuando supera las limitaciones que a su ejercicio imponen los instrumentos internacionales, hay que distinguir la violencia que se considera legítima en el conflicto armado de los actos de terror cometidos en éste.

Se ha dicho que el Derecho internacional humanitario aborda el problema desde dos perspectivas (23). En primer lugar, el derecho al empleo de la fuerza y a cometer actos de violencia lícita está limitado a los *combatientes* en el sentido de los artículos 43 y 44.3 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, que son, de otra parte, los únicos que pueden ser objeto, en un conflicto armado, junto con los *objetivos militares*, de un *ataque* entendido en el sentido del artículo 49.1 del Protocolo I Adicional; por su parte, las *personas protegidas*, particularmente la población civil, y los *bienes de carácter civil*, especialmente la infraestructura civil, no son objetivos legítimos de los ataques y nunca deben ser objeto de los mismos. En consecuencia, la violencia contra personas y la destrucción de bienes inherentes al conflicto armado, que es un recurso legítimo, deben distinguirse de la violencia contra personas y la destrucción de bienes que es, asimismo, un rasgo característico del terrorismo, en cuanto que el recurso a la violencia en este último caso es ilícito, aun en conflicto armado, tanto porque los actos de violencia se lleven a cabo sobre no combatientes u objetos civiles, como porque los mismos tengan por finalidad u objeto principal aterrorizar a la población civil, elemento teleológico, éste último, que caracteriza al acto de terror.

En segundo término, el Derecho internacional humanitario nunca autoriza el uso irrestricto de cualquier forma imaginable de violencia contra la parte adversa en un conflicto armado, estableciendo una distinción entre los medios y métodos legítimos de combate y los que no lo son, constituyendo, en ocasiones, el recurso a estos medios y métodos de combate ilícitos un crimen de guerra (24), aunque la utilización de armas

---

(22) Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «*Actos de terror, conflictos armados y Derecho Internacional Humanitario*», ob. cit.

(23) Sobre la cuestión, cfr. GASSER, Hans-Peter, ob. cit., págs. 215 y 216.

(24) *Ibidem*, pág. 216.

(medios de combate) prohibidas, o el uso de perfidia, el ordenar no dar cuartel, el ataque al enemigo fuera de combate, el empleo de métodos que incidentalmente causen muertos o heridos en la población civil o daños a bienes de carácter civil excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista y los que, en general, están destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo, en razón de ello, la salud o la supervivencia de la población, no constituyen actos terroristas, aunque tengan por finalidad aterrorizar a la población civil, sino crímenes de guerra en sentido estricto.

En efecto, el Derecho internacional humanitario convencional se refiere, de modo expreso, a los actos de terror llevados a cabo en el contexto de un conflicto armado internacional en los artículos 33 del Convenio IV de Ginebra de 1949 (que prohíbe «*toda medida de ... terrorismo*») y 51.2 del Protocolo I Adicional de 1977 (que proclama que «*quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil*») y a los perpetrados en el contexto de un conflicto armado sin carácter internacional en los artículos 4.2 d) y h) del Protocolo II Adicional (a cuyo tenor, con respecto a «*todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad ... 2. ... están y quedarán prohibidas en todo tiempo y lugar .... d) los actos de terrorismo ... h) las amenazas de perpetración*» de aquellos actos) y 13.2 del mismo instrumento, cuyo texto es idéntico al del citado artículo 51.2; en esta línea, el artículo 4 d) y h) del Estatuto del TPIR enuncia, entre las «*violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios*», a «*los actos de terrorismo*» y a «*las amenazas de perpetración*» de dichos actos.

Habida cuenta del tenor de los preceptos citados, cabe concluir que se prohíben las actividades terroristas en los conflictos armados en la medida en que estén dirigidas contra personas civiles o contra personas que no participen en las hostilidades o hayan dejado de participar en ellas; y, que, por otro lado, los actos terroristas proscritos son aquellos «*cuya finalidad principal*» es «*aterrorizar a la población civil*», por lo que tales actos son siempre ataques contra personas civiles o no combatientes o ataques indiscriminados, en el sentido del artículo 51.4 del Protocolo I Adicional de 1977, que afectan, por lo general, a la población civil, aunque también están prohibidas las meras amenazas de violencia cuyo objetivo o finalidad sea sembrar el terror entre la población civil (25).

---

(25) *Ibidem*, págs. 216 y 217.

No obstante la prohibición expresa de los actos terroristas en el Derecho internacional humanitario convencional, estos no se contemplan expresamente como crímenes de guerra. Ni los artículos 50 del Convenio I de Ginebra de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV, ni los artículos 11 y 85 del Protocolo I Adicional a aquellos de 1977 contienen mención alguna expresa al terrorismo, ni siquiera en el artículo 85.3 a) del Protocolo I Adicional, que enuncia como infracción grave o crimen de guerra el hecho de «*hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles*», siempre que se cometa intencionalmente y cause la muerte o atente gravemente a la integridad física o a la salud, sin exigir finalidad alguna.

El requisito inexcusable para que el ataque o acto de violencia, o la mera amenaza de ataque, contra la población civil en el contexto de un conflicto armado, internacional o interno, se considere como un acto de terror es la concurrencia del elemento intencional o dolo específico consistente en que el propósito o finalidad del actor al hacer objeto a la población civil de los actos o amenazas de violencia sea, con carácter primordial o prevalente a cualquier otra, la de aterrorizarla, pues de lo que se trata es de proscribir un método de combate que tiene como finalidad, si no exclusiva sí primordial, ocasionar o infundir el terror entre la población civil (26), siendo indiferente que con ello se obtenga o no una ventaja militar.

En el artículo 8 del Estatuto de Roma, el crimen de guerra se caracteriza, esencialmente, por la necesaria concurrencia en él de dos elementos objetivo-normativos precisos para su integración, a saber, el *contexto* o ámbito temporal y la cualificación como *persona protegida* del sujeto pasivo o víctima de tal crimen, elementos que constituyen sendos *particularismos especificantes* de esta figura delictiva, de concurrencia imprescindible para la existencia del crimen de guerra, y que lo diferencian del crimen de lesa humanidad, que, aun cuando morfológicamente puede ser idéntico al de guerra (crímenes de lesa humanidad *de género* del artículo 7.1 g) y crímenes de guerra *de género* del artículo 8.2 b) xxii) y d) vi); la deportación o traslado forzoso de población del artículo 7.1 d) y el sometimiento a deportación o traslado ilegales del artículo 8.2 a) vii), etc.), no tiene un sujeto pasivo cualificado, pues toda persona puede ser víctima del mismo, ni tiene nexo obligado alguno con el conflicto armado, pues puede cometerse, indistintamente, en tiempo de paz o de conflicto armado.

---

(26) Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: «*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal*». Centro de Publicaciones, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pág. 366.

En primer lugar, en el crimen de guerra ha de concurrir, inexcusablemente, la circunstancia, de carácter temporal, del contexto de conflicto armado, de carácter internacional o sin tal carácter, durante el cual y en relación con el cual ha de perpetrarse el crimen (27). Dicho ámbito temporal viene constituido, en puridad, por el conjunto determinado de circunstancias, en este caso de índole bélica, que han de rodear o en el marco o transcurso de las cuales ha de tener lugar la actuación tipificada.

Así pues, para que se configure como crimen de guerra y no como delito de otra índole, el hecho ha de tener relación, directa o indirecta, con el conflicto armado, no pudiendo desvincularse del mismo, aunque no tiene porqué cometerse durante o en el curso de operaciones militares en cuanto tales. En suma, determinada la existencia del conflicto armado, será preciso demostrar la existencia de un nexo de unión entre los actos del acusado y el conflicto en cuyo contexto se produzca el crimen, sin que sea exigible que se trate de una relación directa, pues bastará una conexión lejana de orden espacial o temporal con el conflicto armado; en otras palabras, no se requiere en todo caso la existencia de hostilidades en el tiempo ni en el lugar exacto en el que se lleva a cabo el crimen, bastando que este pueda inscribirse en el marco general del conflicto (28).

La cuestión de la eventual licitud o ilicitud del conflicto armado en cuyo contexto necesariamente se ha de perpetrar el crimen de guerra resulta jurídicamente irrelevante en orden a la integración y calificación de éste, por lo que la sustantividad del crimen de guerra se desliga del factor causal de la injusticia o crimosidad inicial del conflicto como tal; en definitiva, el hecho de pertenecer a las fuerzas del agresor no es un elemento del crimen de guerra ni circunstancia agravante de la responsabilidad (29).

Finalmente, hay que poner de relieve que uno de los mayores *desarrollos* o progresos del Estatuto de Roma, en línea con los que, en el ámbito internacional (bien que reducido a un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*), llevó a cabo el citado artículo 4 del Estatuto del TPIR y en el ámbito interno la Ley belga de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario (modificada

---

(27) Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: «*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*». Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000, págs. 240 a 247.

(28) Cfr. QUEL LÓPEZ, F. Javier ob. cit., pág. 96.

(29) Cfr. sobre esta cuestión QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: «*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*». Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto «Francisco de Vitoria», Madrid, 1955, págs. 573 y 574.

por las Leyes de 10 de febrero de 1999, 10 y 23 de abril de 2003 y 5 de agosto de 2003 -esta última la deroga, incorporando sus preceptos al Código Penal-) y el Capítulo III (artículos 608 a 614) del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal español de 1995, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, es extender la protección penal que se arbitra, indistintamente, a los crímenes cometidos en los conflictos armados de carácter internacional y sin tal carácter.

En efecto, tanto de la rúbrica del artículo 8 del Estatuto como de la propia definición de los tipos delictivos cobijados en el artículo 8.2 a), b) c) y e), resulta que el ámbito temporal de aplicación o entrada en juego del precepto de que se trata, es decir, el contexto, abarca, dentro del concepto de conflicto armado *de carácter internacional*, tanto la guerra interestatal o entre Estados en su más clásico sentido como cualquier otro supuesto de enfrentamiento armado entre idénticos protagonistas, incluso cuando éstos no reconozcan el estado de guerra, y las más atípicas figuras referidas en el artículo 1.4 del Protocolo I Adicional de 1977, cuales son las luchas de los pueblos contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas.

El hecho de que el artículo 1.4 del Protocolo I Adicional otorgue a la ocupación, en línea con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (30), y a las denominadas guerras de liberación nacional la naturaleza jurídica de conflictos armados de carácter internacional significa que el Derecho elaborado para regular los conflictos armados internacionales se aplica *in toto* a la situación de ocupación y a las luchas de los pueblos contra un poder colonial en el ejercicio de su derecho de autodeterminación. Por consiguiente, el Derecho internacional humanitario debe ser plenamente respetado, en situación de ocupación militar, por el ocupante y los grupos de resistencia que luchan contra él y en los conflictos de liberación nacional por la potencia colonial y por los movimientos de liberación, debiendo todos ellos, en una y otra situación, abstenerse de cometer actos de terror, pues la prohibición de los artículos 33 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y 51.2 del Protocolo I Adicional de 1977 de cometer actos terroristas obliga a todos los combatientes, incluidos los que, según el artículo 44.3 del Protocolo I Adicional, en circunstancias de combate estrictamente definidas no se distinguen del entorno o población civil; los combatientes que deciden participar en una guerrilla no

---

(30) Cfr. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, párrafo 148 a). Uno de los elementos de una estrategia general contra el terrorismo es «*poner fin a la ocupación*».

tienen excusa si combinan esta actuación, legítima, con una campaña terrorista, y, por ende, criminal (31).

Y, en todo caso, respecto a la ocupación, la práctica demuestra que hay situaciones en que la noción tradicional de ocupación, basada en el control efectivo del territorio y en la presunción de que la potencia ocupante puede o quiere reemplazar la autoridad del gobierno anterior con la suya, puede ser sustituida, en orden a garantizar la protección cabal de las personas, por un enfoque más *funcional*, cual es el caso de que las fuerzas armadas de un Estado, pese a no ocupar un territorio extranjero en el sentido antes descrito, ejercen sin embargo un control completo y exclusivo sobre personas y/o instalaciones en un territorio durante cierto período de tiempo y con un propósito limitado, sin suplantar a ninguna autoridad interna porque no existe o no está en capacidad de ejercer sus funciones (32).

El conflicto armado que *no sea de índole internacional* abarca los enfrentamientos armados que se producen en el interior de un Estado, siempre que tengan la necesaria intensidad a que se refiere el artículo 1 del Protocolo II Adicional de 1977, o guerra civil en su sentido tradicional, sin que sean descartables situaciones de cierta entidad, aunque falte en alguna de las partes contendientes alguno de los requisitos exigidos por aquel precepto, situaciones incluidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, e, incluso, resulta posible, a tenor de lo previsto en el último inciso del artículo 8.2 f) del Estatuto de la CPI, que una de las partes en el enfrentamiento no sean las fuerzas armadas gubernamentales, como taxativamente exige el Protocolo II Adicional, pues, a modo de *tertium genus*, dicho precepto admite la existencia de un conflicto armado interno, determinante de la operatividad o entrada en juego del Estatuto,

---

(31) En relación con esta cuestión, cfr. Doc PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, cuya nota a pie de página 34 señala que «el término “conflicto armado internacional” incluye la ocupación militar»; cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: «El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra», ob. cit., págs. 243 y 244. La redacción del artículo 8.2 a) y b) del Estatuto de la CPI permite «incluir en el contexto o ámbito temporal de aplicación del artículo 8.2 a) y b) el caso especial de la ocupación, cuando, terminadas las hostilidades, se prorroga en el tiempo, aunque ya no exista realmente lucha armada de clase alguna, es decir, en el supuesto de finalización de las hostilidades activas, en el que la aplicación de las normas internacionales sigue siendo obligatoria por imperativo de lo dispuesto en los artículos 2, común a los cuatro Convenios, y 3 b) del Protocolo I Adicional, por lo que, consecuentemente, el abuso de ellas o su infracción sigue siendo posible y la obligación de su sanción continua vigente»; cfr. GASSER, Hans-Peter, ob. cit., págs. 224 y 225.

(32) Cfr. Doc. 03/IC/09. «El Derecho Internacional Humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos». Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1 de octubre de 2003, págs. 16 y 17.



cuando los enfrentamientos armados tengan lugar, exclusivamente, entre las fuerzas armadas disidentes o entre los grupos armados organizados entre sí (33).

Aunque los conflictos armados internos suelen alcanzar un alto grado de violencia, por lo que no pueden quedar, respecto a la protección de las personas frente a los efectos de las hostilidades, fuera del ámbito del Derecho internacional humanitario (34), es lo cierto que, en aras a un exacerbado respeto al principio de soberanía, no se introdujo en el Protocolo II Adicional de 1977 disposición alguna sobre responsabilidad penal por comportamientos delictivos en los conflictos internos.

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han concluido que los crímenes más atroces cometidos en un conflicto armado no internacional deben ser considerados crímenes internacionales (35), por lo que las normas internacionales son aplicables para enjuiciar a una persona acusada de haber cometido un crimen en un conflicto interno; eso significa que los actos de terror cometidos en un conflicto armado sin carácter internacional pueden constituir crímenes de guerra tal como se definen en los Convenios de Ginebra de 1949 (36) y en el Protocolo I Adicional de 1977.

El artículo 8.1 del Estatuto de Roma, a cuyo tenor *«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»*, contiene lo que puede considerarse como

---

(33) Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *«El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra»*, ob. cit., págs. 173 y 174; cfr. TPIY, *el Fiscal contra Dusko Tadic*, asunto IT-94-1-AR 72. En su decisión de 2 de octubre de 1995, la Sala de Apelaciones afirma (p. 70) que *«existe un conflicto armado siempre que haya un recurso a la fuerza armada entre Estados o un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre estos grupos en el seno del Estado»*, siendo necesario, para que las hostilidades puedan considerarse como conflicto armado, que tengan un nivel de intensidad suficiente.

(34) Cfr. GASSER, Hans-Peter, ob. cit., pág. 221; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: *«Actos de terror, conflictos armados y Derecho internacional humanitario»*, ob. cit.

(35) Cfr. TPIY, *el Fiscal contra Dusko Tadic*, asunto IT-94-1-AR72. Decisión sobre la competencia de 2 de octubre de 1995 de la Sala de Apelaciones; en el mismo sentido, cfr. GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo: *«El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el Asunto Tadic)»*. Revista Española de Derecho Militar, núm. 68, julio-diciembre de 1996, págs. 31 a 36; cfr. JORGE URBINA, Julio: *«La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional»*. Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 156, diciembre de 2000, págs. 229 y 230.

(36) Cfr. GASSER, Hans-Peter, ob. cit., pág. 223.

un *umbral de gravedad* que han de alcanzar los crímenes de guerra para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción sobre los mismos, umbral o nivel de gravedad que vendrá determinado por la concurrencia de uno cualquiera de los dos *criterios alternativos* que establece el artículo 8.1, a saber, el *plan o política* y la *escala*.

En consecuencia, cuando cualquiera de los setenta y un crímenes de guerra que se tipifican en el artículo 8.2 del Estatuto se lleve a cabo o realice como parte ya de un plan o política, ya de la comisión en gran escala de tal suerte de crímenes, la competencia de la CPI resultará incontestable, ello sin perjuicio de que pueda entender la Corte que es competente para conocer de un hecho presuntamente constitutivo de un crimen de guerra de los enumerados en el aludido precepto en el que no concorra ninguna de ambas circunstancias, de acuerdo con lo dispuesto, *a sensu contrario*, en el artículo 17.1 d) del Estatuto, es decir, cuando estime que el asunto resulta ser «*de gravedad suficiente*» como para *no resolver la inadmisibilidad* del mismo, es decir, que la gravedad intrínseca de un hecho no cometido como parte de un plan o política o a gran escala puede determinar su sujeción a la competencia de la Corte (37).

El *plan o política* exige la existencia, previa al conflicto o, en todo caso, a la comisión del crimen, de un proyecto o programa de cosas que se piensa hacer y de cómo se piensa hacerlas; las locuciones *plan* y *política* han de entenderse idénticas a estos efectos conceptuales, habida cuenta de la asimilación que la disyuntiva «o» establece entre ambas. La comisión *en gran escala* de un crimen de guerra implica el carácter masivo o reiterado y, por ende, generalizado de la acción, en el sentido de ser susceptible de recaer, afectar o abarcar a una pluralidad o multiplicidad de objetos, personales o reales.

Constituyen el plan o política y la escala sendos elementos objetivos, cualitativo y cuantitativo, de los tipos en que se concretan los crímenes de guerra, de carácter mixto-alternativo, de concurrencia indispensable para determinar la entrada en juego de la competencia material de la Corte (salvo el criterio de la gravedad intrínseca, ya expuesto), pero no tienen que ser abarcados por el dolo del autor para que se consume la acción típica (38).

---

(37) Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: «*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*», ob. cit., págs. 233 a 236.

(38) *Ibidem*, pág. 236; cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000. No se exige que el autor haya *sido consciente* de la concurrencia o existencia de ninguna de estas circunstancias o elementos objetivos al momento de realizar la acción típica.

En segundo término, el *sujeto pasivo* y el *objeto* del crimen de guerra aparecen restringidos o cualificados en razón de que puedan ser incluidos en el concepto jurídico convencionalmente acuñado de *persona protegida* o de *bien u objeto civil*.

Quienes se incardinan en el concepto jurídico de persona protegida, constitutivo de un elemento normativo de los tipos en que se emplea, son todas aquellas personas a las que, con carácter singular o plural, los instrumentos en que se concreta el Derecho internacional humanitario u otros brindan protección. Solo quienes puedan ser calificados como víctimas del conflicto armado o quienes, por las funciones que, consuetudinaria o convencionalmente, les vienen encomendadas en pro de la protección de dichas víctimas y del alivio o aminoración de las consecuencias del conflicto, desarrollen una actuación tuitiva hacia aquellas, pueden ser considerados sujetos pasivos de este género delictivo.

En consecuencia, mientras que cualquier persona mayor de 18 años puede ser sujeto activo de las incriminaciones contenidas en el artículo 8 del Estatuto, no toda persona puede ser sujeto pasivo de las mismas, sino, tan solo quienes puedan subsumirse en cualquiera de las categorías que integran el concepto jurídico de personas protegidas, y, excepcionalmente, quienes integran el personal participante en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados, en razón de no participar en las hostilidades (39).

La Conferencia Diplomática de Roma no consideró necesario definir el concepto de personas protegidas a que se hace referencia en el artículo 8 del Estatuto de la CPI, por lo que en dicho plural concepto no se introdujo *ex novo* elemento alguno distinto de los expresamente previstos en el Derecho internacional humanitario convencional (artículos 13 y concordantes de los Convenios I y II de Ginebra de 1949 y 4 y concordantes de los Convenios III y IV; artículos 2 c) y d), 8 a), b), c) y d), 41.2, 44, 50 y 90 del Protocolo I Adicional de 1977 y 2 y concordantes del Protocolo II Adicional; artículos 32 y concordantes del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anejo a las Conven-

---

(39) Cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000. Según la nota a pie de página 32, el autor ha de ser consciente «*de circunstancias de hecho que establezcan la condición de personas o bienes protegidos en virtud de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados*».

ciones de La Haya II, de 29 de julio de 1899 y IV, de 18 de octubre de 1907) y en el artículo 1 a) y b) de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994, si bien el texto del precepto va más allá de los límites que el Derecho convencional prevé a la hora de determinar quienes son, conforme a él, personas protegidas, que limita a los supuestos de conflicto armado internacional, pues tanto la propia dicción del artículo 8 como, más específicamente, los apartados c) y e) de su párrafo 2 permiten entender que el concepto de persona protegida se extiende, indistintamente, a los supuestos de conflicto armado internacional e interno (40).

En conclusión, las víctimas de los actos constitutivos de los crímenes que se enumeran en el artículo 8 del Estatuto solo pueden ser, en los conflictos armados internacionales (incluida la ocupación), los heridos, enfermos y náufragos, militares o civiles, el personal sanitario o religioso, igualmente militar o civil, los prisioneros de guerra, las personas civiles (concepto en el que se incluye el personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención de 9 de diciembre de 1994, en los términos antes señalados) y la población civil (concepto éste plural o múltiple, determinado por los artículos 4, párrafo primero, del Convenio IV de Ginebra de 1949 y 50.2 del Protocolo I Adicional de 1977, habida cuenta de que en el mismo se integra una pluralidad de sujetos que han de tener, individualmente, la condición de persona civil) y las personas fuera de combate, y en los conflictos armados que no sean de carácter internacional, las 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 por cualquier otra causa.

El carácter o cualificación de persona protegida de la víctima, es decir, su condición de herido, enfermo o náufrago, miembro del personal sanitario o religioso, prisionero de guerra, miembro de la población civil incluyendo a los miembros del personal de las Naciones Unidas y personal asociado participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria), persona fuera de combate o persona que no participa directamente en las hostilidades, en cuanto circunstancia o elemento de indispensable concurrencia para la integración de los crímenes de guerra del artículo 8 del Estatuto de Roma, viene a constituir, junto con el con-

---

(40) Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *«El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra»*, ob. cit., págs. 247 a 250.

texto de conflicto armado, el más característico *particularismo especificante* del género delictivo de guerra.

Para que en el sujeto pasivo del crimen de guerra concurra la condición de persona protegida no es precisa la condición de que el mismo se encuentre en poder o bajo el control de la parte adversa o de la Potencia ocupante, ni de que sea de nacionalidad distinta al autor (aunque esta pueda ser una regla bastante general en caso de conflicto armado de carácter internacional (41), y, desde luego, absolutamente exigible en los supuestos de ocupación), pues lo único que se exige es que las víctimas pertenezcan a la otra parte en el conflicto (42).

Los bienes civiles objeto de protección en los conflictos armados son los bienes culturales, es decir, los que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, los bienes de carácter civil de la parte adversa, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas y las cosas que no pertenezcan a quien cometa el pillaje, en los términos previstos en el artículo 1 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 y en el Segundo Protocolo de la misma de 26 de marzo de 1999 y en los artículos 53, 54, 56 y 85.3 b) y c) y 4 d) del Protocolo I Adicional de 1977 y 14 a 16 del Protocolo II Adicional.

En todo caso, tanto las circunstancias de hecho que establezcan la existencia de la situación de conflicto armado integrante del contexto en el cual, y en relación con el cual, el acto de terror se perpetra, como las que determinen la condición de persona protegida de la víctima y su pertenencia a la parte adversa en el conflicto o la naturaleza del bien objeto de protección sobre los que recaiga el acto típico, han de ser abarcadas por el dolo del autor, que ha de ser consciente de que lleva a cabo su acción en aquél contexto o sobre aquellas personas o bienes, si bien se trata de un conocimiento no jurídico, no susceptible, por ello, de justificar el error de prohibición o permisión, pero sí susceptible de determi-

---

(41) Sobre la cuestión, cfr. QUEL LÓPEZ, F. Javier, ob. cit., pág. 97. «... *los Convenios de Ginebra exigen como condición esencial para su aplicación que la víctima no sea nacional de la parte en el conflicto en cuyo poder se encuentre. La distinción necesaria entre víctimas y criminales a partir del diferente vínculo de nacionalidad constituye un requisito que se torna de difícil apreciación en aquellas situaciones que, como en el caso de la antigua Yugoslavia, dada la naturaleza del conflicto que tiene como causa y consecuencia el desmembramiento de un Estado, no es posible determinar con claridad la nacionalidad de los combatientes en el momento de la comisión del crimen*».

(42) Cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000. Nota a pie de página 33.

nar la eventual entrada en juego del error de tipo, conocimiento que, obviamente, habrá de concurrir al momento de llevar a cabo la acción típica (43).

#### 4. CONCLUSIÓN: LA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE ENTENDER INCRIMINADOS LOS ACTOS DE TERROR EN EL ESTATUTO

A tenor de lo que ha quedado expuesto, consideramos que los actos de terror como tales no están incriminados en el Estatuto de la CPI ni como crímenes de lesa humanidad del artículo 7 ni como crímenes de guerra del artículo 8, y ello por cuanto que, además de la ausencia del *nomen iuris* al efecto, ni del texto de tales preceptos ni de los Elementos de los Crímenes, que, según el artículo 9 del Estatuto de Roma, «ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto», puede deducirse que en alguno de los crímenes que en ambos artículos se contienen figure, como elemento intencional o dolo específico, el de aterrorizar o intimidar a la población civil u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo (44).

A esta conclusión nos aboca la dificultad que detectamos para incluir, de manera precisa y clara, los actos de terrorismo, como tales, en aquellos preceptos, dificultad que no puede salvarse sin chocar frontalmente con el respeto del principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal y taxatividad y con la proscripción de la analogía, que viene a proclamar, de

---

(43) Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: «La sanción de los crímenes de guerra en el *Derecho* español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal», ob. cit., págs. 177 a 183.

Sobre el contexto o situación de conflicto armado, cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000. La «Introducción» a los Elementos de los crímenes de guerra señala que en estos «únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de ... y que haya estado relacionada con él”».

Sobre la condición de persona protegida de la víctima o de bien protegido de aquellos sobre los que recaiga la acción, cfr. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, notas a pie de página 33 (que, con respecto a los crímenes del artículo 8.2 a), señala que «con respecto a la nacionalidad queda entendido que el autor únicamente tiene que saber que la víctima pertenecía a la otra parte en el conflicto») y 32 (a cuyo tenor, la exigencia del conocimiento por el autor de las circunstancias de hecho «que establezcan la condición de personas o bienes protegidos en virtud de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados» se extiende a los crímenes comprendidos en el artículo 8.2).

(44) Cfr. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, párrafo 164 d).

la forma más clásica, el primer inciso del artículo 22.2 del Estatuto de la CPI, al estipular que *«la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»*.

Como ha reconocido la más acertada doctrina, de la simple comparación entre la relación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad establecida en los artículos 3 y 5 del Estatuto del TPIY y la tipificación de dichos crímenes llevada a cabo en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma es forzoso constatar el gran paso adelante que significa este último en cuanto al respeto de la garantía fundamental del principio de legalidad (45).

El aspecto material de la garantía criminal que comporta el principio de legalidad y la exclusión de la analogía vedan toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios, sin que, de otro lado, la jurisprudencia y la costumbre puedan tener efecto creador de delitos. En definitiva, la máxima *nullum crimen sine lege* es un principio fundamental de cualquier sistema de justicia criminal que pretenda apoyarse en el imperio de la ley, como es el caso, paradigmático, de la CPI; el principio proporciona a la Corte la posibilidad de persecución únicamente con respecto a los crímenes que los Estados Partes han estipulado, clara y exhaustivamente, en el Estatuto (46), vedando toda interpretación analógica o extensiva mediante la que se pretenda incriminar conductas o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidos en la descripción típica.

El principio de legalidad penal y la prohibición de la analogía no permiten entender incriminado el terrorismo en el Estatuto de Roma, pues no se puede sancionar más que lo que ha sido claramente definido y el Derecho internacional penal no puede avanzar mucho más sin este desarrollo previo (47).

Así sancionó la cuestión la Conferencia Diplomática de Roma en el Acta Final de la misma (48), y, a tal efecto, en la Resolución E de su Anexo I, tras reconocer *«que los actos terroristas, por quienquiera y dondequiera que sean perpetrados y cualesquiera que sean sus formas, métodos o*

---

(45) Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: *«Los principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional»*. Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000, págs. 389 a 391.

(46) Sobre la cuestión, cfr. BROOMHALL, Bruce: *«General Principles of Criminal Law»*, en *«Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article»*. Otto Triffterer, editor. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1999, págs. 194 y 195.

(47) Cfr. SANDOZ, Yves, ob. cit., pág. 348.

(48) Cfr. Doc. A/CONF. 183/10\*, de 17 de julio de 1998.

*motivos, constituyen graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional», se manifestó «profundamente alarmada por la persistencia» de este flagelo que constituye una grave amenaza a la paz y la seguridad internacionales y deploró «que no se haya podido llegar a un acuerdo sobre una definición generalmente aceptable de los crímenes de terrorismo ... para que quedaran comprendidos en la competencia de la Corte», si bien, tras afirmar «que el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé un mecanismo de revisión que permite extender en el futuro la competencia de la Corte», concluyó recomendando «que en una Conferencia de Revisión, de conformidad con el artículo 123 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se examinen los crímenes de terrorismo ... con miras a llegar a una definición generalmente aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte».*

Debe, en primer lugar, ponerse de relieve que, sin perjuicio de la aprobación por las Naciones Unidas de una serie de hasta doce convenciones contra el terrorismo (que han sentado importantes bases normativas al respecto, pero que no han sido objeto de una ratificación general), en la actualidad éste no se encuentra conceptualmente definido en el ámbito convencional ni existe tratado universal alguno que lo prohíba categóricamente y que se aplique en toda circunstancia.

Y en relación con esa eventual tarea legislativa de la futura Conferencia de Revisión, a celebrar a partir de julio de 2009, a la que se difiere la definición del concepto de terrorismo y la determinación de sus modalidades, debería tenerse en cuenta el enfoque hasta ahora adoptado, en orden a limitarse a los hechos cometidos en ciertas situaciones o en el marco de una política sistemática, como es actualmente el caso, si bien la introducción del terrorismo como tal en el Estatuto con ocasión de su primera revisión se tropezará, por lo demás, con el problema (49).

La incriminación específica de los crímenes de terrorismo debería tener presentes ciertas características que concurren en los actos de terror, cuales son el carácter no estatal de esta forma de violencia, en general realizada por motivos ideológicos o políticos y que hoy tiene, en sus formas más graves, carácter transnacional; su desconexión con el conflicto armado, en los mismos términos que los crímenes de lesa humanidad; y ante todo, el dolo específico que debe concurrir en tal género delictivo, que es lo que individualiza y distingue a estas conductas, en tanto que actos de terror, de otras en las que la concurrencia de aquel propósito resulta irre-

---

(49) Cfr. SANDOZ, Yves, ob. cit., págs. 347 y 348.



levante en orden a su calificación como actos delictivos, consistente en intimidar a una población civil u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o a abstenerse de hacer algo.

El acto de terrorismo se caracteriza, en lo que atañe al sujeto activo, por su naturaleza necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal, en razón de exigirse una base organizativa que agrupe a los autores en lo que tradicionalmente se denominan bandas o grupos; y en lo que concierne al dolo, en que este se halle presidido, de manera inmediata o próxima, por un elemento tendencial, finalista o teleológico conforme al cual los integrantes del grupo propendan, con sus acciones, espontáneas o concertadas, a turbar el sosiego de la población, despertando en los integrantes de la misma inquietud, sobresalto o desasosiego, y, de manera remota, por la pretensión del grupo de alcanzar determinadas pretensiones, generalmente de índole política o estratégica.

La paz pública, entendida como la tranquilidad social o normalidad ciudadana en la que cotidianamente se desenvuelve la vida cívica, contra la que el acto de terror se dirige, debe verse quebrada por este de una forma más grave o intensa en situación de conflicto armado (incluidos los supuestos del artículo 1.4 del Protocolo I Adicional), por lo que la calificación como crimen de la competencia de la CPI de un acto de terror en tiempo de conflicto armado exigirá, en principio, que este origine mayores daños en personas o cosas o alcance mayor resonancia social, elemento objetivo éste cuya valoración vendrá necesariamente determinada por la ponderación de un conjunto de circunstancias de tiempo, lugar, personas, medios bárbaros o catastróficos utilizados y resultados producidos, que, en el contexto de conflicto armado, podrían, eventualmente, venir sujetos a mayores condicionamientos. Así, en un contexto actual de conflicto armado asimétrico (50), en el que los combatientes compensan su inferioridad militar renunciando a toda posibilidad de sobrevivir al ataque, cuando el acto suicida se dirige contra combatientes u objetivos militares no puede, sin más, caracterizarse, como se viene haciendo con harta ligereza y frecuencia, como acto terrorista y menos aún como crimen de guerra (51);

---

(50) Cfr. MÜNKLER, Herfried: «Las guerras del siglo XXI». Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 849, marzo de 2003, págs. 7 y ss.

(51) *Ibidem*, págs. 18 y ss. «El acto del suicidio es una expresión de desprecio hacia unas sociedades que, por principios de su propia organización social, han repudiado ese sacrificio de la vida o han hecho uso de él sólo metafóricamente. Los estrategas del terror se han dado cuenta de que las sociedades “posheroicas”, con su estilo de vida y su autosuficiencia, son particularmente vulnerables a los ataques de individuos imbuidos del espíritu de martirio. Este es un ejemplo más de la creatividad estratégica que, según Clausewitz, es el rasgo característico del camaleón de la guerra ...»

cosa distinta es que, para realizar el ataque, se utilice indebidamente o de modo p rfido un signo protector o distintivo, especialmente de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de las Naciones Unidas o de Estados neutrales u otros que no sean partes en el conflicto o bandera de parlamento o rendición, supuestos en los que, si no ante un crimen de terrorismo, ciertamente nos hallaríamos ante un supuesto paradigmático de crimen de guerra.

El hecho de que en el interior o inmediata proximidad del objetivo militar contra el que se dirija el ataque, aun suicida, se encuentren no combatientes o, en general, personas protegidas, no convierte, a nuestro juicio, sin más, en ilícito el ataque, a salvo de lo prevenido en los artículos 51 y 57 del Protocolo I Adicional de 1977, y ello por cuanto que a una opinión en favor de tal calificación ha de contraponerse la que entiende que la estancia de personas protegidas en el interior o proximidad del objetivo infringe lo dispuesto en el artículo 58 del aludido Protocolo, además de poder constituir el crimen de guerra consistente en *«aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares»* del artículo 8.2 b) xxiii) del Estatuto de la CPI.

Se debe avanzar en esta dirección y definir el terrorismo con independencia de toda situación o política, en cuyo caso será entonces indispensable determinar un criterio general y definir con precisión los crímenes que se desee introducir. Y a tal efecto, el terrorismo es mucho más el componente de muchas infracciones que una infracción que se pueda aislar. Rápidamente se caerá en la cuenta de que, en el ámbito penal, en el que la claridad y la precisión resultan indispensables, el principio de legalidad criminal significa que los actos legalmente calificados como infracciones penales deben ser definidos de manera estricta y sin equívoco ni ambigüedad (52), y ello por cuanto que la exigencia de predeterminación normativa consecuente al principio de legalidad obliga a construir legalmente la estructura del tipo penal según las reglas de la técnica codificadora cri-

---

*Desde el empleo estratégico de la desaceleración contra un aparato militar que depende de la intensificación de las hostilidades hasta el redescubrimiento del suicidio como una amenaza a las sociedades basadas en el diálogo, las últimas novedades en la conducción de la guerra casi siempre consisten en estrategias asimétricas ...*

*En las guerras asimétricas ... hay una tendencia a que la violencia se propague y penetre en todos los ámbitos de la vida social. Esto es así porque, en las guerras asimétricas, la parte más débil usa la comunidad como cobertura y base logstica para dirigir ataques contra un aparato militar superior. El punto de partida de este proceso está marcado por la guerra de guerrillas, y su final, en la actualidad, por el terrorismo internacional».*

(52) Cfr. SANDOZ, Yves, ob. cit., pág. 348.

minal, transformando las prohibiciones o mandatos no autoejecutivos contenidos en los convenios internacionales en deberes jurídicos del individuo cuya conculcación se amenaza penalmente.

Esta fundamental conquista del Estatuto de Roma frente a otros textos convencionales recientes, que es la consagración del principio de legalidad penal en su aspecto de garantía criminal o taxatividad (53), no debe ser ahora puesta en cuestión por el afán de pretender una incriminación global del terrorismo en el mismo, lo que no podría llevarse a cabo sino mediante una interpretación y aplicación analógica de alguno de sus preceptos.

Naturalmente, el que los actos de terror no constituyan *per se* crímenes de lesa humanidad o de guerra a tenor del Estatuto de Roma no será obstáculo a que, en determinados crímenes de lesa humanidad o de guerra, puedan incardinarse aquellos actos de terrorismo que reúnan las condiciones o elementos exigidos para ello, especialmente que la acción típica coincida con la de algunos de los actos enunciados en las doce convenciones de las Naciones Unidas al efecto, si bien sin sustantividad propia como crímenes de terrorismo, es decir, constituyendo morfológicamente tales crímenes de lesa humanidad o de guerra, en los que la concurrencia del propósito o intención de aterrorizar a la población civil o a los no combatientes resultará indiferente a efectos de integración del respectivo tipo criminal (54).

Así, los actos de terror podrían incardinarse, como *crímenes de lesa humanidad*, en los apartados a), b), f), i), j) y, eventualmente, k) del artículo 7.2 del Estatuto (asesinato; exterminio; tortura; desaparición forzada de personas; *apartheid*, siempre que los actos inhumanos sean similares a los antedichos; otros actos inhumanos de carácter similar a los antedichos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física), siempre que reúnan los requisitos integrantes del *umbral de gravedad*, es decir siempre que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Y podrían encuadrarse, como *terrorismo en tiempo de gue-*

---

(53) Cfr. SALAND, Per: «*International Criminal Law Principles*», en «*The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*». Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, págs. 190 y 191.

(54) Cfr. ARNOLD, Roberta, ob. cit., págs. 335 y 336. Señala la autora que aunque el terrorismo se reconoce como infracción específica en el Convenio IV de Ginebra de 1949 y en los dos Protocolos Adicionales de 1977 no ha sido incluido como tal en el artículo 8 del Estatuto; no obstante, añade, los actos terroristas pueden ser perseguidos en base a diversos tipos, que enumera, contenidos en el artículo 8.2 a), b), c) y e).

rra (55), entre los *crímenes de guerra* enunciados en los apartados a) i), ii), iii), iv) y viii), b) i), ii), iii), v), vi), ix) y x), c) i) y iii) y e) i), iii) y iv) del artículo 8.2 del Estatuto (matar intencionalmente; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, incluidas las lesiones y mutilaciones físicas de personas que estén en poder del perpetrador o de la otra parte en el conflicto; destruir bienes de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; tomar rehenes; dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; dirigir intencionalmente ataques contra objetivos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares, incluyendo aquí el hecho de dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; 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 las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares), siempre que concurren, además de los requisitos integrantes del *umbral de gravedad* según el artículo 8.1, es decir, la comisión de los crímenes como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de los mismos, los particularismos especificantes propios del crimen de guerra, a saber, la perpetración de los hechos en un contexto de conflicto armado, internacional o interno, y en relación con él, la condición de persona protegida de la víctima o víctimas y de bienes civiles de los que sean objeto de la actuación criminal y, en uno y otro caso, la pertenencia de ambos a la otra parte en el conflicto, es decir, a la parte adversa a la que sirva el autor, aunque puedan ser de la misma nacionalidad.

En definitiva, tanto en el supuesto de calificarlos como crímenes de lesa humanidad o como crímenes de guerra, los actos de terror habrán de tener o alcanzar una entidad determinada que permitirá calificarlos bien como crímenes de lesa humanidad o de guerra *de Estado*, bien en el caso de los crímenes de guerra, como perpetrados por una de las partes en conflicto.

---

(55) *Ibidem*, pág. 336.

A este respecto, conviene señalar que, en todo caso, el conflicto armado exige, además de cierta intensidad de la violencia, *partes* identificables en conflicto, es decir, fuerzas o grupos armados con cierto nivel de organización y estructura de mando, y, por tanto, capacidad para aplicar el Derecho internacional humanitario, resultando difícil apreciar en un grupo o red clandestina de células sin mucha conexión las condiciones para merecer la condición de parte en el conflicto armado.

Considerar genéricamente los actos de terror como crímenes de guerra comportaría admitir el principio de igualdad entre los beligerantes, pues conforme a Derecho no pueden existir conflictos armados en los que un bando tiene todos los derechos y el otro no tiene ninguno; en suma, aplicar la lógica del conflicto armado y por tanto el Derecho internacional humanitario a toda violencia entre Estados y redes transnacionales (cosa distinta es que esta violencia implique o equivalga a un conflicto armado, como fue el caso de Afganistán) abocaría a que a dichas redes o grupos se les habrían de conceder los mismos derechos y obligaciones que el Derecho internacional humanitario otorga a los Estados (56) y, en general, a las partes en un conflicto, lo que, a tenor de lo antes dicho, no resulta lógico ni aceptable, dado que el rigor normativo que, con respecto al uso de la fuerza, existe respecto a los Estados no se ha alcanzado respecto a los actores no estatales, de lo que es causa principal la ausencia de una definición clara y bien conocida del terrorismo que permita condenar clara e inequívocamente los atentados dirigidos específicamente, por cualquiera, contra civiles y no combatientes (57).

En definitiva, tanto en el supuesto de que el acto de terror se califique como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra, la falta de morfología o sustantividad jurídica propia del mismo como crimen de terrorismo en el ámbito del Estatuto de la CPI, alterando así la *ratio essendi* de la infracción, hace que resulte indiferente, a efectos de la perfección delictiva, la concurrencia o no en el autor del elemento intencional o dolo específico consistente en el propósito o finalidad de aterrorizar a la población civil o a otras personas protegidas por el Derecho internacional humanitario para alcanzar un objetivo político o, en general, unas condiciones que favorezcan la causa del autor o del grupo en que se integra, o para obtener

---

(56) Cfr. Doc. 03/IC/09, de 1 de octubre de 2003, págs. 21 y 22; sobre la cuestión de la calificación o no de los acontecimientos del 11-S como *terrorismo en tiempo de guerra* sujeto a la normativa de los crímenes de guerra, cfr. ARNOLD, Roberta, ob. cit., págs. 336 a 338. Concluye la autora que solo los ataques perpetrados por *Al Qaeda* contra objetivos civiles norteamericanos después de la ocupación norteamericana de Afganistán deben calificarse como *terrorismo en tiempo de guerra* y enjuiciarse conforme al artículo 8 del Estatuto de la CPI.

(57) Cfr. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, párrafos 157 a 159 y 161.

una ventaja militar, pues basta para aquella integración o consumación con que se lleven a cabo las conductas citadas en los artículos 7 y 8 del Estatuto, dado que es la concurrencia en ellas de los requisitos integrantes del respectivo *umbral de gravedad* el elemento determinante de la competencia *ratione materiae* de la Corte para conocer de tales conductas.

## II. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Con arreglo al principio de jurisdicción universal, que es complementario del de la territorialidad como principio básico para la regulación de la eficacia de la ley penal en el espacio y da lugar, junto a otros (principios de la personalidad y real o de protección de intereses), a la aplicación de las leyes penales nacionales a conductas realizadas fuera del territorio del Estado, el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre un delincuente es competente para juzgarlo cualquiera que sea su nacionalidad y aunque haya cometido el crimen en el extranjero y contra extranjeros. Esta atribución de competencia al *iudex deprehensionis* comporta, en definitiva, la consideración del reducido número de delitos a los que aquel principio afecta como constitutivos de un ataque a los intereses de la comunidad internacional, lo que, consecuentemente, implica una cierta uniformidad fundamental de las legislaciones penales en la definición de los tipos respectivos.

Los delitos sometidos a la jurisdicción universal conforme a lo estipulado convencionalmente son los crímenes de guerra, la tortura, los secuestros, los ataques a aeronaves y buques, el *apartheid*, los ataques contra las Naciones Unidas y su personal y la toma de rehenes.

Los tratados respectivos imponen a los Estados Partes en ellos la obligación de ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes (jurisdicción universal obligatoria), lo que aquéllos llevan a cabo, comúnmente, a través de la promulgación del Derecho nacional (jurisdicción universal legislativa) preciso para posibilitar en sede nacional la investigación y el juicio de los mismos con respeto del principio de legalidad.

En relación con los crímenes de lesa humanidad en cuanto tales, en ningún tratado se reconoce el principio de jurisdicción universal respecto a los mismos, sin que la jurisprudencia al respecto resulte, a nuestro juicio, definitiva, por poco representativa (58).

---

(58) Cfr. *el Fiscal del Estado de Israel contra Adolf Eichmann*, Tribunal de Distrito de Jerusalén, 1961 (36-ILR-18,26) y Tribunal Supremo de Israel, 1962 (36-ILR-28).

La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación y la represión del crimen de *apartheid* de 30 de noviembre de 1973 reconoce a este como un crimen sujeto a jurisdicción universal (artículos I y IV) y lo mismo hace, respecto a la tortura, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984 (artículos 5.1 y 2, 6 y 7). Cabe recordar que tanto la tortura como el *apartheid* son crímenes de lesa humanidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1 f) y j) del Estatuto de la CPI.

Por lo tanto, nada obsta a que, en ambos casos, opere el principio de jurisdicción universal respecto de actos de terror constitutivos de tales delitos entre los Estados Partes en las citadas Convenciones de 1973 y 1984 en los términos previstos en las mismas, siempre, obviamente, que la legislación penal estatal contemple tipos penales equiparables a los enunciados en tales instrumentos y aún cuando no concurren en los hechos los requisitos determinantes del umbral de gravedad precisos para activar la competencia material de la CPI. Pero la jurisdicción universal operaría sobre estos delitos en su calidad de crímenes de lesa humanidad y no por razón de los actos de terror en que, eventualmente, pudieran consistir las conductas integrantes de aquellos.

Donde el principio de jurisdicción universal cobra hoy su más amplia virtualidad es en el ámbito de los crímenes de guerra, tradicionalmente más elaborado, conceptual, convencional y jurisprudencialmente, que el de los crímenes de lesa humanidad, habiendo sido los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (párrafo segundo de los artículos 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV) y el Protocolo I Adicional de 1977 (artículo 85.1) pioneros en arbitrar el sistema de jurisdicción universal a cargo de todos los Estados Partes en ellos, con arreglo al principio *aut iudicare aut dedere* (o juzgar o entregar), a cuyo amparo los crímenes de guerra contenidos en los artículos 50 del Convenio I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV pueden ser conocidos por las jurisdicciones penales de *todos* los Estados, en tanto que los cuatro Convenios citados se hallan universalmente ratificados y, en todo caso, constituyen el núcleo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados de carácter internacional, mientras que los enunciados en los artículos 11.4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional de 1977 podrán ser conocidos por los órganos jurisdiccionales de los *Estados Partes* en tal instrumento.

En consecuencia, los actos de terror susceptibles de incardinarse o constituir alguno de los crímenes de guerra del artículo 8.2 a) i), ii), iii), iv) y viii) y b) i), ii), iii), v), vi), ix) y x) del Estatuto de la CPI, pueden, en cuanto crímenes de guerra y no como crímenes de terrorismo, ser objeto

del sistema de jurisdicción universal, siempre, claro está, que *in foro domestico* estén legalmente previstos y amenazados, con sanciones penales adecuadas o proporcionadas a su gravedad intrínseca, como tales crímenes de guerra.

No obstante, el principio de jurisdicción universal, así entendido, solo opera respecto de los crímenes de guerra perpetrados en conflictos armados internacionales, dada la estricta referencia a estos de los cuatro Convenios de 1949 y del Protocolo I Adicional de 1977. Por consecuencia, los actos de terror susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra solo podrán ser conocidos por las jurisdicciones estatales en virtud del principio de jurisdicción universal cuando hayan sido perpetrados en el contexto de un conflicto armado internacional, incluidas las situaciones del artículo 1.4 del Protocolo I Adicional.

Es en razón tanto de esta limitación en la virtualidad del principio de jurisdicción universal en relación con los crímenes de guerra, como de su absoluta inoperatividad respecto a los crímenes de lesa humanidad distintos de los de tortura y *apartheid* en que pudieran subsumirse los actos terroristas por lo que cobra extraordinaria importancia en la represión de estos el *principio de complementariedad* de la CPI. Sobre este principio, enunciado en los párrafos cuarto a sexto y noveno y décimo del Preámbulo y concretado normativamente en los artículos 1 y 17 a 20 del Estatuto de Roma, se asienta todo el armazón de la CPI y con él se expresa, en síntesis, la idea de que ésta no viene a sustituir a las jurisdicciones internas estatales, que serán, en principio, las que deberán seguir actuando con respecto a los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto sobre los que la Corte extiende su competencia material, puesto que *es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*, sino que, simplemente, las complementa, de manera que, de acuerdo con este mecanismo de distribución de competencias que es la complementariedad, la CPI podrá conocer de los actos de terror constitutivos ora de crímenes de lesa humanidad de los comprendidos en el artículo 7.1 a), b), i) y k) del Estatuto, ora de crímenes de guerra de los comprendidos en el artículo 8.2 c) i) y iii) y e) i), iii) y iv) del mismo perpetrados en territorio de un Estado Parte en el Estatuto o por nacionales de un Estado Parte en él que no puedan ser castigados ni por éstos ni por el Estado, también Parte en el Estatuto, en el que se halle el presunto autor, que son los que tienen la jurisdicción preferente o primordial, eliminándose, así, la impunidad en que pudieran quedar los autores de estos actos de terror susceptibles de ser calificados como los señalados crímenes de lesa humanidad o de guerra y



garantizándose los principios de justicia contenidos en el Estatuto, ello, naturalmente, bajo condición de que en aquellos actos concurren los requisitos determinantes del respectivo umbral de gravedad.

### III. REFERENCIAS AL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

En nuestro Derecho interno, la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo V del Título XXII del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica «*de los delitos de terrorismo*», sanciona autónomamente, en los artículos 571 a 580, este género delictivo, en sus diferentes modalidades, si bien ello no significa una configuración de las conductas incriminadas con características propias y diferenciales, pues, en general, los delitos de terrorismo son, en nuestro ordenamiento, delitos comunes constituidos en tipos cualificados por ciertas propiedades objetivas de acción o características subjetivas de autoría, salvo el supuesto de los tipos de cooperación terrorista, que alcanzan entidad delictiva propia e incriminación autónoma (59).

Es la concurrencia de las características terroristas de comisión en determinados delitos comunes, en los que se ponderan ciertas dimensiones de pluriofensividad típica, lo que cualifica a estos, conminándolos específicamente con una penalidad exasperada, sin que se consideren las características que otorgan sustantividad criminológica a los delitos de terrorismo, que especialmente atiende a singulares características de criminalidad organizada, a elementos motivacionales de conducta y a fines subjetivos del autor.

En todo caso, la sanción penal agravada es característica de este género delictivo, cuyo principal rasgo definitorio es la concurrencia, como elemento subjetivo del injusto, de la finalidad del autor de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Esta segunda alternativa del elemento subjetivo del tipo revela la pretensión de causar terror en la población a través de la comisión de delitos que siembran la intranquilidad, el desasosiego, la inquietud o el terror en los ciudadanos; en definitiva, lo que diferencia cualitativamente a estos delitos es la motivación de producir terror a la sociedad a través de esta forma de criminalidad común organizada.

---

(59) Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel: «*Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo*», en «*Curso de Derecho penal español. Parte especial II*», dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, págs. 901 y ss.

A la vista de la especificidad y autonomía de estas figuras delictivas en nuestro Derecho, morfológicamente constituidas como una suerte de tipos agravados de los delitos comunes respectivos, y la exasperación de las penas con que vienen amenazadas, superiores a las previstas en los artículos 607 bis y 609 a 614, este aparente concurso de normas penales se resolverá conforme al principio de especialidad recogido en el artículo 8.1.º del Código Penal, a cuyo tenor «*los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código ... se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general ...*»; y ello sin perjuicio de que la penalidad exasperada que para los delitos de terrorismo se prevé en nuestro Código Penal convierte a esta en más grave que la que castiga en dicho Código tanto los delitos de lesa humanidad como los de guerra (a este respecto, mientras en el artículo 572.1.1.º el atentado terrorista se castiga, si causa la muerte, con pena de prisión de 20 a 30 años, en el artículo 607 bis.2.1.º el crimen de lesa humanidad se castiga, si ocasiona tal resultado, con pena de prisión de 15 a 20 años; en el artículo 572.1.2.º se castiga el acto terrorista que cause las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 con pena de prisión de 15 a 20 años, mientras que en el artículo 607 bis.2.3.º el crimen de lesa humanidad que origina las lesiones del artículo 149 se castiga con prisión de 12 a 15 años y si ocasiona las lesiones del artículo 150 con prisión de 8 a 12 años; el atentado terrorista que ocasione otras lesiones se castiga, en el artículo 572.1.3.º, con prisión de 10 a 15 años y el crimen de lesa humanidad que cause tales lesiones se castiga, en el artículo 607 bis.2.3.º, con prisión de 4 a 8 años; el atentado terrorista que consistiere en secuestrar a una persona se castiga, en el artículo 572.1.2.º, con pena de prisión de 15 a 20 años, mientras que el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas se sanciona, en el artículo 607 bis.2.6.º, con prisión de 12 a 15 años; y, finalmente, si el atentado terrorista consistiera en una detención ilegal el artículo 572.1.3.º prevé una pena de 10 a 15 años, mientras que el artículo 607 bis.2.7.º señala pena de 8 a 12 años para la privación de libertad con infracción de las normas internacionales sobre la detención), encontrando así también aplicación la regla 4.ª del artículo 8 citado, según la cual «*en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*».

Únicamente se ha de significar que en el artículo 611.1.º del Código Penal se castiga, como *delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, que tal es el *nomen iuris* de los crímenes de guerra en nuestro ordenamiento, la infracción muy grave contra personas pro-

tegidas consistente en hacer *«objeto a la población civil de ... actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla»*.

Este subtipo especial, cuya pena es más leve que la prevista en los artículos 571 y siguientes, trae causa del párrafo segundo del artículo 51.2 del Protocolo I Adicional de 1977 y en él se incriminan, con carácter mixto alternativo, tanto los actos de violencia, es decir, los ataques propiamente dichos, en los términos del artículo 49.1 del citado Protocolo I Adicional, que se desencadenan con la finalidad primordial de aterrorizar a la población civil, o sea, como actos de terror, como las amenazas de violencia o amenazas terroristas o de actos terroristas, es decir, el anuncio o la conminación a la población civil, por medios idóneos, de que se le va a ocasionar un mal futuro e incierto, pero serio y posible, si hace o deja de hacer algo, alterando así el sosiego mínimo exigible para, aun en un contexto de conflicto armado, adoptar decisiones con libertad.

En uno y otro caso la finalidad de los actos o amenazas de violencia ha de ser, fundamentalmente, la de aterrorizar a la población civil, determinando la falta de este requisito teleológico, o su carácter subordinado a otra finalidad, la no integración de la conducta típica; por otro lado, el terror que produzcan los actos o amenazas ha de ser susceptible de afectar al conjunto de la población civil, no a unos cuantos integrantes de la misma, pues, de ser la naturaleza de aquellos actos o amenazas objetivamente susceptible de ocasionar terror únicamente en un número escaso o no significativo de personas civiles, tampoco podrá entenderse consumado el tipo penal.



# APUNTES PRÁCTICOS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Hector Olásolo (1)

## INTRODUCCIÓN

Activada la jurisdicción de la Corte Penal Internacional («Corte») con respecto a sus dos primeras situaciones de crisis (2), acaecidas desde el 1 de Julio del 2002 respectivamente en los territorios de la República Demo-

---

(1) El autor es doctor en derecho y letrado asociado de las Salas de la Corte Penal Internacional. Ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado asociado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son personales del autor y no se 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.

(2) 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 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 Roja Española), Valencia, November 2003; OLÁSULO, 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; 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 *Internacional Criminal Law Review*, 2005/1 (en prensa); OLÁSULO, H., *Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma*, en *Revista Española de Derecho Militar*, N.

crítica del Congo (3) y del Norte de Uganda (4), y asignadas las Salas, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II presididas por los jueces Jorda y Slade a las mismas (5), parece oportuno dar algunos apuntes prácticos sobre el tratamiento 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 función indirecta de reforzamiento de las jurisdiccionales nacionales en la persecución de los crímenes de guerra que el ER atribuye a la Corte.

## 1. 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 recientemente (6), el principio de legalidad en sus

---

82, Julio-Diciembre 2003, pp. 47-76; OLÁSULO, 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 OLÁSULO, 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.

(3) 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>.

(4) 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>.

(5) 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>.

(6) Las Cortes o Salas Especiales de Sierra Leona, Camboya o Timor Oriental tienen, por el contrario, una naturaleza mixta nacional-internacional.

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 ER (7). 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 segundo, 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 penales (8) 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

---

(7) 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.

(8) Aunque el Art. 8.2 (a), (b), (c) y (e) esta compuesto de 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.

usos aplicables a los conflictos armados de 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 ER (9), desarrollan las definiciones de los diferentes crímenes de guerra contenidos el ER mediante la descripción detallada de sus distintos elementos (10).

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 TPIR (11), el ER 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

---

(9) Art. 9.1 ER.

(10) 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.

(11) 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 sub-tipos 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.



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 sub-tipos 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 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 ésta última referida tanto al llamado derecho de la Haya sobre la conducción de las hostilidades como al llamado derecho de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados (12).

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 recogidos (13).

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 la regla 146 de las

---

(12) 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.

(13) El apartado 3 del art. 21 se 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».

Reglas de Procedimiento y Prueba («RPP»); y (iii) la pena privativa de libertad de hasta 30 años, incluyendo la cadena perpetua cuando así lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del individuo. Sin embargo, se echa de menos la definición de la 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 juzgador (14).

La introducción en la regla 145 RPP de listas no exhaustivas de circunstancias atenuantes y agravantes (15), así como de circunstancias para la individualización de la pena (16), 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 producen efectos en relación con el sistema de justicia penal establecido por el propio ER (17). 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» (18). 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 jus-

---

(14) 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».

(15) Ver respectivamente los apartados 2 y 3 de la regla 145 RPP.

(16) Apartado 1(c) de la regla 145 RPP.

(17) Ver sobre este punto, OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional...*, p. 83-87.

(18) 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.

ticia 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.

## 2. 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 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 suficiente (19). 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 individual (20), 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.

---

(19) 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.

(20) 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», aunque el art. 8.2(d)ER 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 *Tadić* 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 organizados (21). 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 inter-

---

(21) *Prosecutor v. Dusko Tadić*, 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».

nacional de los conflictos armados, «ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas» (22).

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 y TPIR en la decisión jurisdiccional del caso *Tadić* 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 controversia (23). Por su parte, en lo que respecta a la interpretación de la segunda expresión, la jurisprudencia de dicha Sala de Apelaciones en los casos *Tadić* y *Kunarac*, sin exigir que los crímenes de guerra de que se trate 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, si requiere que una relación cercana («*closely related*») los mismos y las hostilidades (24).

---

(22) 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 *Tadić* (*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).

(23) *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, párrafo 70.

(24) En la decisión jurisdiccional en el caso *Tadić* 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. Dusko Tadić*, 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 1949 (25); (ii) personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las

---

(25) Este elemento se exige en los subtipos contenidos el Art. 8.2(a) y 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, náufragos, 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, náufragos, 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 *Tadić y Dedalić 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 una de las partes en el conflicto (*Prosecutor v. Dusko Tadić*, Appeals Chamber Judgement, Case No IT-94-1, 15 July 1999, párrafos 164-168; y *Prosecutor v. Zejnil Delalić 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 *Naletelić y Martinović* 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 Naletelić (aka «Tuta») and Vinko Martinović (aka «Štela»)*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-98-34-T, 31 March 2003, párrafos 206 y 207).

armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa (26), y (iii) personas 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 comportamiento 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 valor (27). 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 protección (28).

Los elementos contextuales de carácter jurisdiccional se pueden dividir entre aquéllos relativos a la naturaleza internacional o no internacional de 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 armado (29). Una vez más deberá ser la jurisprudencia de la Corte la que establezca los criterios para distinguir el carácter internacional del carácter no internacional de los conflictos armados, si bien se puede adelantar que desde las sentencias en los casos *Tadić*, *Aleksovski*, y *Delalić 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

---

(26) 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.

(27) Aunque 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.

(28) Ver Introducción a los Elementos de los Crímenes de Guerra.

(29) Art. 8.2(d) ER.

del control de conjunto, que no necesariamente efectivo (30), sobre grupos armados organizados en casos de intervención indirecta como criterios determinantes de la internacionalidad de un conflicto armado (31).

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* (32). 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 organizados (33). 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 *Tadić* sí la aceptado expresamente (34).

---

(30) Así en la sentencia del caso *Tadić*, la Sala de Apelaciones rechazó el criterio del control efectivo utilizado por la Corte Internacional de Justicia en 1986 en el caso de Nicaragua contra los EE.UU. En dicha 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 Tadić*, 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 *Delalić et al.* (*Prosecutor v. Aleksovski*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-95-14/1-A, 24 March 2000, para. 147; y *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 26).

(31) 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 con la autorización del mismo (*Prosecutor v. Dusko Tadić*, Appeals Chamber Judgement, Case No IT-94-1, 15 July 1999, párrafo 141).

(32) CASSESE, A., *International Criminal Law...*, p. 61.

(33) PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción...*, p. 174.

(34) Ver por todos, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, 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 las nociones 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.



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 baste señalar por el momento que se trata de los 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) (35).

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 trate (36).

En cuanto a los elementos específicos del tipo objetivo de los 71 sub-tipos penales contenidos en el art. 8.2 ER conviene subrayar ciertos elementos de su regulación particularmente relevantes (37). Entre sus elementos positivo 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 violación, 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 Convenios (38). Asimismo, se tipifica también en relación con ambos tipos de conflictos armados el reclutamiento o alistamiento

---

(35) Ver, *infra*, sección 6.

(36) Una exposición más detallada a este respecto puede encontrarse, *infra*, sección 4.

(37) 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.

(38) Art. 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER. Respecto de la violación, la prostitución forzada y las otras formas de 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.

miento 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 hostilidades (39).

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 civil (40), y en relación con ambos tipos de conflictos armados, de los ataques intencionados 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 las Naciones Unidas (41). 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 Unidas (42).

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 Ginebra (43), el art. 8.2(b)(iv) ER introduce un elemento de proporcionalidad en el tipo objetivo (44). Así, el lanzamiento intencionado de ataques a sabiendas de que causarán daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente sólo serán constitutivos de

---

(39) 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).

(40) La importancia simbólica de esta tipificación autónoma ha sido también destacada por VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction...*, p. 110.

(41) Arts. 8.2(b)(iii) y (e)(iii) ER.

(42) 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.

(43) 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.

(44) DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes...*, p. 176.

delito si 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 internacional (45). 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 *Tadić* 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 violaciones (46).

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 superfluos 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

---

(45) Art. 8.2(e)(i)-(xii) ER.

(46) *Prosecutor v. Dusko Tadić*, 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 *Delalić et al. y Kunarac (Prosecutor v. Zejnil Delalić et al., Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 136; y Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, párrafo 67.*

naturaleza atentan contra dichos principios, como el empleo del veneno o de armas envenenadas (47), el empleo de gases, líquidos, materiales o dispositivos asfixiantes, tóxicos o similares (48), el empleo de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (49), o el hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil (50), 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 superfluos o sufrimientos innecesarios o produzcan efectos indiscriminados (51).

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» (52).

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 internacionales (53). 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 *Tadić* 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 causar males superfluos o innecesarios sean, sin embargo, considerados con medios o métodos

---

(47) Art. 8.2(b)(xvii) ER.

(48) Art. 8.2(b)(xviii) ER.

(49) Art. 8.2(b)(xix) ER.

(50) Art. 8.2(b)(xxv) ER.

(51) En el mismo sentido, CASSESE, A., *International Criminal Law...*, p. 60.

(52) 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.

(53) CASSESE, A. *International Criminal Law...*, p. 62.

legítimos de combate cuando los conflictos armados no tienen un carácter internacional (54).

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 Ginebra (55) 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 (56).

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 original (57) la expresión negativa «y que no sean objetivos militares» (58). El contenido

---

(54) 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 Tadić*, 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).

(55) 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».

(56) La formulación de la ecuación de proporcionalidad contenida en el Art. 8.2 (b)(iv) ER es la siguiente: «lanzar un ataque intencionalmente, 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».

(57) 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.»

(58) 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.

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 militares (59).

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» (60).

### 3. 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 genocidio (61), 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 proposición (62). 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 ejecución (63), el

---

(59) Ver art. 25 de la Convención IV de la Haya de 1907 y art. 59. 2 y 3 del Protocolo Adicional I.

(60) Sobre la razones de esta exclusión ver, VON HEBEL, H./ROBINSON, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court...*, pp. 103-104.

(61) Art. 25.3(e) ER.

(62) Art. 25.3 ER.

(63) 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 com-

ER marca el comienzo de la fase de ejecución del delito en la realización de «actos que supongan un paso importante para su ejecución» (64).

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 autor (65). La única excepción son los supuestos de desistimiento que cumplen con los requisitos previstos en el art. 25.3(f) ER (66). De acuerdo con ésta 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 ejecutivos (67). Por su parte, desde un plano subjetivo, el desistimiento requiere la renuncia íntegra y voluntaria al propósito delictivo (68).

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 criminal 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 adop-

---

plejo unitario de la acción «( ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1998, p. 334».

(64) Art. 25.3(f) ER.

(65) Art. 25.3(f) ER.

(66) 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.

(67) AMBOS, K., *Art. 25...*, p. 490.

(68) ESER, A., *Individual Criminal Responsibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. Triffterer, O.), Nomos 1999, p. 817.

ción de las medidas al alcance del que desiste a tal efecto podría ser suficiente (69). 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 puede encontrarse en ciertos sistemas nacionales como el italiano (70) o el austriaco (71). Dentro de la noción de autoría se incluyen expresamente los supuestos de autoría directa, autoría mediata y co-autoría (72) en una formulación que parece haber sido realizada sobre la base de la teoría del dominio de hecho (73), aplicada recientemente por el TPIY en la sentencia de primera instancia del caso *Stakić* (74). Como AMBOS ha señalado (75), dentro del concepto de

---

(69) 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».

(70) Art. 110 del Código Penal italiano.

(71) Sección 12 del Código Penal austriaco.

(72) ART. 25.3(a) ER.

(73) 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*, 4<sup>th</sup> ed. (revisado por Hormazabal Malarée), 1994, pp. 433 et seq.; CERESO 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*, 6<sup>th</sup> 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 Stakić Case*, en *International Criminal Law Review*, 2004/4, pp. 474-526; y en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991.

(74) *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafos 741-744, 774, 818, 822 y 826.

(75) AMBOS, K., *Art. 25...*, p. 479. Ver también, OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control...*, p. 485, nota al pie 33.



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 (76). 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 trate (77). Así cada uno de los co-autores tiene un co-dominio funcional del hecho típico puesto que se encuentran en evitar su producción mediante la no prestación de la contribución esencial a la que se han comprometido (78).

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 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 *Tadić*, *Aleksovski*, *Delalić et al.* y *Kupreskić*, 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 (79). Esta interpretación encuentra un apoyo adicional en el art. 25.3(d) ER relativo 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 común (80).

---

(76) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho...*, pp. 267-278. Sobre la aplicación de la misma por el TPIY en el caso Stakić, ver OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control...*, pp. 512-525.

(77) AMBOS, K., *Art. 25...*, p. 479

(78) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho...*, pp. 303-333; y OLASOLO, H./PEREZ CEPEDA, A., *The Notion of Control ...*, pp. 497-506.

(79) *Prosecutor v. Dusko Tadić*, 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 Delalić et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 345; y *Prosecutor v. Kupreskić et al.*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-16-A, 23 October 2001, párrafo 254.

(80) En el mismo sentido, AMBOS, A., *Art. 25...*, pp. 481 and 484.

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 substancial 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 objetiva (81), el art. 25.3(d) ER, cuya redacción sigue a la determinación de las formas 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 substancial (82).

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») (83), 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 requie-

---

(81) 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. Dusko Tadić*, Appeal Judgement, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999, párrafo 227-228; *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Appeal Judgement, Case No. IT-95-17/1-A, 21 July 1998, párrafo 118; *Prosecutor v. Zoran Kupreskić et al.*, Judgement, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, párrafo 772; *Prosecutor v. Zejnil Delalić 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 Kordić and Mario Cerkez*, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, párrafo 397; *Prosecutor v. Radislav Krstić*, 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 Vasiljević*, 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 Simić, Miroslav Tadić and Simo Zarić*, Case No. IT-95-9-T, 29 October 2003, párrafo 149. Ver también, *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Sainović & Dragoljub Ojdanić*, Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, Case No. IT-99-37-AR72, 21 May 2002, párrafos 20 *et seq.*

(82) En el mismo sentido parece pronunciarse *AMBOS, K.*, *Art. 25...*, pp. 484-485.

(83) El Art. 28(a) ER se refiere a «fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo».

re de la detención 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 *Delalić et al.* (84) y *Blaskić* (85) 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

---

(84) 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 Delalić et al., Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 198).

(85) En palabras de la Sala de Apelaciones en *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, 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.»<sup>1</sup> 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 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.

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 *Blaskić*, *Kordić* y *Čerkez*, y *Stakić*, la adopción de medidas para reprimir el crimen no afectan a la responsabilidad penal individual incurrida por el superior militar como consecuencia de no haber adoptado las medidas en su poder para prevenirlo (86).

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 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 si sería

---

(86) *Prosecutor v. Tihomir Blaskić*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, párrafo 336; y *Prosecutor v. Mario Kordić and Dario Cerkez*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 445-446; y *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-97-24-T, 31 July 2003, párrafo 461.

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 jerárquico (87), 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 que calificar la omisión de 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») (88). 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

---

(87) Como la Sala de Apelaciones acaba de señalar en la reciente sentencia del caso *Blaskić*, «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 Blaskić*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, párrafo 77).

(88) AMBOS, K., *Superior Responsibility*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Ed. A. Cassese, Oxford University Press, 2002, p. 867.

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 *Delalić et al.*, B, Ky *Blaskić* donde: (i) rechaza la equiparación realizada por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Blaskić* del estándar «tenía razón para saber» con el estándar «hubiera debido saber» (89); y (ii) afirma 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 le hubiera debido alertar sobre la necesidad de investigar el asunto (90).

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

---

(89) Las razones dadas por la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaskić* para equipar los estándares «hubiera debido conocer» y «tenía razón 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 Blaskić*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, párrafo 332).

Por su parte al Sala de Apelaciones en la sentencia del caso *Delalić 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. Zejnil Delalić et al.*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, párrafo 226)

(90) *Prosecutor v. Zejnil Delalić 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 Blaskić*, Appeals Judgement, Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004, párrafo 62

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 incluirlos (91).

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 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 proponía cometerlos» (92).

#### 4. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LAS FORMAS DE AUTORÍA Y 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 tipo, 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

---

(91) 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».

(92) Ver sobre este punto, FENRICK, W.J., *Art. 28. Responsibility of Commanders and Other Superiors*, en 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.

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 eventual (93) en cuanto que exige: (i) la voluntariedad de la acción u omisión típica; (ii) el conocimiento de la alta probabilidad de que se cause el resultado típico, de donde 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 (94). Dependiendo del sistema nacional de que se trate el nivel de riesgo exigido varía entre la mera «posibilidad» (95) y la «probabilidad» (96) de producir el resultado. Además se exige la aceptación de dicho riesgo que normalmente es inherente al hecho de adoptarlo mediante la realización de la acción típica (97). 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 «los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento» excluiría, por

---

(93) También entienden que el dolo eventual estaría incluido en la formulación del art. 30 ER, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *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.

(94) Como FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, segunda edición, 2000, p. 443, lo ha 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».

(95) 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)

(96) 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 Sierra Leona (ver THOMPSON, B., *The Criminal Law of Sierra Leone*, 1999, p. 61); y en Zambia (secciones 200 y 204 (b) del Código Penal).

(97) SIMONS, K.W., *Rethinking Mental States*, en *Boston University Law Review*, May 1992, p. 486.



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 (98).

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 armadas, o la utilización en operaciones militares, de niños menores de 15 años donde basta con que el autor material «debera haber sabido que se trataba de menores de 15 años» (99).

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» (100)), 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» (101)).

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

---

(98) 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* (*Caldwell* –1982–AC 341).

(99) Elementos de los crímenes del Art. 8.2(b)(xxvi) y 8.2(e) (vii) ER.

(100) Art. 8.2(a)(iii) ER.

(101) Art. 8.2(b)(ix) y (e)(iv) ER.

consiste en un propósito o finalidad particular por la que el delito deba haber sido principalmente cometido. Este elemento subjetivo 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, deberá serse 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 (102), toma de rehenes (103), declaración de que no habrá cuartel (104), saqueo (105), prostitución forzada (106), utilización de personas protegidas como escudos humanos (107) o utilización del hambre como método de guerra (108).

---

(102) El causar 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) ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

(103) 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) ER y sus respectivos elementos de los crímenes).

(104) 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).

(105) 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).

(106) El causar 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).

(107) 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).

(108) 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).

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 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 la relevancia social que para el «hombre medio» tienen tales circunstancias fácticas (109). 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» (110)).

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 jurisdiccional no se existe ninguna exigencia cognitiva en relación con la calificación jurídica,

---

(109) ESER, A., *Mental Element...*, p. 925

(110) Ver art 8.2(b)(xxii) y (e)(vi) ER y sus respectivos elementos de los crímenes.

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 (111).

## 5. CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El sistema de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal previsto en el ER responde al derecho continental en cuanto que distingue entre las circunstancias substantivas 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 (112).

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 desistimiento (113), la minoría de 18 años (114), el error de hecho (115), el error de derecho (116) y las órdenes superiores y disposiciones legales (117). 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.

---

(111) Ver *supra* sección segunda e *infra* sección quinta.

(112) 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.

(113) Art. 25.3(f) ER.

(114) Art. 26 ER.

(115) 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).

(116) Art. 32.2 ER.

(117) Art. 33 ER.

Como ESER ha señalado, el ER muestra una reserva general a excluir responsabilidad penal por errores ya sean de hecho ya sean de derecho (118), 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 (119). 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.

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 (120). 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

---

(118) ESER, A., *Mental Elements...*, pp. 934-935.

(119) *Idem*.

(120) *Ibid*, p. 941.

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 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 extiende 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 (121). Aunque podrían alegarse como «otras circunstancias eximentes» conforme al art. 31.3 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 guerra (122) en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que el autor material estuviere obligado a cumplir por ley, en los que no siendo la orden manifiestamente ilícita el autor realizare el comportamiento típico sin conocer su ilicitud (123). 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

---

(121) 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.

(122) 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.

(123) Ver sobre este punto RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Principios Generales del Derecho Penal...*, pp. 433 y 434.

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 conducta (124). 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 la consumición 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 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 guerra (125). 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

---

(124) 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.

(125) El art. 31.1(c) ER limita expresamente la aplicación de esta causa de justificación a los crímenes de guerra.

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 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 justificación (126).

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 final de dicha disposición prevé expresamente que «el hecho de participar en una fuerza que realizar un 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

---

(126) Como RODRIGUEZ-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 “animo defensivo” (*animus defensiois*), elemento subjetivo que resulta esencial para la apreciación de la eximente.



español (127). 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 se 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, 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 amenazado (128).

---

(127) En opinión de RODRIGUEZ-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 e la ciencia del Derecho Penal Internacional, superando criterios tributarios de sus orígenes bien ajenos a nuestro sistema romano-germánico».

(128) 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.

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 entre 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 oficial (129) 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 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 la causas de justificación o de exculpación o de las condiciones objetivas de

---

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 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.

(129) Art. 27 ER.

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.

## 6. 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 refuerza (130). 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 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 internacionales (131), lo que presupone la obligación previa de incorporarlos en sus respectivas legislaciones internas, particularmente teniendo en cuenta las exigencias internas derivadas del principio de lega-

---

(130) OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio de Complementariedad...*, pp. 60-61.

(131) Párrafo sexto del Preámbulo del ER. Ver sobre este punto, OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional...*, pp. 80-82.

lidad 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 I (132).

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 ER (133). 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 perspectivas (134).

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 mismos (135). Esto sucederá en supuestos de comportamientos criminalizados por el derecho internacional de los conflictos armados pero no tipificados en el ER (136), 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 Parte (137). Este escenario también podrá generarse cuando los Estados Partes hagan uso de la moratoria de siete años prevista en el art. 124 ER.

---

(132) 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 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 ateniencia 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».

(133) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Universal*, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*. El Caso Pinochet, eds. M. García Arán/D. López Garrido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 258.

(134) OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure...*, pp. 132-134.

(135) En el mismo sentido, PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción...*, p. 75.

(136) 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.

(137) 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.

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* (138). 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.

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 determinados (139). 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 dirigido 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 Corte (140). Sólo activa-

---

(138) Ver, *supra*, Sección 2.

(139) OLASOLO, H., *The Triggering Procedure*...., pp 130-131.

(140) 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,

da la jurisdicción de la Corte 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» (141).

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 la exclusión de la activación de la jurisdicción de la Corte con respecto a aquellos conflictos armados donde a lo sumo se pueda establecer la existencia de 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 internacional (142), 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

---

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 «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 OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional...*, pp. 105-117 y 391-403.

(141) OLÁSULO, 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 ejercito 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.

(142) OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional...*, p. 81.

razonable para creer que crímenes de guerra se han producido 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 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 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 superar el umbral de gravedad en relación con un caso concreto (143).

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. Sirva como ejemplo la práctica de los bombardeos selectivos contra líderes políticos o militares en barrios residenciales en el hipotético supuesto de que quienes ordenaran los mismos tuvieran conocimiento de la alta probabilidad de causar bajas y daños civiles colaterales manifiestamente excesivos en relación con la concreta y directa ventaja militar de conjunto esperada.

---

(143) 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...».

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 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) (144). 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 ER (145).

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 la de la Corte (146). 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 ER (147). Este 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 guerra (148).

---

(144) OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure...*, 132.

(145) OLÁSOLO, H., *Reflexiones sobre el Principio...*, p. 61.

(146) OLASOLO, H., *Corte Penal Internacional...*, p. 232.

(147) 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 se posible o adecuada».

(148) 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 Cuezas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra); art. 50 del Con-



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 comparecencia (149). En consecuencia, se precisa que no existan otras 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 Corte (150). 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 autores (151). 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 pre-

---

venio 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.

(149) 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.*

(150) 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.

(151) Art. 29 ER.

vistas en el ER (152). 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.

---

(152) 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](http://www.icc-cpi.int/otp/otp_policy.html)).

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR  
LA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO. A PROPOSITO DE LOS HECHOS OCURRIDOS  
EN LA CÁRCEL DE ABU GHRAIB (IRAQ)\***

Por Dra. M. Dolores Bollo Arocena  
*Profesora de Derecho Internacional Público*  
*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

*SUMARIO*

I. Introducción. II. La violación de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en Abu Ghraib. III. La atribución del hecho ilícito a los Estados Unidos de América. A) *Comportamientos realizados por los órganos del Estado*. B) *Comportamientos realizados por personas o entidades que ejercen atribuciones de poder público: el caso de las empresas de seguridad privadas en Iraq*. C) *Comportamientos realizados por personas que actúan bajo la dirección o el control del Estado*. IV. La invocación de la responsabilidad. A) *La incidencia de los procesamientos en sede interna estadounidense sobre la institución de la responsabilidad del Estado*. B) *Sujetos legitimados para invocar la responsabilidad*. 1) Estado lesionado (artículo 42). 2) Estados distintos del lesionado (artículo 48). a) Algunas cuestiones relacionadas con la nacionalidad de la reclamación. b) La incidencia de la renuncia a la invocación por el Estado lesionado sobre la legitimación colectiva del artículo 48. V. A modo de conclusión.

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el FEDER (ref. BJU2002-00559).

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito en la última década en torno a la responsabilidad penal internacional del individuo derivada de la comisión de conductas susceptibles de calificarse como crímenes internacionales –crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, en general, y genocidio, en particular– (1). Tanto internacionalistas como penalistas, también procesalistas, se han ocupado de analizar desde distintos puntos de vista los perfiles que presenta cada una de tales infracciones, así como los mecanismos de los que disponemos a día de hoy para hacer efectiva la sanción de tan abominables actos. La novedad que ha supuesto la puesta en marcha de todo el entramado adjetivo y material que conforma el todavía joven *Derecho Internacional Penal* y el propósito perseguido con todo ello –lograr que la impunidad sea la excepción y no la regla, especialmente ante hechos tan graves– explica el protagonismo adquirido por el sector (2).

No obstante lo anterior, hubiera sido conveniente que junto al estudio de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de conductas como las que se han mencionado se hubiera profundizado en idéntica medida en el análisis de la responsabilidad clásica, esto es, la del Estado, por esos mismos hechos. Y es que aunque es cierto que responsabilidad internacional individual y estatal no están siempre y necesariamente vinculadas, es probable que así ocurra en muchas ocasiones, tal y como se puso de relieve en el comentario al *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, concluido por la CDI en el año 1996: «es posible, y de hecho probable, (...), que una persona cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como «agente del Estado», «por cuenta del Estado», «en nombre del Estado», o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal» (3).

---

(1) En la categoría «crimen internacional» entran sin ningún género de dudas los crímenes contra la humanidad, en general, y el de genocidio en particular, así como los crímenes de guerra.

(2) Cfr. entre otros muchos, BACIGALUPO ZAPATER, E (Dir.), *El Derecho Internacional Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001; BOLLO AROCEÑA, M.D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004; QUEL LOPEZ, F.J. (Dir.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, AEPDIRI, Madrid, 2000; RUEDA, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

(3) Cfr. el parágr. 1 del Comentario al artículo 4 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuya literalidad es la siguiente «El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz

Pues bien, es esta segunda perspectiva de análisis, la de la responsabilidad del Estado por la violación del derecho internacional humanitario, la que vamos a adoptar en el presente trabajo, al hilo, precisamente, de los hechos ocurridos en la cárcel de Abu Ghraib entre finales del año 2003 y la primera mitad de 2004 –hechos considerados como ciertos en tres informes oficiales preparados desde distintas instancias de la administración norteamericana, pero también en otros informes elaborados por el propio CICR o algunas algunas organizaciones como *Human Rights Watch* o *Amnistía Internacional* (4)–, tomando como referente el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados que la CDI aprobó en segunda lectura en el año 2001, pues, aun cuando el Derecho Internacional Humanitario se rige por algunas reglas propias (5), no es un sistema enteramente autónomo y necesita de los mecanismos generales de aplicación del Derecho Internacional (6).

Nuestro estudio girará en torno a tres grandes cuestiones: en primer lugar, el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, constitui-

---

y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión relativa a la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional». En coherencia con ello, el artículo 58 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados señala que «los presentes artículos se entienden sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe como órgano o agente del Estado». Cfr. «Texto del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», Informe de la CDI, 53 período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. 56º período de sesiones. Suplemento n.º 10 (56/10). Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 21-306. En adelante «Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados».

(4) Cfr. Informes de la Administración de los Estados Unidos: Informe Taguba (9 de marzo de 2004); Informe Fay-Jones (25 de agosto de 2004); Informe Schlesinger (24 de agosto 2004). Informe del CICR (febrero de 2004). Todo ello puede encontrarse en la siguiente página web: <http://www.scvhistory.com/scvhistory/signal/iraq/index.htm>. Por otra parte, el informe elaborado por Human Rights Watch sobre los hechos ocurridos en Abu Ghraib (junio 2004) puede hallarse en <http://hrw.org/reports/2004/usa0604/usa0604.pdf>

(5) Para estos supuestos, el artículo 55 del Proyecto de la CDI señala que no serán de aplicación las disposiciones del proyecto «en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional». Sobre el carácter autónomo de las normas de Derecho Internacional Humanitario, cfr. LEVRAT, N., «Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires», en Fritz Kalshoven e Yves Sandoz (reds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 263-296 KAMENOV, «The origin of State and entity responsibility for violations of international humanitarian law in armed conflicts», en Fritz Kalshoven e Yves Sandoz (reds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 170-176.

(6) Como ha señalado SASSOLI, «si se sostuviera que el derecho internacional humanitario sólo puede aplicarse por sus propios mecanismos, esta rama del derecho sería de indole menos obligatoria y tendría grandes deficiencias», SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario», *RICR*, N. 846, 2002, p. 3.

do en este caso por la violación de algunas obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario; en segundo lugar, el elemento subjetivo del ilícito, esto es, la atribución de los comportamientos al Estado como consecuencia de los actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y otros individuos al servicio del Estado, y, en tercer y último lugar, la invocación de la responsabilidad.

## II. LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

El primer elemento necesario para mantener la existencia de un hecho internacionalmente ilícito es el elemento objetivo o violación de una obligación internacional, violación que se produce cuando un hecho de un Estado no es conforme con lo que de él exige una obligación, sea cual sea el origen o el carácter de la misma, sea cual sea su gravedad (7), ya consista el comportamiento en una acción, en una omisión o en una combinación de acciones u omisiones (8). Ahora bien, para determinar si un comportamiento dado atribuible al Estado ha constituido la violación de una de sus obligaciones, es necesario centrarse en la norma primaria que enuncia el contenido y el alcance de aquellas. A ello vamos a dedicar las próximas líneas.

En marzo de 2003 se dio inicio a la intervención angloestadounidense en Iraq con la mayoritaria oposición de la Sociedad Internacional y de la opinión pública mundial. Gran parte de la doctrina internacionalista advirtió igualmente de la ilegalidad de una intervención semejante. Quedaba por ver el modo en que las potencias intervinientes iban a *gestionar* la ocupación una vez producida ésta. Los hechos ocurridos en Abu Ghraib constituyen a nuestro modo de ver una buena muestra de la deficiente planificación norteamericana de la guerra de Iraq, de la incorrecta interpretación y aplicación del Derecho Internacional Humanitario llevada a cabo por las fuerzas armadas de ese país en el contexto iraquí, cuando no el reflejo de una política más amplia desplegada en otros contextos como Afganistán o Guantánamo que ha avalado, y probablemente lo sigue haciendo, la transgresión de los principios más elementales que presiden el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos bajo la bandera del *todo vale contra el terrorismo*.

---

(7) Cfr. Artículo 12 del Proyecto de la CDI y párr. 4 del comentario al artículo 42 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

(8) Cfr. Comentario al artículo 12 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, párr. 2, p. 117.

Por razones obvias no es nuestra pretensión analizar de manera exhaustiva las obligaciones de Estados Unidos derivadas de su condición de potencia ocupante del territorio iraquí, sino identificar, a partir de los hechos en presencia, las obligaciones convencionales o consuetudinarias que Estados Unidos pudo infringir en la prisión de Abu Ghraib, violaciones que vendrían a constituir el elemento objetivo de los hechos internacionalmente ilícitos que allí se cometieron. Tales obligaciones habremos de hallarlas, principal aunque no exclusivamente, en la III Convención de Ginebra de 1949 (9), a pesar de que el entonces Secretario de Defensa de los Estados Unidos, actual Secretario de Estado, Donald Rumsfeld, tratara de minimizar su valor con afirmaciones como «*Geneva Conventions doesn't say what you do when you get up in the morning*» (10). Por muchas *vaguedades* que, en opinión del Sr. Rumsfeld, contengan estos Convenio constituyen un referente ineludible en la lucha por el respeto de los derechos humanos. En todo caso, ahí están las legislaciones internas para precisar convenientemente lo que en Ginebra, por el propio proceso de gestación de todo tratado internacional y por el tiempo en que ello tuvo lugar —han transcurrido más de 50 años desde entonces—, no fue posible; ahí está también la jurisprudencia interna e internacional como referente a utilizar a la hora de establecer la línea divisoria entre lo prohibido y lo permitido (11). Y en Abu Ghraib, se traspasó la línea, en unos casos como consecuencia de un comportamiento activo, en otros como resultado de un comportamiento omisivo, imputable a los máximos responsables del centro o a sus subordinados.

Por comenzar por lo que resulta más obvio, puede afirmarse que en Abu Ghraib se cometieron numerosas y reiteradas infracciones graves al III Convenio de Ginebra de 1949, infracciones tales como «*el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, (...) el hecho de causar adre-*

---

(9) Queda excluido, en tanto norma convencional, el I Protocolo Adicional de 1977, pues Estados Unidos no ha manifestado su consentimiento en obligarse por el citado Tratado.

(10) Declaraciones reproducidas en el informe elaborado por *Human Rights Watch*, «The road to Abu Ghraib», junio 2004, p. 7.

(11) Cfr. la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del propio Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, jurisprudencia en la que se ha tenido ocasión de analizar lo que se entiende a día de hoy por actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Cfr. sobre el particular, entre otras muchos trabajos, REIDY, A., «El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el Derecho Internacional Humanitario», *RICR*, n. 147, 1998, pp. 555-571; CONDORELLI, L., «Le Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie et sa jurisprudence», *Cursos Euro-mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 241-276

*de grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, o el hecho de (...) privar de su derecho a dicho cautivo a ser juzgado regular e imparcialmente a tenor de las prescripciones del presente Convenio» (12). Otras prohibiciones que aparecen dispersas a lo largo del prolijo texto de la Convención resultaron igualmente infringidas, como la que prohíbe la comisión de «acciones u omisiones (...) que acarreen la muerte o pongan en grave peligro la salud de un prisionero» (13), la que exige la protección de los prisioneros de guerra «en todo tiempo, especialmente contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra insultos y contra la curiosidad pública» o la que les garantiza «en todas circunstancias al respeto de su persona y de su dignidad», en particular la que establece que «no podrá ejercerse sobre los prisioneros, tortura física o moral ni ninguna presión para obtener de ellos informes de cualquier clase que sean. Los cautivos que se nieguen responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de cualquier naturaleza» (14).*

Pues bien, numerosas prácticas seguidas en Abu Ghraib contravinieron abiertamente algunas de las disposiciones que acabamos de transcribir, tal y como puso de relieve el equipo investigador del CICR (15) y ha sido reconocido por el propio Ejército de los Estados Unidos. Los informes Taguba, y también los informes Fay Jones y Schlesinger, consideran probada la comisión de actos de *violencia física* –patadas, puñetazos, bofetadas– (16), *maltrato físico y psicológico* –sometimiento a los prisioneros a períodos de aislamiento prolongado por más de treinta días o a condiciones extremas de frío, calor o ruido–, *coacción* –amenazas de muerte con armas de fuego, utilización de perros como modo de aterrorizar a los detenidos con la finalidad de lograr su confesión (17)–, *abusos sexuales*

---

(12) Cfr. artículo 130 del III Convenio de Ginebra de 1949.

(13) Ibid., artículo 103.

(14) Ibid., artículo 17.

(15) Cfr. Informe del CICR, p. 2, «Brutality against protected persons upon capture and initial custody, sometimes causing death or serious injury; absence of notification arrest of persons deprived of their liberty to their families rousing distress among persons deprived of their liberty and their families; physical or psychological coercion during interrogation to secure information; prolonged solitary confinement in cells devoid of daylight Excessive and disproportionate use of force against persons deprived of their liberty resulting in death or injury during their period of internment».

(16) El informe Taguba se refiere también a otras prácticas como por ejemplo el derramamiento del líquido fosfórico de las bombillas sobre los prisioneros.

(17) El informe Taguba se refiere al empleo de perros para asustar e intimidar a los detenidos con amenazas de ataque que, en algún caso, acabaron con una mordedura real.



–incluida la violación o la sodomía– (18), o *humillaciones* –obligar a los detenidos a permanecer desnudos durante días o con ropa interior femenina, fotografiarlos en esas condiciones, etc.– (19), actos protagonizados por algunos miembros de las fuerzas armadas y por personal civil contratado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos (20).

Hechos como los descritos se pudieron producir como consecuencia de la violación de otras obligaciones internacionales, cometidas en esta ocasión por otros sujetos distintos, los superiores jerárquicos del centro de prisioneros de Abu Ghraib: la obligación de impedir las infracciones de los Convenios de Ginebra –para lo cual debían haber adoptado las medidas necesarias para que los miembros de las fuerzas armadas tuvieran conocimiento de las obligaciones que les incumbían–, y la de promover la acción penal o disciplinaria contra los autores de tales infracciones. Y es que el hecho de que los comportamientos fueran realizados por los subordinados no exime de responsabilidad a los superiores jerárquicos si sabían o tenían información que les hubiera permitido concluir que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tales infracciones.

En efecto, tal y como se ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones por parte del CICR y por la doctrina internacionalista, la ignorancia es uno de los factores propiciatorios del incumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, de ahí que una de las obligaciones de todos los Estados parte en los Convenios de Ginebra consiste en formar al personal civil y militar que tenga la responsabilidad de aplicarlo (21). Pues bien, tal y como se desprende de los distintos informes elaborados por la administración norteamericana, las fuerzas armadas estadounidenses y el personal contratado para desempeñar su labor en Iraq no recibió la formación necesaria para proporcionarles el adecuado conocimiento del Derecho Internacional Humanitario que indefectiblemente iban a tener que aplicar. Una

---

(18) El informe Taguba se refiere a otras conductas como obligar a grupos de prisioneros varones a masturbarse mientras eran fotografiados y grabados en vídeo o sodomizar a un prisionero etc. Cfr. Informe Taguba, pp. 11-12.

(19) Grabación en vídeo y toma de fotografías de los reclusos –hombres y mujeres– desnudos; obligar a los detenidos a despojarse de sus ropas, manteniéndolos desnudos durante días. Cfr. p. 11-12 del informe Taguba.

(20) Cfr. infra punto III.

(21) Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, E., «Estudio introductorio sobre el control del cumplimiento del Derecho internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados», en *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, Madrid, Ed. McGraw Hill, 1998, p. 8. CONDORELLI, L. y BOISSON DE CHAZOURNES, L., «Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de intereses colectivos», *RICR*, N.º 837, pp. 67-87.

vez desplegados sobre el suelo iraquí, la falta de formación e información continuó, algo que hubiera sido particularmente necesario en atención a esa falta de preparación previa (22). Incluso después de que se pusieran de manifiesto tales deficiencias, los mandos militares mantuvieron una actitud de clara pasividad (23).

Mucho más grave es la omisión de las autoridades presentes en Abu Ghraib de su deber de supervisar los comportamientos de sus subordinados y de sancionar disciplinaria o penalmente a quienes actuaron contraviniendo sus obligaciones. En estos últimos años el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha precisado el sentido y el alcance de la obligación convencional (artículo 87 del Protocolo Adicional I de 1977) y consuetudinaria de los superiores de velar por que sus subordinados respeten el derecho internacional humanitario, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 de su Estatuto en el que se resalta la responsabilidad del superior jerárquico «si sabía o tenía razones para saber 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 tales actos». Quizás haya sido la sentencia dictada por el Tribunal en el caso *Celebici* –sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia en noviembre de 1998 y confirmada después en este punto por la Sala de Apelación el 20 de febrero de 2001– la que ha sentado las bases de las condiciones y los límites a la responsabilidad del superior jerárquico por las conductas cometidas por sus subordinados. Así las cosas, cabe afirmar que nos hallamos en presencia de la violación de la obligación internacional de referencia cuando se dan las siguientes circunstancias: en primer lugar, cuando exista una relación de subordinación, sea cual sea la condición, civil o militar del superior, sea una relación de

---

(22) «I find that very little instruction or training was provided to MP personnel on the applicable rules of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. (...) There is a general lack of knowledge, implementation, and emphasis of basic legal regulatory, doctrinal, and command requirements within the 800th MP Brigade and its subordinate units (...) Soldiers were poorly prepared and untrained to conduct I/R operations prior to deployment, at the mobilization site, upon arrival in theater, and throughout their mission», Cfr Informe Taguba, pp. 14, 16 y 18 respectivamente. El informe se refiere también a otras deficiencias como «neither the camp rules nor the provisions of the Geneva Conventions are posted in English or in the language of the detainees at any of the detention facilities in the 800th MP Brigade's AOR even after several investigations had annotate the lack of this critical requirement», p. 19.

(23) *Ibid.*, p. 34: «Key seniors leaders in both the 800<sup>th</sup> MP Brigade and the 205<sup>th</sup> MI Brigade fail to comply with established regulations, policies, and command directives in preventing detainee abuses at Abu Ghraib (BCCF) and at Camp Bucca during the period August 2003 to February 2004».

superioridad jurídica o de facto. En segundo lugar, cuando el superior sepa o tenga razones para saber de los comportamientos criminales de los subordinados. En ausencia de pruebas directas del conocimiento de los hechos por parte del superior, podrían servir como indicios que hubieran debido llevar al superior a realizar una investigación más profunda elementos tales como el número, el tipo y el alcance de los actos ilegales, el período durante el cual los hechos tuvieron lugar, los medios logísticos utilizados, el carácter aislado o generalizado de los actos, el modus operandi, personal implicado, lugar en el que se encontraba el superior en el tiempo en que los hechos tuvieron lugar, etc. Por lo demás, el TPIY ha señalado en reiteradas ocasiones que no cabe establecer la responsabilidad del superior si carecía de toda información sobre los hechos constitutivos de la violación del Derecho Internacional Humanitario. En tercer y último lugar, cuando teniendo en cuenta los elementos anteriores, el superior no haya adoptado todas las medidas *necesarias y razonables* para prevenir y en su caso castigar el crimen, sin que se pueda exigir a un superior a hacer lo imposible, sino sólo aquello que esté en disposición material de hacer (24).

A la vista de todo cuanto acabamos de señalar, consideramos que existen elementos más que suficientes para mantener la violación de la obligación por parte de los superiores del centro de detención de Abu Ghraib de la obligación en cuestión (25), pues ostentando la condición de superiores jerárquicos y disponiendo de información de fuentes reputadas como el CICR o Amnistía Internacional, se inhibieron de su deber de adoptar las medidas razonables y necesarias para impedir la comisión de actos como los descritos y para sancionar a los responsables. Tal y como se desprende de uno de los informes elaborados por la propia administración norteamericana *«The leaders from units located at Abu Ghraib (...) failed to supervise subordinates or provide direct oversight of this important mission. These leaders failed to properly discipline their soldiers.*

---

(24) Cfr. Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 1998, Le Procureur c. Z. Delalic, Z. Mucic, H. Delic Y E. Landzo, parágr. 346 y ss.; Sentencia de la Sala de Apelación, 20 de febrero de 2001, parágr. 182 y ss.

(25) Lugarteniente General Ricardo Sanchez, «commander of the coalition Joint Task Force-7 (JTF-7), desde junio de 2003 hasta julio de 2004; Brigadier General Janis Karpinski, «commanded the 800<sup>th</sup> Military Police Brigade, the unit of the US Army responsible for detention facilities in Iraq», desde junio de 2003 hasta mayo de 2004; Coronel Thomas Pappas, «commanded the 205<sup>th</sup> Military Intelligence Brigade, oversaw military intelligence personnel in Iraq, and commanded the Joint Interrogation and Debriefing Center at Abu Ghraib», Cfr. Complaint for declaratory relief and damages A. ALI y otros c. D. Rumsfeld, p. 16

*These leaders failed to learn from prior mistakes and failed to provide continued mission-specific training (...). The absence of effective leadership was a factor in not sooner discovering and taking actions to prevent both the violent/sexual abuse incidents and the misinterpretation/confusion incidents» (26).*

A nuestro juicio, incluso es posible ir más allá y mantener la responsabilidad de los superiores jerárquicos, llegando a las más altas instancias del Estado –hasta el propio Secretario de Defensa de la época, Donald Rumsfeld– por haber autorizado formalmente la utilización de técnicas de interrogatorio prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario. De hecho, algunos de los acusados por los hechos ocurridos en Abu Ghraib han mantenido que actuaban obedeciendo órdenes, órdenes que respondían a un objetivo muy claro: crear un ambiente de terror que llevara a los prisioneros a confesar y obtener de este modo la información necesaria para hacer frente a la insurgencia iraquí.

Algo de todo ello se viene a reconocer, si bien es cierto que muy tímidamente, en el informe Schlesinger cuando señala que los abusos fueron «*widespread (...), serious, both in number and in effect. The abuses were not just the failure of some individuals to follow known standars, and they are more than the failure of a few leaders to enforce proper discipline. There is both institutional and personal responsibility at higher levels» (27).* Al parecer todo comenzó en Abu Ghraib en agosto de 2003, cuando el general Ricardo Sanchez, al mando de la prisión, requiere la presencia en Bagdad del general Geoffrey Miller, en aquel momento responsable del centro de detención de Guantánamo y posteriormente máximo responsable del sistema penitenciario de la coalición en todo el territorio de Iraq, con el propósito de que le diera una nueva orientación al modo de hacer frente a la resistencia iraquí que estaba resultando bastante más fuerte y dañina de lo esperado. Así las cosas, el General Miller puso en conocimiento de las autoridades de Abu Ghraib las técnicas de interrogatorio que habían sido aprobadas por Donald Rumsfeld para ser utilizadas en Guantánamo el 16 de abril de 2003 (28), aunque, al parecer, advirtió que tales técnicas no podían ser aplicadas miméticamente en Iraq, puesto que en el territorio iraquí eran aplicables los Convenios de Ginebra (29). A pesar de

---

(26) Cfr. Informe Schlesinger, Executive Summary. Investigation of Intelligence Activities at Abu Ghraib, pp. 1-5, concretamente p. 4

(27) Ibid. p.5.

(28) Cfr. Apéndices D y E del informe Schlesinger.

(29) Cfr. Informe Schlesinger, p. 9

ello, el 13 de septiembre el General Sánchez aprueba un memorandum autorizando doce nuevas técnicas de interrogatorio, cinco de ellas utilizadas en Guantánamo (30). Tan sólo un mes después, el memorandum que provocó eso que se dio en denominar en la jerga interna de la prisión la *guantanamoización* de Abu Ghraib resultó anulado, después de que *USA Central Command* considerara excesivamente agresiva la política del General Sanchez. Las técnicas de interrogatorio permitidas a partir de esa fecha –12 de octubre– fueron las habituales del Ejército –las contenidas en el *Army Field Manual 34-42* (31). A pesar de ello, señala el informe Schlesinger, «*the policy memos promulgate at the CJTF-7 level allowed for interpretation in several areas and did not adequately set forth the limits of interrogation techniques. The existence of confusing and inconsistent interrogation technique policies contributed to the belief that additional interrogation techniques were condoned*» (32). Por tanto, puede afirmarse que los máximos responsables de la prisión de Abu Ghraib crearon, cuando menos, *zonas grises* sometidas a la interpretación del personal de la prisión, personal que se caracterizaba precisamente por su total desconocimiento del derecho aplicable en tal situación.

Resulta sorprendente que lo que se califica como *abuso* por los propios redactores de los distintos informes para el contexto iraquí, lo consideren permitido en otros contextos. Como ha puesto de relieve la Organización no gubernamental *Human Rights Watch*, todo cuanto ha ido ocurriendo en los últimos años no es sino el reflejo de una práctica sistemática o una política determinada liderada por los Estados Unidos en su afán por

---

(30) Cfr. pp. 8-9 del informe Schelesinger. Estos datos han sido confirmados por el informe del General Antonio Taguba, cuando señala que «*Millitary Intelligence (MI) interrogators and Other US Government Agency's (OGA) interrogators actively requested that Military Policy guards set physical and mental conditions for favorable interrogation of witnesses*». El General Taguba concluye afirmando en uno de los pasajes de su informe que «*I find that personnel assigned to the 372<sup>nd</sup> MO Company, 800<sup>th</sup> MO Brigade were directed to change facility procedures to "set the conditions" for MI interrogations, Cfr. p. 13 del informe Taguba.*».

(31) Cfr. p. 14 del informe Schlesinger.

(32) Cfr. p. 10 del informe Schelesinger. No obstante, el Subsecretario de Inteligencia del Pentágono, Stephan Cambone, negó ante el *Comité de las Fuerzas Armadas del Senado* cualquier relación entre la visita de Miller a Abu Ghraib y los abusos cometidos. Sin embargo, sus explicaciones no convencieron mucho. Así, la senadora demócrata por Nueva York, H. Clinton, declaró que si, verdaderamente, el General Miller fue enviado desde Guantánamo a Iraq con el propósito de conseguir de los detenidos «*inteligencia más procesable*», entonces era justo concluir que las acciones que al respecto figuraban en el informe Taguba estaban de alguna manera conectadas con la llegada del General Miller y sus órdenes específicas, como quiera que fueran interpretadas, por aquellos PMs y la inteligencia militar que estuvieron implicados

hacer frente al terrorismo internacional al precio que sea. Abu Ghraib, y otras prisiones en territorio iraquí, no es sino la última secuencia de una cadena en la que se encuentran también Afganistán (33) o la base estadounidense de Guantánamo en Cuba (34). Dejando a un lado la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a esos contextos, resulta evidente que prácticas como las descritas constituyen violaciones del derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio contra la tortura de 1984 o en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, textos que obligan a los Estados Unidos, de modo que su responsabilidad internacional podría verse igualmente comprometida en otros contextos. Como señalaron González Campos y Rodríguez Villasante y Prieto, «la necesidad de asegurar una protección básica a estas personas postula la aplicación alternativa a ellas de las reglas de la tercera y cuarta convención –se es prisionero de guerra o civil según el derecho internacional humanitario, sin que se reconozca un tercer género–, bajo las garantías en todo caso aportadas por el Derecho internacional de los derechos humanos» (35). Es evidente que el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la dignidad y, sobre todo, el derecho a ser tratado con *humanidad* prohíbe todas esas prácticas sea cual sea el contexto al que nos refiramos: Iraq, Afganistán, Guantánamo o cualquiera que sea el punto del planeta que se quiera poner como ejemplo, cualquiera que sea el Estado responsable de su comisión. Por todo ello quizás no sea descabellado mantener que la política de interrogatorios seguida por Estados Unidos en los contextos a los que nos hemos referido –política avalada al más alto nivel, pues algunas de las técnicas de interrogatorio necesitaban del consentimiento previo y expreso del Secretario de Defensa– constituye una violación del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

A la vista de todo cuanto se ha señalado hasta el momento, consideramos fuera de toda duda que en Abu Ghraib se violó el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por acción y por omisión, por los superiores jerárquicos y por los subordi-

---

(33) Cfr. el informe de Human Rights Watch sobre los abusos cometidos por los soldados norteamericanos en Afganistán (marzo 2004) (<http://hrw.org/reports/2004/afghanistan0304/index.htm>)

(34) Sobre la situación de los detenidos en Guantánamo, cfr. el informe elaborado por Human Rights Watch (octubre 2004) <http://hrw.org/backgrounder/usa/gitmo1004/>

(35) Cfr. GONZALEZ CAMPOS, J., RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «El caso de los detenidos de guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos», *REDI*, 2002, vol. LIV, pp. 1-40, concretamente p. 28.

nados. Sea cual sea la condición del detenido, ostente o no la condición de prisionero de guerra, comportamientos como los descritos se encuentran igualmente prohibidos por el ordenamiento internacional y por el ordenamiento interno de los Estados, incluidos los Estados Unidos.

### III. LA ATRIBUCIÓN DEL ILÍCITO AL ESTADO

Constatada la existencia de algunas violaciones del derecho internacional humanitario, conviene analizar su atribuibilidad al Estado, y más concretamente a Estados Unidos por ser la Potencia que estuvo encargada de la gestión de la prisión de Abu Ghraib. Nos referiremos, en primer lugar, a los *comportamientos realizados por los órganos del Estado*, concretamente a los comportamientos de los miembros de las fuerzas armadas y de los funcionarios de las distintas agencias del gobierno de los Estados Unidos, presentes en Abu Ghraib, así como al comportamiento del propio Secretario de Defensa de los Estados Unidos. En segundo lugar, analizaremos la posible responsabilidad del Estado por los *comportamientos realizados por personas o entidades que sin tener la condición de órganos del Estado ejercieron atribuciones de poder público*: nos referiremos al importante contingente humano conformado por agentes de seguridad y otro personal especializado como *intérpretes* o *interrogadores*, contratados por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Y, en tercer y último lugar, nos referiremos a los *comportamientos realizados por personas que pudieron actuar siguiendo de hecho instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado*, aun cuando no eran órganos del Estado ni tenían atribuida conforme al derecho interno del Estado atribuciones de poder público.

#### A) COMPORTAMIENTOS REALIZADOS POR LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

De conformidad con lo señalado en el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados «se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado» (36),

---

(36) Cfr. Artículo 4 del Proyecto de la CDI

incluso cuando, actuando en esa condición, se exceda en el ejercicio de sus competencias o contravenga las instrucciones recibidas (37). De este modo se cubren todos los comportamientos realizados por los órganos del Estado, tanto aquellos realizados siguiendo instrucciones, como aquellos otros llevados a cabo contraviniendo expresamente estas últimas o, simplemente, excediéndose en el ejercicio de sus atribuciones. Porque, como señala la CDI, los Estados no pueden prevalerse de la idea de que las acciones u omisiones de sus órganos o agentes no deberían haber tenido lugar, incluso en el caso de que otros órganos del Estado hubieran desautorizado tal comportamiento. En otro caso, «se acabarían por autorizar los abusos, ya que en la mayoría de los casos no habría ningún medio de demostrar en la práctica si el agente había actuado o no en cumplimiento de las instrucciones recibidas» (38). Esta norma se encuentra firmemente apoyada por la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina internacionalista (39).

La condición de «órgano» viene dada por los ordenamientos internos de los Estados, pues son éstos los que deciden cómo estructurar su administración y cuáles son exactamente sus funciones; se trata de una consecuencia del principio de autoorganización del Estado, «prios con el que se encuentra el Derecho Internacional, un dato previo derivado de la soberanía» (40). No obstante, el comportamiento de determinadas instituciones que desempeñan funciones públicas y que ejercen prerrogativas de poder público, como podría ser la policía, se atribuye al Estado «aun cuando el derecho interno considere que esas instituciones son autónomas e inde-

---

(37) Cfr. Artículo 7 del Proyecto de la CDI

(38) Cfr. la posición del Gobierno de España a través de la nota verbal del duque de Almodovar del Río, 4 de julio de 1898, citado por el comentario al artículo 7 del Proyecto de la CDI, parágr. 3, nota a pie 147, p. 87.

(39) Cfr. por ejemplo el caso VELASQUEZ RODRIGUEZ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la sentencia señaló que «en derecho internacional, el Estado es responsable de los actos de sus agentes ejecutados en su calidad oficial y de sus omisiones, aun cuando esos agentes actúan fuera del ámbito de su competencia o violan el derecho interno», cfr. Serie C, N.º 4, 1989, párrafo. 170, *ILR*, Vol. 95, pp. 232 y ss., concretamente, p. 296. El asunto CAIRE –caso en el que dos oficiales mejicanos dieron muerte a un ciudadano francés– la Comisión que resolvió el asunto señaló que «aunque deba presumirse que actuaron fuera de su competencia y aunque sus superiores dieron una contraorden, comprometieron la responsabilidad del Estado, puesto que se ampararon en su condición de oficiales y se sirvieron de los medios puestos a su disposición por tal concepto», cfr. comentario al artículo 7, parágr. 5 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados.

(40) Cfr. CONDORELLI, L., «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *RdC*, 1984-VI (t. 189), pp. 9-222, concretamente pp. 58-59 REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill, 1997, p. 418.



pendientes del poder ejecutivo» (41). Obviamente, los miembros de las fuerzas armadas serán considerados órganos del Estado, de cuyos comportamientos internacionalmente ilícitos éste responde. El Estado es responsable del comportamiento llevado a cabo por «todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno» (42).

Ahora bien, según se señala en el texto del Proyecto y en el comentario al mismo, para que el comportamiento de un órgano del Estado le sea imputable a este último, es necesario *que actúe en esa calidad* o, dicho de otro modo, es preciso que la persona actúe *bajo las apariencias de autoridad*, siendo irrelevante la motivación que lleve a esa persona a actuar (43). Este criterio distintivo entre un comportamiento no autorizado pero público (atribuible al Estado) y otro privado (no atribuible) debe tratarse la luz de los hechos y circunstancias presentes en cada asunto, pero no debe ser utilizado como vía para eludir la responsabilidad del Estado. En todo caso, el establecimiento de la línea divisoria entre un comportamiento no autorizado pero público y un comportamiento privado podría evitarse cuando el comportamiento objeto de la reclamación «es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él y debería haber tomado medidas para impedirlo» (44). Por lo demás, y a los efectos de establecer la existencia o no de responsabilidad por parte del Estado, es irrelevante el nivel jerárquico del órgano que lleva a cabo el comportamiento ilícito: «el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o de gobierno en que se produzca» (45).

---

(41) Cfr. parágr. 6 del comentario al Capítulo II, p. 66.

(42) Cfr. parágr. 7 del comentario al Capítulo II, p. 67

(43) Esta idea quedó claramente establecida en el caso *Mallén*, en el que la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos eximió de responsabilidad a este último Estado por los hechos cometidos por un policía estadounidense a título meramente privado, o si se quiere por un acto que no tuvo relación alguna con la función oficial, a diferencia de lo que sucedió con otro acto realizado por ese mismo individuo contra el cónsul Mallén, bajo el manto de autoridad —pues tras herirlo lo recluyó en la cárcel del condado—, pero abusando manifiestamente de su posición. Cfr. párrafo 13 del comentario al artículo 4 del Proyecto de la CDI, p. 77.

(44) Cfr. Comentario al artículo 7 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, parágr 8, p. 90.

(45) Cfr. Comentario al artículo 4 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, parágr. 6, p. 70.

En esta línea, cabe afirmar que actos como los perpetrados en Abu Ghraib, cometidos por miembros de las fuerzas armadas norteamericanas son imputables a los Estados Unidos, por haber sido realizados por órganos del Estado bajo la apariencia de autoridad, pues gran parte de los hechos a los que nos hemos referido fueron cometidos en el interior de la prisión gestionada por Estados Unidos, por miembros de sus fuerzas armadas, ataviados con el uniforme correspondiente. ¿Y de no considerarse suficientes esas circunstancias?, esto es, ¿y si no hubieran actuado los miembros de las fuerzas armadas *bajo esa apariencia de autoridad*?, ¿regiría igualmente el criterio general establecido por la CDI? De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Protocolo Adicional I de 1977, las partes contratantes son responsables por «todos los actos cometidos por las personas que componen sus fuerzas armadas», insistimos «todos los actos», como si tal expresión incluyera tanto actos realizados en el ejercicio de atribuciones de poder público como aquellos otros realizados a título particular. Esta fue la interpretación que efectuó inicialmente la CDI cuando en el año 1977 señaló la especialidad de las disposiciones del derecho internacional humanitario en este ámbito, de modo que, según señalaba entonces, los Estados asumen una responsabilidad absoluta respecto de los actos realizados por los miembros de las fuerzas armadas, incluso cuando actúan a título particular (46). No obstante, el Proyecto aprobado por la CDI en segunda lectura no hace distinciones entre la violación de una obligación cualquiera realizada por un funcionario público y la violación de una obligación derivada del derecho internacional humanitario cometida por un miembro de las fuerzas armadas. A pesar de ello, el profesor Sassòli considera que las fuerzas armadas forman parte de una categoría particular de órganos del Estado sobre la que éste ejerce un control más estricto que el que debe ejercer sobre otros funcionarios, de modo que todos sus actos, todos, son imputables al Estado. De considerar excesivamente gravosa para el Estado tal interpretación, Sassòli construye otro argumento: «al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el derecho internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están de servicio (...). Como personas privadas nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo» (47). Utilizando las palabras de David, «l'Etat joue quasiment un rôle de compagnie d'assurance: en dehors des faits (rares) où

---

(46) Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, Vol. II, p. 75, comentario al artículo 10, parágr. 4.

(47) Cfr. SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», op. cit., p. 3.

l'on pourrait invoquer une cause d'exclusion de l'illecité, il doit couvrir tous autres faits de ses forces armées» (48).

Pero no fueron las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos el único órgano del Estado implicado en los hechos ocurridos en Abu Ghraib. También había personal de algunas agencias del gobierno en la prisión, agencias como el *Federal Bureau of Intelligence* (FBI), *Iraqi Survey Group* (ISG) o la propia *Central Intelligence Agency* (CIA). Precisamente esta última ha sido objeto de severas críticas tanto en el informe Fay, como en el informe Schlesinger, pues su personal participó activamente en las tareas de interrogatorio de los prisioneros en los distintos centros de detención en Iraq, centros en los que la CIA actuaba en coordinación con el personal militar, exceptuando el caso de Abu Ghraib en el que la CIA estaba autorizada para conducir los interrogatorios en solitario. El informe Fay llega a concluir que «*CIA detention and interrogation practices led to a loss of accountability, abuse, reduced interagency cooperation, and an unhealthy mystique that further poisoned the atmosphere at Abu Ghraib*» (49). Y aun más, el informe reconoció una práctica seguida por la CIA –práctica que ya había adelantada por el General Taguba–, y que consistía en no registrar a ciertos detenidos en el momento de ser hechos prisioneros, de conformidad con el sistema ordinario, exigido por lo demás en el III Convenio de Ginebra, por considerarlos especialmente valiosos de cara a la obtención de información (50). De este modo se convertían en lo que se conocía en Abu Ghraib como los *ghost detainees* o *detenidos fantasma*, fuera de todo control, del control del personal militar y, sobre todo, fuera del alcance del equipo de investigación del CICR que efectuaba periódicamente visitas al centro de detención: para ello, relata el informe Taguba, estos detenidos eran trasladados de un lugar a otro dentro de las dependencias del centro de detención con el fin de *esquivar a los inspectores* (51). Estas prácticas, conocidas por el personal estadounidense de la prisión, provocaron que «*speculation and resentment grew over the lack of personal responsibility, of some people being above the laws and regulations. The resentment contributed to the unhealthy environment that existed at Abu Ghraib*» (52).

---

(48) DAVID, E., *Principes de Droit...*, op. cit., p. 527.

(49) Cfr. Informe Fay-Jones, p. 53.

(50) *Ibidem*

(51) Cfr. Informe Taguba, p. 19. Cfr. igualmente el pasaje del informe Fay en el que se relata la detención y posterior fallecimiento de un detenido dentro de la prisión de Abu Ghraib, a manos de un agente de la CIA, p. 53

(52) *Ibidem*.

La propia autorización extendida por el Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, para la utilización de algunas técnicas de interrogatorio abiertamente contrarias a los principios más elementales derivados del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituye un hecho internacionalmente ilícito imputable a los Estados Unidos, al igual que la omisión de su deber de velar por que sus subordinados respetaran el derecho internacional humanitario y de sancionar penal o disciplinariamente a los infractores.

Así pues, los Estados Unidos, a través de sus órganos –fuerzas armadas, agencias del gobierno, incluso a través del propio Secretario de Defensa– violaron algunas de las obligaciones internacionales anteriormente señaladas.

#### B) COMPORTAMIENTOS REALIZADOS POR PERSONAS O ENTIDADES QUE EJERCEN ATRIBUCIONES DE PODER PÚBLICO: EL CASO DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADAS EN IRAQ

A día de hoy constituye una práctica habitual de los Estados la privatización de empresas estatales, aunque sigan conservando ciertas funciones públicas, o la subcontratación de determinados servicios a empresas privadas que ejercen atribuciones de poder público en sustitución de los órganos del Estado. Y el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados no ha permanecido ajeno a estos fenómenos. Así, el artículo 5 se refiere a esta cuestión, y lo hace atribuyendo la responsabilidad al Estado por los comportamientos ilícitos realizados por *«una persona o entidad que no sea órgano del Estado (...) pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones de poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad»*. Como se ha señalado respecto de los órganos del Estado, la CDI atribuye la misma responsabilidad al Estado en el supuesto de que una de esas personas o entidades se exceda en su ejercicio o contravenga abiertamente las instrucciones recibidas. Lo dicho sobre el particular para los órganos del Estado resulta aplicable *mutatis mutandis* a este otro supuesto.

Señala la CDI que el término *entidad* engloba una gran variedad de organismos como las empresas públicas, las entidades semipúblicas, e incluso en ocasiones compañías privadas, «a condición de que en cada caso la entidad esté facultada por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con

el ejercicio de las atribuciones de poder público que le corresponden» (53). La propia CDI se ha referido a algunos supuestos: Estados en los que es posible delegar en compañías aéreas privadas o estatales algunas facultades en relación con el control de la inmigración, o Estados que permiten la contratación de empresas de seguridad privadas con la finalidad de que lleven a cabo funciones dentro de las prisiones, ejerciendo en esa calidad facultades públicas como «las de detención y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria» (54).

Para que el comportamiento sea atribuible al Estado lo relevante es que la entidad privada esté facultada por el ordenamiento interno de ese Estado para el ejercicio de atribuciones de poder público, «aunque sea limitadamente y para contextos concretos», sin que sea necesario demostrar que el comportamiento se verificó efectivamente bajo el control del Estado (55). Ahora bien, la determinación de lo que se entiende por «atribución de poder público» no es una tarea sencilla, pues, como señala la CDI «más allá de cierto límite, lo que se considera “poder público” dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones» (56). Por ello, tendrá importancia no sólo el contenido de las atribuciones asignadas a la entidad o empresa privada, sino la manera en que se le confieren, «para qué fines se ejercen y en qué medida la entidad es responsable de su ejercicio ante el Estado» (57).

Quizás haya sido *la guerra* –entendiendo por guerra a estos efectos tanto la propia fase de conflicto bélico como la fase posterior de estabilización y reconstrucción del Estado– uno de esos *sectores* en los que el fenómeno de la privatización se ha podido apreciar con mayor crudeza en los últimos años. Este fenómeno de privatización de los conflictos arma-

---

(53) Cfr. parágr. 2 del comentario al artículo 5, p. 78

(54) Ibidem. Cfr. sobre el caso particular de la privatización de las prisiones en Estados Unidos: AMAN, A.C., «Privatisation, democracy and human rights: democracy deficits in the US and the need to extend the province of administrative law» (en prensa); ROBBINS, I.P., «Privatisation of corrections: a violation of US domestic law, international human rights and good sense» (en prensa)

(55) Cfr. parágr. 7 del comentario al artículo 5, p. 81

(56) Cfr. parágr. 6 del comentario al artículo 5, p. 81. Cfr. en un sentido similar CONDORELLI, L., «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *op. cit.*, p. 71: «il est impossible, en effet, de soutenir qu'il existe une notion unique et généralement acceptée de la “puissance publique”, cette notion étant tributaire, dans chaque droit interne, de conceptions et d'élaborations indigènes, d'autant plus qu'elle prend appui en substance sur une distinction très tourmentée, qui est fondamentalement étrangère au droit international: celle entre droit privé et droit public. Cette observation montre à elle seule combien est malaisé l'emploi d'un critère si peu objectif pour départager les actes imputables à un Etat de ceux qui ne le sont pas, dans le contexte de la responsabilité internationale».

(57) Cfr. parágr. 6 del comentario al artículo 5.

dos ha dejado de ser marginal, de modo que las empresas privadas y sus empleados han pasado a convertirse en los nuevos actores de las zonas en guerra donde llevan a cabo actividades cada vez más diversificadas, en ocasiones en sectores reservados con anterioridad a las Fuerzas Armadas. La situación ha adquirido relevancia suficiente como para que el Relator Especial de Naciones Unidas *sobre la cuestión de la utilización de los mercenarios* haya incluido dentro de su campo de trabajo el estudio del papel de las *empresas privadas de asistencia, asesoría y seguridad militar* (58). Los expertos reunidos en Ginebra en el año 2001 para analizar el tema no opusieron resistencia al funcionamiento de este tipo de empresas, incluso llegaron a reconocer que se trataba de empresas «eficientes» y que prestaban servicios «polivalentes»; sin embargo, destacaron su desacuerdo con su participación en conflictos armados a través de unidades de mercenarios conformando ejércitos privados, por lo que concluyeron la necesidad de que los Estados legislen para impedir este tipo de prácticas y la necesidad de que desde Naciones Unidas se articule un mecanismo de control y vigilancia de este tipo de empresas (59)

Algo de todo cuanto acabamos de señalar ha ocurrido en Iraq, donde ha existido un contingente aproximado de 20.000 individuos –el segundo más importante después del de Estados Unidos–, trabajando para empresas privadas contratadas por Estados Unidos y Gran Bretaña, fundamentalmente. Como es habitual desde hace algunos años, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos procedió a la contratación de los servicios de empresas como CACI o TITAN Corporation, con la finalidad de que desarrollaran tareas de distinto signo en Iraq, como la vigilancia de las prisiones iraquíes, el mantenimiento de orden en su interior o el interrogatorio de los detenidos (60). Los problemas surgen cuando estos individuos

---

(58) Cfr. el artículo 47 del Protocolo Adicional I así como el artículo 1 del Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989 (Res. 44/34, 4 de diciembre de 1989, Asamblea General), en vigor desde el 20 de octubre de 2001, para ver la definición de *mercenario*. No obstante, entre las tareas asignadas al Relator Especial se encuentra la redacción de una nueva definición del término a la luz de la evolución de este tipo de actividades. Cfr. el proyecto de definición en UN Doc. E/CN.4/2004/15, 24 de diciembre de 2003, pp. 13-18.

(59) Cfr. *Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, UN Doc. A/56/224, 27 de julio de 2001, p. 17.

(60) El informe del General Fay se refiere a las funciones desempeñadas por empresas contratadas por el Departamento de Defensa: «“Interrogator support”, “Screening Cell Support”, “Open Source Intelligence”, “Special Security Office”, “HUMINT Augmentee Contractors” (which includes “Interrogators support”, “Junior Interrogators”, “Senior and Junior Counter Intelligence Agents” and “Tactical/Strategic Interrogators”»), Cfr. p. 48 del informe.

contratados por el Estado llevan a cabo conductas que violan el derecho internacional, y más concretamente las normas protectoras de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como las que garantizan el trato debido a todo ser humano –tenga o no la condición de prisionero de guerra–. Y eso es precisamente lo que ocurrió en Abu Ghraib. Es en ese momento cuando se plantea la responsabilidad del propio Estado contratador por las acciones u omisiones llevadas a cabo, no por sus órganos, sino por personas contratadas para el *desempeño de atribuciones de poder público*.

Los informes Taguba, Fay-Jones y Schlesinger mencionan expresamente el caso de varios civiles contratados por Estados Unidos para desempeñar tareas como la de interrogador o intérprete en la prisión de Abu Ghraib, y que contribuyeron con su comportamiento a la comisión de los ilícitos a los que ya nos hemos referido: en unos casos, por haber estado presentes durante los interrogatorios en los que terceros utilizaron técnicas prohibidas, sin haber impedido o al menos informado de los hechos a sus superiores, y por su participación activa –violaciones, malos tratos, humillaciones, etc.–, en algunos otros (61).

Determinar si los civiles contratados actuaron siguiendo las instrucciones de un órgano del Estado, contraviniendo las mismas o, simplemente, extralimitándose en el ejercicio de las funciones atribuidas resulta ciertamente difícil. Quizás nos sirva como primer punto de referencia el comunicado que ofreció la empresa CACI –empresa contratadora de algunos de los acusados– en el que se indicó que el control sobre las operaciones de interrogatorio en Abu Ghraib y en cualquier otro lugar del territorio iraquí lo tenía el Ejército norteamericano, de modo que sus empleados actuaron *«exclusively in the military chain of command. For instance, interrogation operations at Abu Ghraib prison were, and remain, under the operational control of the JIDC, a military unit under the command and control of military personnel»* (62). Este dato fue confirmado por el General Cambone, en las declaraciones que realizó ante el Senado de los Estados Unidos cuando destacó que *«contractors may not perform interrogations except under the supervision of military personnel. There may have been circumstances under which this regulation was not followed»*. Y concluyó señalando que *«contractors may not supervise or give orders or direction to military personnel. And while contractors are not under military discipline they are*

---

(61) Cfr. pp. 132 a 134 del Informe Fay; cfr. pp. 36 y 37 del Informe Taguba.

(62) Cfr. «CACI corrects False Information About Chain of Command in Iraq», CACI News Release, en [http://www.caci.com/about/news/news2004/07\\_29\\_04\\_NR.html](http://www.caci.com/about/news/news2004/07_29_04_NR.html)

*subject to suspension from their contracts by the government for cause»* (63). No obstante, el informe del general Fay, al que se refería Cambone, recoge las declaraciones de algunos testigos que avalan la tesis del papel preponderante que asumió el personal contratado en Abu Ghraib, en contravención de las reglas que regían la relación entre las Fuerzas Armadas y el personal contratado, y a pesar de que como ha quedado demostrado carecían de la formación y la experiencia necesarias para desempeñar correctamente las tareas que estaban realizando. Lleva razón el Relator Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios cuando señala en relación con las que denominó empresas de seguridad militar que «las leyes nacionales y las internacionales deben ocuparse del tema de manera que existan mecanismos de supervisión, regulación y control que delimiten claramente la asesoría militar de la participación en conflictos armados y de todo aquello que podría considerarse como una invasión en asuntos de orden y seguridad que corresponden exclusivamente al Estado» (64).

Sea como fuere, realizaran los comportamientos bajo las órdenes y el control de miembros del ejército norteamericano o lo hicieran extralimitándose o contraviniendo las instrucciones recibidas, lo cierto es que la responsabilidad de los Estados Unidos es clara, pues en ningún caso puede afirmarse que los comportamientos realizados lo fueran a título meramente privado siendo el que era el contexto y las circunstancias en que todo ello tuvo lugar.

#### C) COMPORTAMIENTOS REALIZADOS POR PERSONAS QUE ACTÚAN DE HECHO SIGUIENDO INSTRUCCIONES O BAJO LA DIRECCIÓN O EL CONTROL DEL ESTADO

Como regla general, los comportamientos realizados por personas o entidades privadas no le son atribuibles al Estado. Ahora bien, excepcionalmente puede ocurrir lo contrario. El artículo 8 del Proyecto de la CDI señala que se considerará hecho del Estado el comportamiento de una persona o grupo de personas que, sin ser órganos del Estado ni estar facultadas por el ordenamiento interno para ejercer atribuciones de poder público, actúan «*de hecho* por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado».

---

(63) Cfr. la transcripción literal de la comparecencia de Cambone y Taguba ante el Comité del Senado, 11 de mayo de 2004 en <http://www.scvhhistory.com/scvhhistory/signal/iraq/taguba-cambone-051104.htm>.

(64) Cfr. UN Doc. A/58/115, p. 9 y E/CN.4/2004/15, pp. 11-12



El primero de los supuestos a los que se refiere el artículo 8 imputa al Estado la responsabilidad de los actos cometidos por una persona o un grupo de ellas «siguiendo instrucciones del Estado». Se trata, como señala la CDI, de casos en que el Estado complementa su actuación contratando o instigando a «personas o grupos de personas que, sin haber sido nombrados expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleadas como auxiliares o enviadas como “voluntarios” a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado» (65). No importa que la persona que ha intervenido sea un particular ni que su comportamiento no corresponda con una *actividad pública* (66). Es la existencia de un vínculo real, de facto, entre la persona y el Estado lo que determina la existencia de responsabilidad de éste último (67).

El segundo de los supuestos es más difuso, pues se refiere a la responsabilidad del Estado por los actos realizados por personas que actúan *bajo su dirección o control*, supuesto analizado en profundidad por la CIJ con ocasión de la controversia que enfrentó a Nicaragua y Estados Unidos en el año 1984. Entre otras cosas, la Corte trataba de establecer la responsabilidad en la que podían haber incurrido los Estados Unidos por las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por la *contra nicaragüense*. Para establecer tal responsabilidad, la Corte exigió un alto grado de control del Estado sobre las personas autoras materiales de la violación del derecho internacional; así, la Corte llegó a señalar que aunque la participación de Estados Unidos fue «preponderante o decisiva» en el equipamiento, el aprovisionamiento, la financiación, organización y formación de la *contra*, en la selección de los blancos y en la planificación del conjunto de las operaciones, todo ello no bastaba para atribuir a Estados Unidos los hechos cometidos por la guerrilla. Para que ese comportamiento diera lugar a la responsabilidad internacional de Estados Unidos debía probarse que este Estado tenía un «*control efectivo*» de las operaciones militares y paramilitares en el transcurso de las cuales se cometieron las violaciones del derecho internacional humanitario (68). Según concluyó la CIJ, una situación general de dependencia y control no era suficiente para justificar la atribución del comportamiento al Estado.

---

(65) Cfr. comentario al artículo 8, párr. 3, p. 93.

(66) Ibid. párr. 2, p. 92.

(67) Ibid. párr. 1, p. 92.

(68) Cfr. ICJ Reports, 27 de junio de 1986, párr. 109 a 116.

Unos cuantos años después, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia tuvo ocasión de analizar esta misma cuestión, con el objeto de determinar la naturaleza interna o internacional del conflicto en cada momento, elemento clave a la hora de establecer el derecho material aplicable por el Tribunal. Fue precisamente al hilo del caso *Tadic* cuando esta cuestión se planteó por primera vez. La Sala de Primera Instancia se vio obligada a analizar el grado de dependencia funcional (69) y material (70) de la República de Sprska y su ejército respecto de la República Federativa de Yugoslavia, y para ello utilizó los parámetros que había marcado la CIJ en el año 1986 (71). Sin embargo, recurrida la sentencia

---

(69) En este sentido, la Sala consideró que la acusación no había presentado elementos de prueba concluyentes que establecieran claramente un *vínculo* entre el General MLADIC, jefe del Estado Mayor de la V.R.S., y *Belgrado*. La Sala reconoce la existencia de una «coordinación» entre la República de Sprska y la Federativa Yugoslava, pero observa que ello no implica «direction et commandement». Efectivamente, Pale y Belgrado tuvieron objetivos políticos y militares complementarios: la consecución de «la gran Serbia»; por esa misma razón, señala la Sala, no era necesaria la dirección y el control por parte de Serbia y Montenegro, *Cfr.* Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N.º ICTY-94-1-T), *Jugement*, 7 de Mayo de 1997, parágr. 598, 603 y ss. De este modo, concluye afirmando la Sala, «sans la preuve qu’avaient été reçus de Belgrade des ordres qui tournaient ou supplantaient l’autorité du commandant du corps, ne peuvent être considérés comme ayant été exécutés “pour le compte” de la République Fédéral de Yougoslavie», *Ibid.*, parágr. 601.

(70) La propia Sala de Primera Instancia considera *probado* que la J.N.A. desempeñó un papel fundamental en la dotación y equipamiento del ejército de la República de Sprska; gran parte del arsenal que aquélla disponía en el territorio de Bosnia Herzegovina antes del estallido del conflicto permaneció bajo el control de la V.R.S. La sentencia reconoce que trescientos carros de combate, ochocientos vehículos blindados y más de ochocientas piezas de artillería pesada fueron transferidos de la J.N.A. a la V.R.S. *Ibid.*, parágr. 114. Lo mismo podría decirse respecto del componente humano de este último ejército, en su gran mayoría antiguos miembros de la J.N.A.. Afinando un poco más, la sentencia se refiere al salario recibido por los oficiales retirados de la J.N.A., bosnios de origen serbio, así como al de determinados altos mandos de la V.R.S., abonados todos ellos por la República Federal Yugoslava *Ibid.*, parágr. 115. A pesar de todo, la Sala considera que tales datos «n’établissent que le potentiel d’un contrôle inhérent au lien de dépendance créé par ce financement» *Ibid.*, parágr. 602.

(71) *Cfr.* el texto de la Sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia, *cfr.* Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N.º ICTY-94-1-T), *JUGEMENT*, 7 de Mayo de 1997. El juez MCDONALD, sin embargo, disintió de la mayoría, ya que desde su punto de vista la creación de la V.R.S. no fue sino una ficción jurídica, de modo que, siguiendo el criterio general de la Sala, que él no compartía, la República Federativa de Yugoslavia ejerció un *control efectivo* sobre el ejército de la República de Sprska, de modo que hubiera considerado el conflicto como un conflicto internacional *Cfr.* *Opinion individuelle et dissidente du juge MCDONALD relative à l’applicabilité de l’article 2 du Statut*, parágr. 5 a 15. En todo caso, desde su punto de vista, el criterio que cabría extraer de la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Nicaragua contra Estados Unidos* es el de la «dependencia y control» *Ibid.*, parágr. 16 a 34. A partir de ahí, las conclusiones a las que llegó fueron bien distintas, respecto al grado de intervención de Serbia y Montenegro, y, consecuentemente, respecto de la calificación del conflicto y, por extensión, respecto del derecho material aplicable.

en apelación, la mayoría de los jueces de la Sala disintió del planteamiento de la CIJ, concluyendo que el criterio que determina la atribución del ilícito a un Estado no es la existencia de un *control efectivo*, esto es, la emisión de órdenes e instrucciones concretas a los grupos armados de ese otro Estado, sino la existencia de un grado de *control general* por parte de aquel, grado de control que es posible concluir a partir de elementos tales como el envío de militares de alto rango de un Estado a otro, el abono del salario de determinado personal militar por la administración del tercer Estado, el mantenimiento de la estructura organizativa y de mando anterior, etc (72).

La CDI se ha referido a semejante disparidad de criterios –*control efectivo* frente a *control global*– advirtiendo que CIJ y TPIY trataban en realidad cuestiones jurídicas y situaciones de hecho diferentes, lo que explicaría, desde su punto de vista, tal divergencia interpretativa. No sin razón, el Profesor Sassòli se ha mostrado crítico con la argumentación de la CDI, pues aunque era cierto que en ambos asuntos se habían tratado de resolver cuestiones distintas, «la cuestión preliminar que subyacía al asunto *Tadic* era la misma que se había decidido en el asunto *Nicaragua*». En realidad, continúa Sassoli, «antes de que se pueda establecer la responsabilidad individual en un asunto dado, se deben esclarecer las normas según las cuales debería haber actuado un individuo. El derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internacionales podría aplicarse a los hechos que el señor Tadic, serbobosnio, cometió contra bosnios musulmanes en el transcurso de un conflicto con el Gobierno bosnio, sólo si esos hechos pudieran considerarse jurídicamente como actos de otro Estado, a saber, de la República Federal de Yugoslavia» (73). Lleva razón el profesor Sassòli, aunque quizás, parafraseando a E. David, en estas situaciones *lo que el Derecho pierde en rigor lo gana en humanidad*, pues la pretensión del TPIY era aplicar a los hechos en presencia la protección ofrecida por los Convenios de Ginebra en su integridad, y no sólo el artículo 3 común a los mismos (74).

---

(72) *Cfr.* Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N.º ICTY-94-1-A), JUGEMENT, 15 de Julio de 1999, parágr. 156. Como algún tiempo después señaló el propio Tribunal, esta vez en el marco del caso Kordic y Cerkez, «the test of overall control is a lower standard than that of effective control, and, accordingly, a lower threshold of proof is required for its establishment», *Cfr.* The Prosecutor v. Dario KORDIC y Mario CERZEC (ICTY-95-14/2), JUGEMENT, 26 de febrero de 2001., parágr. 112.

(73) *Cfr.* SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 4

(74) *Cfr.* DAVID, E., «Le Tribunal International Pénal pour l'Ex-Yougoslavie», *RBDI*, 1992-2, pp. 585-595, p. 592.

Otro Tribunal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tuvo ocasión de abordar esta cuestión en el asunto *Loizidou c. Turquía*, y lo hizo reduciendo sustancialmente el umbral de exigencia para imputar el comportamiento al Estado. En este asunto el TEDH estableció la responsabilidad de Turquía por hechos ocurridos fuera de su territorio soberano, pero dentro de lo que el Tribunal entiende su ámbito jurisdiccional, puesto que «le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un *contrôle global* sur cette partie de l'île» (75), para terminar concluyendo que «d'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la RTCN» (76).

La práctica internacional parece indicar que ha descendido el nivel de implicación exigido para considerar a un Estado responsable por los hechos cometidos por personas o entidades *bajo su dirección o control*. La propia respuesta desencadenada tras los ataques de los que fueron objeto los Estados Unidos el 11-S vendría a corroborar esta tesis, pues este Estado desplegó toda una operación militar contra Afganistán, Estado al que por lo visto le fue imputado el comportamiento materialmente ejecutado por el mencionado grupo terrorista: ¿por qué si no se ataca Afganistán? Puede decirse que el Estado afgano sirvió como campamento base para las actividades del grupo, que incluso el propio gobierno talibán toleró durante años su presencia en el territorio. Sin embargo, es más que dudoso que el Estado ejerciera un control suficiente, un control global o general sobre el grupo terrorista, control que permitiera atribuir el comportamiento y actuar, en consecuencia, en legítima defensa. Como señala Sassòli, «queda por ver si esto indica un desarrollo de la norma secundaria aplicable a todas las normas primarias, y si la nueva norma esgrimida será aplicable a todos los Estados y a futuros casos similares, requisito indispensable para que sea legal» (77).

A la vista de todo cuanto se acaba de señalar, la actuación dentro de la prisión de Abu Ghraib de personas que no ostentaban la condición de órganos del Estado ni ejercían atribuciones de poder público, podría generar igualmente responsabilidad de los Estados Unidos, por tratarse de una situación en la que ese Estado ejerció un control global o general sobre la prisión, elemento suficiente para imputar al Estado los comportamientos llevados a cabo por personas actuando bajo su dirección o control.

---

(75) Cfr. Arrêt *Loizidou c. Turquie*, 28 de diciembre de 1996, Recueil 1996-VI, parágr. 56 (la cursiva es nuestra).

(76) *Ibidem*.

(77) Cfr. SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», op. cit., p. 5

## IV. LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

### A) LA INCIDENCIA DE LOS PROCESAMIENTOS EN SEDE INTERNA ESTADOUNIDENSE SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Constatada la existencia de distintas violaciones de obligaciones internacionales –elemento objetivo– y su atribuibilidad a los Estados Unidos –elemento subjetivo– conviene reflexionar en torno a la incidencia de los procesos celebrados en sede interna estadounidense sobre la institución de la responsabilidad, y más concretamente sobre la invocabilidad de la responsabilidad frente al estado infractor.

Siguiendo a estos efectos la posición que mantuvo el propio Departamento de Defensa de los Estados Unidos en la respuesta que ofreció al primer informe de García Amador sobre la responsabilidad de los Estados, cuando el comportamiento ilícito proviene directamente del Estado, el agotamiento de los recursos internos constituye una exigencia de tipo procesal, como condición previa a la presentación de una reclamación oficial, pero no un requisito o condición material para la existencia del hecho internacionalmente ilícito (78). Por tanto, y dejando a un lado otro tipo de consideraciones –la existencia o no de algún mecanismo para que los individuos reclamen internamente por la violación del derecho internacional humanitario o la necesidad en estos casos de someterse a la regla general del agotamiento de los recursos internos– los comportamientos llevados a cabo por los soldados estadounidenses en Abu Ghraib constituyeron comportamientos internacionalmente ilícitos desde el mismo instante en que tuvieron lugar.

Aceptada la ilicitud del comportamiento estadounidense desde el mismo instante en que los hechos tuvieron lugar, ¿cabría considerar que el castigo a

---

(78) Entre quienes mantienen con carácter general la naturaleza procesal del requisito del agotamiento de los recursos internos, cfr. AMERASINGHE, C.F., *State Responsibility for Injurious Aliens*, 1967, pp. 169-270; VERZIIL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, 1973, Parte VI, p. 629. En esta línea se manifestó el Comité sobre protección diplomática de las personas y los bienes de la Asociación de Derecho Internacional del año 2000: «De conformidad con los principios generales del derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos es una condición procesal previa para ejercer la protección diplomática», «The exhaustion of local remedies», Informe de la 69 Conferencia (2000), p. 629. Cfr. *Infra* sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos aplicada al caso concreto de Abu Ghraib.

los responsables de las violaciones que conforman el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito constituye una «reparación suficiente», de tal modo que ha quedado excluida la posibilidad de exigir cualquier responsabilidad añadida a Estados Unidos?

De conformidad con lo dispuesto en la Segunda Parte del Proyecto de la CDI, el Estado responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito continúa siendo titular de la obligación de cumplir la norma primaria infringida, pero además adquiere nuevas obligaciones como la de cesar en el incumplimiento, ofrecer seguridades y garantías de no repetición, así como reparar el perjuicio causado, sea este material o moral, en interés del Estado lesionado o de las víctimas (79). Por esa razón, y en la línea de lo señalado por David «les poursuites et la condamnation pénale de l’auteur d’une infraction grave n’épuisent pas la responsabilité, en droit international général, de l’Etat auquel cette infraction pourrait être imputée: celui ci doit assurer une pleine et entière réparation à l’Etat victime –en la personne des ses ressortissants– de cette violation» (80). La obligación de reparar de manera *plena* y *entera* los perjuicios causados no ha quedado satisfecha como consecuencia del enjuiciamiento de los responsables de algunos de los hechos, en modo alguno todos, que tuvieron lugar en Abu Ghraib (81). La satisfacción –y eso es lo que es la adopción de medidas disciplinarias o penales contra las personas cuya conducta causó el hecho internacionalmente ilícito– es un modo *excepcional* de reparación utilizado cuando ésta no ha sido plena y entera mediante la restitución o la indemnización, y no a la inversa (82). Por todo ello, siguiendo los criterios admitidos por la CDI, los perjuicios necesitados de reparación son tanto materiales como morales, incluyéndose en esta última categoría «el sufrimiento psíquico, los sentimientos heridos, la humilla-

---

(79) Cfr. artículos 29 a 31 del Proyecto de la CDI

(80) Cfr. DAVID, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruselas, 1994, p. 91 y 530. Cfr. en este sentido el comentario al artículo 131 PICTET, J., (Dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginebra, 1958, pp. 664-665: «l’Etat demeure responsable des infractions à la Convention et ne saurait refuser de reconnaître sa responsabilité pour la raison que les auteurs ont été punis. Il reste, par exemple, tenu de payer une indemnité».

(81) «Constituye un principio de derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que pueden obedecer al incumplimiento de una convención son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación», cfr. Asunto de la Fabrica de Chorzow, 1927, CPJI, Serie A, N. 9, p. 21.

(82) Cfr. parágr. 1 y 5 del Comentario al artículo 37 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

ción, la vergüenza o la degradación», puesto que tales daños «son muy reales y el mero hecho de que sean difíciles de medir o estimar con criterios monetarios no los hace menos reales y no es razón para que la persona lesionada no deba ser indemnizada» (83). La satisfacción sería, pues, un complemento necesario de una reparación en forma de indemnización a favor de las víctimas, indemnización que hasta el momento no han percibido, por lo que existe fundamento suficiente para invocar la responsabilidad internacional de los Estados Unidos.

## B) SUJETOS LEGITIMADOS PARA INVOCAR LA RESPONSABILIDAD

Por todo cuanto se ha señalado hasta el momento y por el hecho de que han existido otras violaciones del derecho internacional humanitario distintas a las que están siendo enjuiciadas por los tribunales estadounidenses –violación de la obligación de formar al personal civil y militar en derecho internacional humanitario, violación de la obligación de supervisar y controlar a los subordinados, política de interrogatorios autorizada al más alto nivel, etc.–, continúa abierta la posibilidad de invocar la responsabilidad de los Estados Unidos por los hechos ocurridos en Abu Ghraib –entendida la invocación no como la simple denuncia o protesta por la comisión de tales violaciones, sino como «la presentación de una reclamación contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante una corte o tribunal internacional» (84)–. Ahora bien, ¿quién o quiénes son los sujetos legitimados para ello? Distinguiremos, como hace el Proyecto de la CDI, entre «Estado lesionado» y «Estado distinto del lesionado» (85).

---

(83) Cfr. el parágr. 16 del comentario de la CDI al artículo 36.

(84) Como señala el comentario al artículo 42 «un Estado no invoca la responsabilidad de otro Estado tan sólo porque critica a dicho Estado por una violación y pide que se cumpla la obligación, o incluso si se reserva sus derechos o protesta. A los efectos de los presentes artículos, la protesta como tal no es una invocación de la responsabilidad», cfr. párrafo 2 del comentario al artículo 42 del Proyecto de 2001.

(85) El Relator para el proyecto sobre responsabilidad de los Estados, Sr. CRAWFORD, ya había mostrado su desacuerdo con la redacción del antiguo artículo 40 del Proyecto aprobado en primera lectura («Significado de Estado lesionado») y había destacado «la necesidad de distinguir entre estados concretos cuyos derechos son infringidos por la violación de una obligación multilateral y aquellos Estados con un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Este último grupo no tendrá los mismos derechos que el primero, y la equiparación de ambos en la versión actual del artículo 40 es bastante insatisfactoria», cfr. CRAWFORD, J., «El *ius standi* de los Estados. Una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados de la CDI», *REEL*, 2000, p. 23

## 1. Estado lesionado

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Proyecto de la CDI de 2001, un Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de un tercero, en tanto *Estado lesionado*, si la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente, o si existe con respecto a un grupo de Estados o con respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto. En estos dos últimos supuestos, sólo los Estados *especialmente afectados* podrán invocar la responsabilidad, salvo que se trate de una obligación cuya violación modifique radicalmente la situación de todos los demás, en cuyo caso podrá ser cualquier Estado el que la invoque. La propia CDI ha tratado de precisar el alcance de la expresión Estado «especialmente afectado» advirtiendo que se refiere a un Estado o un pequeño grupo de ellos «que sufre» particularmente los «efectos perjudiciales» de un hecho internacionalmente ilícito o un Estado que resulta afectado por la violación «de manera que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación» (86), dando a entender que otros Estados también pueden verse afectados, pero no de manera directa (87).

Planteadas las cosas en estos términos, cabría cuestionar quién puede ser considerado como Estado lesionado cuando lo que se produce es la violación de obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario. Obviamente, el Estado de nacionalidad de los individuos que sufren en su persona la violación del derecho internacional y la parte adversa en un conflicto internacional pueden ser considerados como Estados lesionados sin dificultad. Ahora bien, en la medida en que los Convenios de Ginebra tienen como propósito la protección de las personas y sus derechos en situaciones en las que se encuentran especialmente desamparados, en la medida en que muchas de las obligaciones en ellos contenidas producen efectos *erga omnes*, ¿pueden considerarse como Estados lesionados los demás Estados parte en los Convenios de Ginebra?

En una primera aproximación, deberíamos responder negativamente a la cuestión planteada. Y ello por una razón muy sencilla. La CDI ha abandonado en el texto definitivo del proyecto adoptado en segunda lectura la

---

(86) *Cfr.* parágr. 12 del comentario al artículo 42 del Proyecto de la CDI.

(87) En opinión de SICILIANOS hubiera sido más adecuada la utilización de las expresiones Estados directamente o individualmente lesionados y Estados no directamente o no individualmente lesionados, pues refleja con mayor acierto la diferencia con respecto a los terceros Estados en sentido estricto. *Cfr.* SICILIANOS, L. A., «The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of international responsibility», *EJIL*, 2002-5, vol. 13, pp. 1127-1145, especialmente p. 1138.



posición que había mantenido hasta ese momento, posición según la cual la violación de una norma que protege los derechos humanos convertía a cualquier Estado vinculado por ella en Estado lesionado (88). Sin embargo, el comentario de la CDI a la disposición incluía una interpretación restrictiva de la misma al señalar que «no todos y cada uno de los derechos enumerados en estos instrumentos, ni cada acto u omisión atribuible al Estado que pudiera ser considerado incompatible con respecto a tales derechos... debe necesariamente ser considerado motivo de aplicación de este precepto» (89). En coherencia con ello, el Proyecto aprobado por la CDI en el año 2001 crea la figura del *Estado distinto del lesionado*, referido, precisamente, a los supuestos en que se produce la violación de una obligación erga omnes o erga omnes partes, lo que nos podría llevar a concluir que en caso de que se violen obligaciones de tal naturaleza el título adecuado para invocar la responsabilidad sería el de *Estado distinto del lesionado*.

No obstante, quizás merezca la pena insistir un poco más en esta idea, pues la CDI podría haber dejado abierta una pequeña puerta para ampliar el círculo de Estados con legitimación para invocar la responsabilidad de conformidad con el artículo 42. Y es que el comentario al artículo al que acabamos de referirnos señala que para que un Estado invoque la responsabilidad *por cuenta propia*, debe tratarse de un Estado lesionado o de un *Estado con derecho a hacerlo en virtud de un derecho específicamente reconocido en un tratado internacional* (90), a modo de *lex specialis* (91). Se trata, pues, de determinar si los Convenios de Ginebra incluyen alguna disposición que permita a cualquier Estado parte en los mismos iniciar la acción *por cuenta propia*, como ha sugerido la CDI, al estilo de lo dispuesto en el artículo 33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (92). Pues bien, aun cuando no existe una disposición similar en los Convenios

---

(88) Cfr. artículo 40.2.e).iii del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobado por la CDI en primer lectura en el año 1996: Se entiende por Estado lesionado: e) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario si consta que: iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

(89) Cfr. comentario al artículo 40, párrafo 22.

(90) Cfr. párrafo 2 del Comentario al artículo 42 del Proyecto de la CDI.

(91) Cfr. Artículo 55 del Proyecto de la CDI y su comentario.

(92) El artículo 33 del Convenio Europeo señala lo siguiente: «Toda Alta Parte contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante».

de Ginebra –entendida como derecho de plantear una reclamación ante un tribunal internacional, que es a lo que parece referirse la CDI– el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra se encuentra en el punto de mira de quienes han explorado esta posibilidad. De hecho, se ha llegado a afirmar que el derecho internacional humanitario crea obligaciones de cada Estado frente a la Comunidad Internacional en su conjunto, de lo que se deriva que «cada miembro de la Comunidad Internacional tiene un *interés jurídico* en su observancia y el derecho legítimo a exigir el respeto de dichas obligaciones» (93), derecho derivado del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra.

Ahora bien, que todos los Estados sean titulares de un *interés jurídico* no quiere decir, que en cada ocasión en que se produce la violación de una obligación todos los Estados resulten directamente lesionados. Dicho de otro modo, no parece que todos y cada uno de los Estados parte en los Convenios de Ginebra resulten *individual o especialmente afectados* en cada situación en la que se produce una violación del Derecho Internacional Humanitario, o no de la misma manera. Tal y como ya avanzó Crawford en su crítica al artículo 40 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura en el año 1996, «es necesario distinguir entre Estados concretos cuyos derechos son infringidos por la violación de una obligación multilateral y aquellos Estados con un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación» (94). Aun cuando las obligaciones que se derivan de los Convenios de Derechos Humanos y por extensión de los Convenios de Derecho Internacional Humanitario, no son debidas a un Estado en particular, «no es necesario que todos los Estados afectados deban ser considerados lesionados y desde luego no en primera instancia» (95). Por todo ello, consideramos que, ante las violaciones del derecho internacional humanitario, todo Estado es titular de un interés jurídico pero sólo algunos de ellos serán considerados como Estados lesionados. Los demás tendrán derecho a invocar la responsabilidad, precisamente por ser titulares de un interés jurídico, pero en su condición de *Estados distintos del lesionado*, en las condiciones que más adelante se analizarán (96).

Retomando la cuestión que nos ocupa en este lugar, en la medida que la mayoría de las víctimas de los actos en los que se concretaron las viola-

---

(93) Cfr. The Prosecutor v. Z. Kupreskic et al.(Caso N.º IT-95-16-T), *Judgement*, 14 de enero de 2000, parágr. 519.

(94) Cfr. CRAWFORD, J., «El ius standi de los Estados: una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados de la CDI», *REEI*, 2000, p. 23.

(95) *Ibid.*, p. 18

(96) Cfr. Comentario al Capítulo I de la Parte Tercera, párrafo 2

ciones cometidas en Abu Ghraib –actos de tortura, tratos inhumanos, en algún caso incluso con resultado de muerte– ostentaban la nacionalidad iraquí, es el Estado de Iraq el que podría invocar la responsabilidad frente a Estados Unidos a través de la institución de la protección diplomática, por ejemplo. De existir nacionales de terceros Estados –como ha ocurrido en Guantánamo–, debería ser el Estado de nacionalidad de la víctima el que planteara la reclamación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y siguientes del Proyecto de la CDI. En tal caso, no sería necesario que los particulares agotaran los recursos internos en sede estadounidense, por no existir, siguiendo los criterios del Relator Especial para la protección diplomática, un vínculo voluntario entre la víctima y el Estado infractor (97) o por tratarse de un supuesto de *ejercicio extraterritorial de la jurisdicción contraviniendo el ordenamiento jurídico internacional* (98). Sin llegar a efectuar una interpretación de los hechos como la que se deriva de la aplicación de esta última causa (99) para excepcionar la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos, interpretación que algunos considerarán de extrema (100), utilizaremos otro argumento igualmente válido y menos problemático en su aplicación al caso para negar la necesidad de agotar los recursos internos, esto es, que se trata de una reclamación internacional por daños causados por agentes de un Estado en el extranjero, daños en este caso derivados de la violación del derecho internacional humanitario, bajo la forma de crímenes de guerra (101).

## 2. Estado distinto del lesionado

Como venimos señalando en las líneas precedentes, el artículo 48, párrafos 1 y 2, del Proyecto de la CDI se ocupa de la legitimación de *Esta-*

---

(97) Con carácter general, esta exigencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 46, letra b). Sin embargo, de conformidad con la línea trazada por el Relator Especial para la protección diplomática, el caso presente podría ser uno de los que quedaría exento del cumplimiento del requisito en cuestión. Cfr. Tercer informe sobre la protección diplomática del Relator especial J. Dugard, 7 marzo 2002, UN Doc. A/CN.4/523, pp. 27-37.

(98) Cfr. QUEL LOPEZ, F.J., «El agotamiento de los recursos internos. Criterios de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional»(en prensa)

(99) Nos referimos a la que podría mantenerse al considerar la intervención anglo-norteamericana como una intervención prohibida desde el inicio, lo que nos llevaría a concluir la ilicitud de todo cuanto se deriva de ese acto inicial prohibido por el derecho internacional.

(100) Cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El debate sobre la legalidad internacional tras la crisis de Iraq y las Naciones Unidas», *ADI*, 2003, vol. XIX, pp. 41-69.

(101) Cfr. QUEL LOPEZ, F.J. «El agotamiento de los recursos internos...», op. cit., p. 20.

*dos distintos del lesionado* para invocar la responsabilidad del Estado infractor: ello es posible cuando nos hallamos en presencia de una obligación que existe con relación a un grupo de Estados del que el invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo (*erga omnes partes*) o cuando se trata de una obligación que existe respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto (*erga omnes*) (102). En tal caso, el *Estado distinto del lesionado* actúa no a título individual sino en su calidad de miembro de un grupo de Estados con relación a los cuales existe la obligación o en tanto miembro de la comunidad internacional, con el fin de exigir responsabilidades al Estado infractor, en reclamación de las seguridades y *garantías de no repetición* –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30– y la *reparación del daño causado*, «en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada» (103). Se trata, como ha señalado la propia CDI de «un medio de proteger el interés comunitario o colectivo en juego» (104).

Así pues, se hace necesario determinar la naturaleza de las obligaciones violadas en Abu Ghraib –obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario– para establecer los sujetos legitimados para invocar la responsabilidad frente al Estado infractor. Y a ello se ha referido la CIJ en distintas ocasiones. Ya en el año 1986, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ afirmó la existencia de principios generales del Derecho Internacional Humanitario respecto de los cuales los Convenios de Ginebra constituyen o su expresión o su desarrollo, aunque no llegó a concretar cuáles de sus disposiciones se habían convertido en norma de derecho internacional general y su referencia se limitó a los principios contenidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios, manifestación del *estandar humanitario mínimo* (105). Diez años después, en el Dictamen emitido en relación con la cuestión de la *Licitud*

---

(102) La expresión «comunidad internacional» hace referencia a la existencia de un conjunto de actores diferentes de los Estados cuyos derechos podrán ser defendidos de manera colectiva por cualquier Estado, cfr. BROWN WEISS, E., «Invoking State responsibility in the twenty first century», *AJIL*, vol. 96, 2002-4, p. 804.

(103) La profesora CEBADA ha señalado que la referencia a los beneficiarios de la obligación violada «contempla la eventualidad de que no haya un Estado lesionado, lo que ocurre en los supuestos en que un Estado viola los derechos humanos de sus propios nacionales», cfr. CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», *REEI*, 2002, vol. 4, p. 13. Eso mismo podría ocurrir en el ámbito del derecho internacional humanitario con respecto a las infracciones cometidas en los conflictos armados internos

(104) Cfr. parágr. 12 del comentario al artículo 48.

(105) Cfr. ICJ Reports, 1986, parágr. 218.

de la amenaza o el uso de las armas nucleares la Corte señaló que tanto los Convenios de Ginebra como los de La Haya contienen un *gran número de normas* –aunque sin llegar a especificar cuáles– que son fundamentales para el respeto de la persona y que constituyen «principios elementales de humanidad», normas que deben ser cumplidas por todos los Estados, hayan ratificado o no los tratados, pues «*constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario*» (106). Aunque la CIJ rechazó posicionarse sobre la naturaleza imperativa de las normas del Derecho Internacional Humanitario se ha interpretado que con la utilización de la expresión «principios intransgredibles» la CIJ quiso acercar esas reglas calificadas de fundamentales al *ius cogens*, aunque sin llegar a equipararlas a él (107).

Ha sido la Doctrina Internacionalista la que ha dado un paso más y ha defendido la naturaleza imperativa de gran parte del Derecho Internacional Humanitario. En esta línea, la profesora Mangas Martín ha señalado que «si las normas humanitarias gozan de la aceptación general, son obligaciones no sinalagmáticas, ni su violación ni su denuncia exime de seguir respetándolas, si son normas generales que producen obligaciones erga omnes, si los sujetos beneficiarios no pueden renunciar a los derechos que tutelan, si el Estado no puede exonerarse ni encontrar causa que excluya su ilicitud, tantas salvaguardias significan claramente que nos encontramos ante normas de *ius cogens*». Ahora bien, tal y como reconoce la propia profesora Mangas, es necesario «separar de ese conjunto normativo aquellas reglas convencionales, sin duda obligatorias mientras estén en vigor, pero no imperativas, de las normas consuetudinarias y principios generales que han alcanzado un efecto imperativo no admitiendo un acuerdo en contrario» (108). Esas otras obligaciones respecto de las que quizás no quepa predicar la naturaleza erga omnes ni muchos menos imperativa, pero cuyo propósito es, precisamente, la protección de las personas en los

---

(106) Cfr. ICJ Reports, 1996, parágr. 79.

(107) Cfr. PEREZ GONZALEZ, M., «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 315-394, p. 331

(108) Cfr. MANGAS MARTIN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Salamanca, 1998 (2 ed.), p. 149. El profesor Pérez González ha mantenido una interpretación similar basándose en elementos tales como «el hecho de quedar sustraída su aplicación a la lógica de la reciprocidad y el hecho de generar obligaciones *erga omnes* que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su respeto incluso si las personas protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos de esas obligaciones», cfr. PEREZ GONZALEZ, M. «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», op. cit., p. 327.

conflictos armados, ostentan muy probablemente naturaleza de obligaciones *erga omnes partes*, en la medida en que estén encaminadas a la protección de un interés común general o extraestatal, por encima de cualquier interés individual (109).

A nuestro juicio, es posible mantener, sin forzar demasiado las cosas, que todas y cada una de las obligaciones violadas en Abu Ghraib tenían naturaleza *erga omnes* o *erga omnes partes*, en cuyo caso cualquier Estado estaría legitimado para invocar la responsabilidad de Estados Unidos de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 48 anteriormente señalados. Ahora bien, el párrafo 3.º de la citada disposición endurece considerablemente las condiciones para hacer uso de esa *legitimación colectiva*, al extender a esta última los requisitos aplicables a la reclamación planteada sobre la base del artículo 42, a saber: el agotamiento de los recursos internos, la inexistencia de una renuncia válida, expresa o tácita, por parte del Estado lesionado, y, por último, la presentación de la reclamación de conformidad con las normas sobre nacionalidad de la misma. Estos dos últimos requisitos plantean problemas prácticos de notable envergadura en su aplicación al artículo 48 (110).

#### ***a) Algunas cuestiones relacionadas con la nacionalidad de la reclamación***

Someter a los Estados distintos del lesionado al requisito de la *nacionalidad de la reclamación* supondría excluir la invocación de la responsabilidad por medio de la institución de la protección diplomática, pues en el marco del artículo 48 ésta se ejercería necesariamente en favor de nacionales de terceros Estados. Como ha señalado el profesor Quel, ello constituye una *esquizofrenia jurídica* derivada de la «pretensión de encajar en sede de responsabilidad la regla tradicional de la nacionalidad de la recla-

---

(109) Cfr. *Tercer Informe del Relator Especial sobre responsabilidad de los Estados*, Sr. CRAWFORD, UN Doc. A/CN.4/507, p. 45. Cfr. igualmente SICILIANOS, L.A., «The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of International Responsibility», op. cit. p. 1135.

(110) Evitando cualquier referencia al párrafo 3 del artículo 48, el profesor Sassòli ha defendido el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad independientemente de cualquier otra consideración, tan pronto como considere que se ha infringido el derecho internacional humanitario, así como el derecho a exigir el cese y la reparación de esa violación en interés de las víctimas, «pues así se lo permite el artículo 48.2 del Proyecto y se lo exige el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra», Cfr. SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», op. cit., p. 12.

mación admitida como base del proyecto codificador de protección diplomática» (111). Negar el ejercicio de la protección diplomática en favor de nacionales de terceros Estados, lesionados en sus derechos como consecuencia de la violación de una obligación *erga omnes* partes o *erga omnes* absoluta, supone restar gran parte del contenido del artículo 48. Por esa razón es indudable que «la comunitarización del derecho de la responsabilidad debe proyectarse en la protección diplomática toda vez que las demandas de responsabilidad encuentran su expresión a través de la aplicación de las reglas de (esta institución)» (112), de modo que utilizando la palabras de Gattini, en el marco del artículo 48 la regla de la nacionalidad de la reclamación debería inaplicarse, «por definición» (113).

***b) La incidencia de la renuncia a la invocación por el Estado lesionado sobre la legitimación colectiva del artículo 48***

Aunque de conformidad con el esquema general de funcionamiento del ordenamiento internacional cada Estado es libre y soberano para decidir si desea o no exigir responsabilidades a un tercero que ha violado una obligación internacional que vinculaba a ambos, cabe plantear si ese mismo esquema se mantiene siempre. Dicho de otro modo: ¿es válido que el Estado lesionado renuncie a invocar la responsabilidad de un tercero que ha violado una norma de naturaleza *erga omnes* o incluso una de naturaleza perentoria? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿puede *arrastrar* esa renuncia a terceros Estados distintos del lesionado, cerrando de este modo el paso a la invocación de la responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48? (114).

Aplicando en este punto la posición avanzada por el Relator, Sr. Dugard, en el primer informe relativo a la Protección Diplomática (115),

---

(111) Cfr. QUEL LOPEZ, F.J., «El agotamiento de los recursos internos...», p. 8

(112) *Ibid.*, p. 7.

(113) Cfr. GATTINI, A., «A return ticket to «Comunitarism», Please», *EJIL*, vol. 13, 2002-5, pp. 1181-1199, concretamente p. 1196.

(114) Cfr. SCOBIE, I., «The invocation of responsibility for the breach of “obligations under peremptory norms of general international law”», *EJIL*, Vol. 13, 2002-5, pp. 1201-1220, p. 1213: «Article 45 poses the paradox of whether an injured state itself could block invocation of responsibility under Article 48, even when the obligation breached is peremptory and owed to the international community as a whole».

(115) Cfr. *Primer Informe del Relator Especial sobre la Protección Diplomática*, UN Doc. A/CN.4/506/Add.1, 20 de abril de 2000, pp. 30 y ss., especialmente p. 35: «En la actualidad en general se acepta que las normas de *jus cogens* reflejan los valores más fun-

consideramos conveniente y necesario defender, más en el plano del desarrollo progresivo que en el de la codificación, que cuando un tercero viola una norma imperativa –con mayor motivo cuando se trata de una violación grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Proyecto– el Estado lesionado no sólo tiene el derecho sino también el deber de exigir responsabilidades al Estado infractor. Como señalara Orakhelashvili, «The entire regime of reparations in international law, as perhaps the entire law of State responsibility, is based on *jus dispositivum*, which means that it is up to the directly injured States whether and in which form the duty to make reparation is performed. But in the case of peremptory norms, this regime is overtaken by the operation of *jus cogens*. This is understandable since *jus dispositivum* is anyway derogable in all its aspects, while *jus cogens* is not» (116). Siguiendo en esta línea, la renuncia del Estado lesionado podría ser considerada como una renuncia no válida (117), algo que parece compartir la CDI cuando tras advertir «la particular importancia del consentimiento dado por un Estado lesionado a raíz de la violación de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general», afirma que, «habida cuenta de que esa violación afecta al interés de la comunidad internacional en su conjunto, *ni siquiera el consentimiento o aquiescencia del Estado lesionado excluye la expresión de ese*

---

damentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, son las que más merecen la protección internacional. Por consiguiente, no es ilógico pedir que un Estado reaccione mediante la protección diplomática a las medidas adoptadas por otro Estado contra sus nacionales que constituyen una grave infracción de una norma de *ius cogens*. Si un Estado parte en una convención sobre derechos humanos tiene la obligación de velar por que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción estén efectivamente protegidas contra la violación de los derechos contenidos en la convención y a proporcionar medios adecuados de reparación, no hay razón por la cual el Estado de la nacionalidad no debe estar obligado a proteger a sus propios nacionales cuando los derechos humanos básicos de éstos son gravemente violados en el extranjero» (notas omitidas).

(116) Cfr. ORAKHELASHVILI, A., «Peremptory norms and Reparation for International Acts», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. III, 2003, pp. 19-55, especialmente p. 28.

(117) En este sentido parece ir. GATTINI, aunque sin llegar a defender la obligación de plantear la reclamación: «Without going as far as to maintain a positive obligation to actively pursue the claim, it is clear that, as much as it is not possible for a state to condone through consent the wrongfulness of conduct contrary to international peremptory norms (Article 20 in conjunction with Article 26), so consent given ex post facto through a decision to waive the right to invoke the responsibility of the wrongdoing state would also be ineffective. The commentary to Article 45 enunciates this principle with regard to the directly injured state with the remark that “such a breach engages the interest of the international community as a whole”. A fortiori the decision of any single not directly injured state is also irrelevant», GATTINI, A., «A return ticket to «Comunitarism», op. cit., p. 1198.



*interés a fin de garantizar una solución conforme al derecho internacional»* (118). A pesar de la ambigüedad de los términos utilizados, podríamos concluir que la CDI, al igual que algunos Estados, excluyen la renuncia del Estado lesionado como causa de inadmisión de la reclamación planteada por Estados distintos del lesionado (119).

A nuestro juicio, si en relación con estos mismos hechos, pero desde una perspectiva distinta, la de la responsabilidad penal individual, parece negarse el carácter absoluto de la soberanía del Estado directamente afectado y/o implicado en la comisión de crímenes internacionales –lo que se pone de manifiesto en elementos tales como el principio de justicia universal, como título habilitante del que puede o debe hacer uso cualquier Estado, según el caso (120), con el fin de exigir responsabilidades penales al autor material de conductas que atentan contra las más elementales normas de la convivencia, incluso aunque el Estado de lugar de comisión haya adoptado normas internas de amnistía o de punto final, pues tales leyes, además de ser más que discutibles desde el punto de vista internacional, no vinculan a terceros Estados (121), quizás haya llegado el momento de defender algo similar respecto de la responsabilidad internacional del Estado. A estos efectos podría ser útil una disposición como la contenida en el artículo 48 del Proyecto de la CDI, como título que, sin obligar, al menos permita a cualquier Estado invocar la responsabilidad de un tercero que ha atentado contra intereses colectivos de un grupo de Estados o de la Comunidad Internacional en su conjunto, ante la pasividad o renuncia expresa del Estado que mantiene un vínculo más estrecho con los hechos en cuestión o Estado lesionado, pasividad o renuncia que no tienen por qué soportar las víctimas de hechos tan execrables, pasividad o renuncia que no debe admitir la Comunidad Internacional, pues estamos hablando de la violación de normas esenciales para la convivencia internacional. Para ello

---

(118) Cfr. comentario al artículo 45, parágr. 4

(119) Cfr. Responsabilidad de los Estados. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, UN Doc. A/CN.4/515, 19 de marzo de 2001, pp. 71: «En opinión de la República de Corea, cuando se ha violado una norma imperativa, los Estados que tengan un interés jurídico deberían preservar el derecho a exigir la cesación y las garantías de no repetición, aun cuando el Estado lesionado haya renunciado al suyo. En este caso, sería más apropiado estipular que el Estado lesionado no puede renunciar válidamente al derecho de exigir la cesación y las garantías de no repetición». En una línea similar se han manifestado los Países Bajos, *ibid.*, p. 70. En sentido contrario, cfr. la posición mantenida por Gran Bretaña, *ibid.*, p. 76.

(120) Cfr. en este sentido, SANCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2004, especialmente pp. 253-335

(121) Cfr. SANCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, op. cit., pp. 369-384.

es imprescindible que la invocación, en el marco del artículo 48, sea independiente del cumplimiento del requisito de la nacionalidad de la reclamación y de la inexistencia de renuncia por parte del Estado lesionado. Como en el principio de justicia universal, que la legitimación sea independiente de la existencia de *punto de conexión*, valga la expresión, con el Estado que pretende invocar la responsabilidad, porque ésta deriva, precisamente, del atentado contra intereses colectivos o *extra estatales*: ¿de qué sirve si no hablar de obligaciones que vinculan a cada Estado frente a todos? No sólo nos estamos refiriendo, ni es lo más importante, a la necesidad de reparar los perjuicios morales y materiales causados, sino, en palabras de Dupuy, a la necesidad de restablecer la legalidad internacional, lo que supone afirmar la existencia de un interés objetivo respecto de la restauración del derecho (122).

Pero es que si tenemos en cuenta, además, que los beneficiarios de las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales que protegen los derechos humanos, incluidos los Tratados Internacionales de contenido *humanitario*, son los propios individuos, individuos que carecen de la capacidad de renunciar a tales derechos (123), con mayor motivo habremos de negar la capacidad de disposición por parte de los Estados y eso es lo que supondría la renuncia a invocar la responsabilidad del Estado infractor. Esto es lo que se desprende de lo dispuesto en los artículos 51, 52, 131 y 148 del I, II, III y IV Convenio de Ginebra, respectivamente, en los que se recuerda que «ninguna de las Partes contratantes podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de responsabilidades incurridas por ella o por cualquier otra Potencia contratante» como consecuencia de la comisión de las infracciones graves. La finalidad de una disposición como la mencionada consiste en «empêcher que, dans une convention d'armistice ou dans un traité de paix, le vaincu ne soit contraint de renoncer à toute réparation due à raison d'infractions commises par des personnes se trouvant au service du vainqueur» (124). Y es que, tras las violaciones del derecho internacional humanitario, concretamente, tras las infracciones graves, tras los crímenes de guerra, se encuentran seres humanos que tienen una incierta capacidad de reclamar directamente ante el Estado infractor por las vejaciones de las que han

---

(122) Cfr. DUPUY, P.M., «Responsabilité et légalité», *La responsabilité dans le système international*, SFDI, Pédone, Paris 1991, pp. 282-28.

(123) Cfr. lo dispuesto en el artículo 7 del I, II y III Convenio de Ginebra y 8 del IV Convenio.

(124) Cfr. Comentario al artículo 131, PICTET, J., (Dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève...*, op. cit., pp. 664-665.

sido objeto (125). Así lo demuestra las innumerables ocasiones en las que se ha negado a las víctimas el derecho a plantear una reclamación semejante esgrimiendo la inmunidad de jurisdicción del Estado, la existencia de un acuerdo de paz que cerró la posibilidad de plantear cualquier reclamación particular o el carácter *non self executing* de las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra. Lo que no parece discutirse nunca es su derecho a obtener una reparación (126).

A partir de todo cuanto acabamos de señalar y en relación con la violación por el Estado (Estados Unidos) de obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario (artículo 130 del III Convenio de Ginebra, bajo la forma de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, por ejemplo) consideramos que el Estado lesionado (Iraq) estaría *obligado* a invocar la responsabilidad del Estado infractor (artículo 42), primero, con el fin de restablecer la legalidad internacional, entendida como la declaración de la ilicitud del comportamiento y la cesación de la violación de la obligación, y, después, con el fin de conseguir el ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición, y la plena y entera reparación de los perjuicios causados, puesto que «il paraîtrait injuste que les individus fussent punis alors que l'Etat au nom de qui ils ont agi –et parfois sur des instructions expresses– serait dégage de toute responsabilité» (127). De renunciar expresa o tácitamente a todo ello, cualquier otro Estado tendría *derecho* a plantear una reclamación bajo el título de *Estado distinto del lesionado* (artículo 48), siempre en relación con la violación de obligaciones *erga omnes o erga omnes partes* –naturaleza que ostenta un reducto nada despreciable de las obligaciones contenidas en los citados Convenios–, y con idénticos propósitos, incluida la obtención de la reparación de los perjuicios causados en interés de los beneficiarios de la obligación vio-

---

(125) Cfr. LIESBETH ZEGVELD, PH.D., «Recursos jurisdiccionales para las víctimas de las violaciones del derecho internacional humanitario», *RICR*, N. 851, 2003, pp. 515-521.

(126) Cfr. sobre todas estas cuestiones GHIARA GILLARD, E., «Reparation for violations of international humanitarian law», *RICR*, N. 851, vol. 85, 2003 pp. 529-552, en particular pp. 536-538; RONZITTI, N., «Compensation for violations of the law of war and individual claims», *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2002, pp. 39-50.

(127) Cfr. Comentario al artículo 131, PICTET, J., (Dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève...*, *op. cit.*, pp. 664-665. En la línea del deber del Estado de plantear la reclamación en el concreto caso del Derecho Internacional Humanitario, cfr. BARILE, «Obligations erga omnes e individui nel diritto internazionale umanitario», *RDI*, 1985-5, pp. 5-31, concretamente, p. 15; SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 12.

lada, sin que ello suponga una violación del principio de no intervención en asuntos internos del Estado lesionado (128).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras analizar los hechos ocurridos en Abu Ghraib entre finales del año 2003 y principios de 2004 es posible concluir que allí se cometieron distintas violaciones del III Convenio de Ginebra, en particular, algunas infracciones graves, infracciones de las que son penalmente responsables los autores materiales de las mismas e internacionalmente responsables los Estados Unidos, por tratarse de conductas ejecutadas por órganos de ese Estado, en unos casos, por personas a las que se les autorizó el ejercicio de atribuciones de poder público, en otros, o incluso por particulares actuando bajo su dirección o control, elementos suficientes como para mantener la existencia de distintos ilícitos internacionales.

Aunque es cierto que los tribunales estadounidenses están procediendo al enjuiciamiento de los responsables de algunas de las conductas criminales cometidas en Abu Ghraib, no todas, ello no excluye la existencia de distintos ilícitos internacionales. Dado que se trata de actos directamente imputables al Estado, la ilicitud internacional de la conducta se produjo en el mismo instante en que los hechos tuvieron lugar. El procesamiento penal de los responsables constituye una forma de reparación (*satisfacción*) pero no puede decirse que Estados Unidos haya cumplido con la obligación general de reparar *entera y plenamente* los perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de los actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en que se tradujo la violación del derecho internacional humanitario. Todas ellas son razones suficientes como para mantener la invocabilidad de la responsabilidad frente al infractor.

Es Iraq, bajo el título de *Estado lesionado*, el que tiene el derecho y quizás incluso la obligación de exigir la responsabilidad internacional a los Estados Unidos, con el fin de conseguir una reparación como la señalada,

---

(128) Cfr. en sentido contrario la opinión manifestada por Gran Bretaña en UN Doc. A/CN.4/515, 19 marzo de 2001, p. 76. Concretamente, respecto de la violación de los derechos humanos, Gran Bretaña considera que el hecho de que un Estado pueda plantear una reclamación para obtener una reparación en interés de las víctimas «puede entrañar decisiones acerca de la forma de la reparación que se injieren profundamente en los asuntos internos de otros Estados. Esta disposición va más lejos de lo que se justifica en razón del derecho internacional consuetudinario y va también más lejos de lo necesario para salvaguardar los derechos humanos».

máxime cuando los particulares víctimas de tales actos carezcan de otro mecanismo que les garantice la reparación plena y entera de los perjuicios sufridos. Los demás Estados podrán hacer uso de la legitimación colectiva a que hace referencia el artículo 48, puesto que aunque no sean Estados que hayan resultado directamente lesionados por la violación están indudablemente interesados en el restablecimiento del *imperio de la ley*, con independencia del requisito de la nacionalidad de la reclamación y de la existencia de renuncia por parte del Estado lesionado. Estas son, a nuestro juicio, las posibilidades que ofrece el ordenamiento internacional, pero como perfectamente conscientes de que su puesta en práctica es, hoy por hoy, una utopía.

San Sebastián, Mayo 2005



# RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL CRIMEN INTERNACIONAL

Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos  
*Capitán Auditor*

## SUMARIO

I. Introducción II. Una aproximación al concepto: A) Crimen internacional: delimitación. B) Organización criminal: modelo adoptado. a) Papel de la persona jurídica en el sistema. b) Clasificación de entes colectivos. c) Propuesta de definición. d) Organización criminal y empresa económica. E) Organización criminal y coautoría. III. Cuestiones dogmáticas: el principio «Societas delinquere non potest» en el Derecho Penal Internacional. IV. Evolución histórica. A) Procesos de Nuremberg. a) Estatuto. b) Acta de acusación. a') Partido Nacional socialista b') Gestapo y SD. c') Las SS. d') Las SA. e') El gobierno del Reich. f') Estado Mayor y Alto Mando de la Wehmacht. c) Recapitulación. d) Posicionamientos. B) Tribunal Internacional para los Crímenes cometidos en la Ex-Yugoslavia. C) La Corte Penal Internacional. a) El comité preparatorio. b) El estatuto. D). Otros instrumentos internacionales no judiciales. a) Ámbito general. b) Ámbito regional europeo. V. Responsabilidad criminal del Estado. A) Introducción. B) Crítica y estado de la cuestión. C). El estado criminal. VI. Autoría mediata y persona jurídica en el marco de los aparatos organizados de poder. A) Responsabilidad en el seno del aparato organizado de poder. B) Ámbito de aplicación. C) Proyección de la construcción doctrinal a las personas jurídicas. a) Autoría mediata e injusto colectivo. b) Autoría mediata y capacidad de acción de las personas jurídicas. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Inspirada en la idea de que la organización es algo más que la suma de sus partes, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es una materia particularmente polémica, debatida con especial virulencia en los

últimos años y que se acentúa a resultas de las innovaciones legislativas por las que se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un número cada vez mayor de Países. Esta responsabilidad tiene no obstante sus análisis mas avanzados y desarrollados en el marco de los delitos económicos cometidos por empresas toda vez que son en estas donde se plantean mayores dificultades en la esfera de la responsabilidad penal individual debido a la creciente división de trabajo que conduce frecuentemente a una difuminación de dicha responsabilidad (1).

No obstante el problema de la división del trabajo se proyecta no solo en el ámbito de la delincuencia económica sino también y en igual medida en el seno de otros entes colectivos donde la intervención de organizaciones incluso aparatos estatales, desgraciados protagonistas de los mayores crímenes internacionales cometidos en la extinta última centuria (2) han puesto de manifiesto dicha circunstancia.

Dicho esto, nos proponemos con este trabajo la tarea de dar una visión general de las consideraciones que merece la interacción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en un concreto e interesante campo del Derecho Penal Internacional como es el relativo a los crímenes contra la humanidad y el genocidio, delito éste último, que proviene de la formulación de los crímenes contra la humanidad, los cuales a su vez tal y como se desarrolla en los procesos subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial, es en realidad, una extensión del *ius in bello* (3). Para ello se tratará la materia desde un punto de vista histórico; se analizarán las posiciones que aún contradictorias, se dicen rectoras sobre el particular, recurriendo a las diferentes líneas doctrinales y jurisprudenciales que en Derecho Penal Internacional y que con carácter general se posicionan, ya reconociendo ya discutiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las organizaciones (4), y sin olvidar las dificultades inherentes a la discutida responsabilidad penal del ente colectivo, a las que habrá que sumar los

---

(1) En tal sentido y como veremos mas adelante, CAROLINA BOLEA BARDÓN en la esfera de la criminalidad de la empresa, ha señalado que la figura de la autoría mediata puede resultar útil en casos de ejecución parcial o fraccionada del hecho, en los cuales los distintos ejecutores ni siquiera son conscientes de la parte que realizan los demás. CAROLINA BOLEA BARDÓN *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 398.

(2) Bajo dicha terminología se vienen considerando incluidos el crimen de agresión, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el delito de genocidio.

(3) ALICIA GIL GIL, «*derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*», Tecnos, Madrid, 1999, ps. 106 y ss.

(4) La doctrina mayoritaria rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, J. CEREZO MIR, «*Curso de Derecho penal español*» Parte General, Tomo II, (Teoría jurídica del delito/1), Tecnos, Madrid 2002, ps. 65 y ss.



obstáculos implícitos en el derecho supranacional impeditivos en muchos casos de consolidar bases dogmáticas fiables, examinaremos el papel que los aparatos Estatales juegan en este sector del Derecho Internacional en cuanto posibles sujetos responsables de los crímenes de que se trata.

## II. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

La sistemática de nuestro trabajo aconseja comenzar definiendo y delimitando las ideas de «crimen internacional» y de «persona jurídica».

### A) CRIMEN INTERNACIONAL: DELIMITACIÓN

En cuanto al crimen internacional (5), el artículo 1.º del Estatuto de la Corte Penal Internacional permite abordar un primer concepto genérico y aproximado de crimen internacional, considerando como tal, *los crímenes más graves de trascendencia internacional*. Este concepto incluiría el genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra y el crimen de agresión (6).

Por otro lado y acotando el concepto a los crímenes de lesa humanidad, ALICIA GIL, con apoyo en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional define acertadamente los crímenes contra la humanidad como los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto* (7).

---

(5) El término «Internacional» exige distinguir el delito transnacional del delito protótipicamente internacional. En efecto, para ser internacional, un delito requiere tener un elemento transnacional y/o internacional. Ejemplo de delito transnacional es el cometido en un país que produce sus efectos dañosos en otro, como la falsificación de moneda extranjera o la concertación entre un Banco transnacional con sede en un país y una persona privada residente en otro país para cometer una maniobra financiera ilícita. El elemento internacional aparece cuando la conducta delictiva afecta los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial (por ejemplo guerra de agresión) o viola bienes jurídicos reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional, como la vida, la integridad física, el derecho a la no discriminación, etc. (crímenes contra la humanidad, genocidio, apartheid, tortura, etc.). En este trabajo nos atendremos exclusivamente al delito internacional configurado bajo esta última consideración.

(6) Enumeración que queda recogida en el apartado primero del artículo 5 del estatuto de la Corte.

(7) ALICIA GIL GIL, «*derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*», cit., p. 151.

## B) ORGANIZACIÓN CRIMINAL: MODELO ADOPTADO

### a) Papel de la persona jurídica en el sistema

DÍEZ PICAZO define a las personas jurídicas como «las realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos (8)».

Siguiendo esta definición, es el Estado el que atribuye personalidad jurídica al ente colectivo. Sin embargo el crimen internacional es una figura básicamente supraestatal y la definición de persona jurídica válida para nuestro ordenamiento jurídico puede variar en otros países. Si tenemos en cuenta que hasta la fecha las instancias internacionales no han elaborado un concepto de persona jurídica (9) que pueda operar en el marco internacional, nos veremos obligados a reconducir nuestro estudio utilizando como parámetro en una primera instancia, el concepto de persona jurídica recogido en nuestro sistema jurídico, si bien y ante la dificultad de dilucidar en cada caso si el correspondiente Estado reconoció o no al ente la correspondiente personalidad jurídica, consideraremos como tal a cualquier ente colectivo que reúna los principales elementos característicos de la persona jurídica tal y como se construye en nuestro ordenamiento Jurídico atendiendo en especial al hecho de que se erija en algo diferente de la mera suma de sus miembros y restando importancia a que se haya verificado o no el reconocimiento de su personalidad por el Estado en cada caso.

En principio, las personas jurídicas incluyen Estados, organizaciones, sociedades y otras asociaciones organizadas, si bien es de particular interés revelador, el hecho de que durante las negociaciones que dieron lugar a la redacción final del estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, al cual le dedicaremos especial atención, nunca comprendieron asuntos referentes a procesamiento de Estados, dado que ello plantea cuestiones muy controvertidas de índole política, jurídica y práctica. En cambio, Francia (10), habló en favor de incluir el procesamiento de sociedades, organizaciones y asociaciones privadas, como suplemento a la responsabilidad penal de personas naturales. La iniciativa se fundamentaba en que

---

(8) DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, «*Sistema de derecho civil*» Tomo I 1990, p.634.

(9) Aunque si se han aportado en alguna ocasión definiciones de «organización delictiva».

(10) Y junto a Francia también hay que citar a Islas Salomón como Estado coautor de la propuesta.

ello aumentaría las posibilidades de decomiso de bienes e indemnizaciones en favor de las víctimas.

Siguiendo a GERHARD, la forma jurídica que ha de revestir las organizaciones de que se trata, es decir si ha de tener necesariamente personalidad jurídica o no, dependerá de los criterios decididos por los propios Tribunales en cada caso bajo los que considerará que una organización es jurídicamente algo más que sus miembros (11).

En este sentido, en los documentos de trabajo que sirvieron a la discusión en torno a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en el estatuto de Roma, se decía: «A los efectos del presente estatuto, se entiende por «persona jurídica» una sociedad cuyos fines concretos, reales o dominantes consistan en obtener un provecho o beneficio privado, y no un Estado u organismo público que ejerza autoridad estatal, ni un órgano internacional público o una organización registrada como organización sin fines lucrativos con arreglo a la legislación nacional de un Estado y que actúe conforme a dicha legislación».

## **b) Clasificación de entes colectivos**

Atendiendo a un criterio finalista podemos proponer una clasificación útil para nuestro objeto de organización, a saber:

1.º Organizaciones que se dedican por propia configuración ya desde su creación y de forma permanente a fines criminales. Estas organizaciones encajarían con el término «organización criminal» en el sentido tradicionalmente utilizado. Ejemplos clásicos serían las que se dedican a cometer delitos tales como el tráfico de drogas, las de carácter mafioso y las terroristas. Rara vez aparecen provistos de personalidad jurídica salvo las entidades que son utilizadas para cometer los delitos (12). ALES-

---

(11) GERHARD DANNECKER, *reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista penal n.º 7, año 2001, p. 50. Recomienda en este sentido, considerar «como destinatarios y sujetos de imputación, en aras a la seguridad jurídica, sólo los colectivos jurídicamente autónomos que constituyen una persona jurídica o al menos muestran una forma de organización cercana a ser una persona jurídica (...) Por eso, un sistema debe ser únicamente destinatario de normas y sanciones cuando adopta una forma institucional.»

(12) Este tipo de organización se corresponde con la definición aportada por el Artículo 1.º de la Acción común 98/733/JAI, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea por el que «se entiende por «organización delictiva» una asociación estruc-

SANDRI (13), argumenta que de empresa ilícita se puede hablar en dos casos, en sentido sustancial, cuando la actividad en su integridad –y no sólo un acto de naturaleza esporádica– tiene objeto ilícito, o en sentido formal, en aquellos casos en que lo ilícito es la forma en la que se desenvuelve la actividad –que en si misma puede ser lícita–.

2.º Organizaciones que son inicialmente creadas incluso desarrollarán su actividad durante cierto tiempo ajena a todo fenómeno criminal pero que de forma circunstancial serán utilizadas e incluso reconfiguradas para cometer delitos. Estas son las organizaciones que se corresponderían con los aparatos de poder organizados: policías, agencias de seguridad, espionaje o inteligencia, unidades militares etc... Estarán solapadas al aparato estatal e incluso se hablará de Estado criminal. Su personalidad jurídica vendrá dada de la mano de la atribución de la misma al Estado y a los órganos que forman parte de él. Bajo esta categoría se recogen las organizaciones que interesarán a este trabajo.

3.º Organizaciones cuya naturaleza ajustada a Derecho y fines lícitos acompañarán su intervención en el tráfico jurídico de forma permanente y a lo largo de su existencia, pero con carácter más ocasional que habitual se comete en su seno algún hecho delictivo. Estamos hablando de empresas y de actividad mercantil que cubrirán la llamada criminalidad económica y que por lo general aparecerán provistas de personalidad jurídica.

### **c) Propuesta de definición**

En la esfera internacional se ha venido trabajando sobre la base de una categoría amplia de persona jurídica, incluyendo organizaciones e institu-

---

turada, de más de dos personas, establecida durante un cierto tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.». Así mismo y en análogos términos por la letra a) del artículo 2.º de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional: «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material

(13) Citado por BERNARDO DEL ROSAL y PÉREZ VALERO, *«La responsabilidad criminal de las personas jurídicas; una perspectiva comparada»*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p.44.

ciones sin mas delimitación como sucedió en el trabajo preparatorio previo a la Conferencia Diplomática de Roma, así como durante la misma Conferencia (14). También nuestro sistema jurídico, si acudimos a nuestro Código Civil que incluye las asociaciones (15) como categoría de persona jurídica en su artículo 35, permite concebir como persona jurídica a una amplia gama de asociaciones de carácter criminal o que sin serlo puedan cometer ocasionalmente un delito. Pero si atendemos a la legislación administrativa, este concepto de persona jurídica se amplía aún mas, al poder considerar como persona jurídica un importante elenco de organismos y aparatos estatales de naturaleza pública e incluso privada a las que la ley o el ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica empezando por el mismo Estado (16) y es este punto el que nos lleva a relacionar el concepto de crimen internacional con el de personalidad jurídica, toda vez que son generalmente los Estados o los aparatos solapados a los mismos los que con frecuencia han sido los verdaderos protagonistas de los crímenes contra la humanidad y del crimen de genocidio cometidos hasta la fecha (17), pues no en vano, la operatividad de la obediencia debida en las estructuras públicas y su relativa funcionalidad en las organizaciones criminales «privadas» será decisiva para la consecución de los objetivos criminales.

En puridad el perfil de la persona jurídica o moral que más se ajusta a la que ha venido cometiendo los crímenes Internacionales contra la humanidad, es la que se corresponde con la organización criminal definida desde un punto de vista funcional por HERRERO HERRERO (18), como

---

(14) Proyecto de ley núm. 24, en relación con las negociaciones para la constitución de la Corte Penal Internacional y como se apuntará mas adelante países que intervinieron activamente en dichas negociaciones como Noruega trabajaron con un concepto aún más amplio de persona jurídica incluyendo Estados, organizaciones, sociedades y otras asociaciones organizadas.

(15) Ya de interés particular o de interés público siendo estas últimas las que no se propone como finalidad propia y exclusiva una ganancia o lucro partible: DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN *Sistema de derecho civil* cit, p. 639.

(16) El artículo 3 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su apartado 4: «Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.» Por otro lado ya el propio Código Civil adelantaba el carácter de persona jurídica de las corporaciones como los municipios o las diputaciones provinciales.

(17) Y en menor medida también grupos u organizaciones de carácter no Estatal pero cuya razón de ser se sitúa en contraposición a los Estados y a los sistemas políticos vigentes en los diferentes Países. Estaríamos hablando fundamentalmente de las guerrillas y de los grupos terroristas.

(18) Mencionado por JOSE ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dickinson, 2000, p. 8.

«la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos».

Dentro de dicho concepto hay que excluir por un lado aquellas organizaciones que están únicamente destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales quedando fuera de este trabajo acudir a los fenómenos criminales relacionados con las empresas mercantiles y la delincuencia económica (19), y por otro lado aquellas realidades sociales o personas jurídicas cuya finalidad es la realización de actividades delictivas que conforme a los crímenes deslindados en anterior consideración caerán también fuera de nuestro objeto de estudio, como el tráfico de drogas o ataques al medio ambiente. En definitiva nuestro objeto de estudio próximo al crimen contra la humanidad y al genocidio lo ocupará las organizaciones caracterizadas por estar destinadas a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, no en vano y siguiendo a GIL (20), al Derecho penal internacional interesa intervenir en aquellos casos en que el mismo Estado es incapaz de reprimir el delito ya porque el mismo sea el que lo cometa o porque se vea incapaz de hacerlo, cosa que ocurrirá cuando estemos ante organizaciones que alcanzan tal poder que neutralizan el poder del Estado o controlan *de facto* una parte del territorio.

Al contrario de lo que pudiera parecer, los grupos de diseño sociopolítico que se manifiestan aptos para protagonizar crímenes interna-

---

(19) CAROLINA BOLEA en torno a la idea de la organización criminal observa que «(...) no va ha ser posible extender este término, sin más, al ámbito de la economía de empresa, pues la mayoría de empresas ni manifiestan una actitud criminal, ni persiguen objetivos delictivos, ni actúan normalmente como organizaciones criminales (...)». *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit, ps. 397 y 398. Sin embargo se ha querido afirmar la posibilidad de comisión de delitos internacionales como el Genocidio por empresas transnacionales: DAVID BAIGÚN en una interpretación del art. II, inc. c. de la Convención sobre el genocidio que dice «sometimiento intencional del grupo a condiciones que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial» y tras significar que «Ninguna duda cabe que las condiciones de existencia son equivalentes a condiciones de marginación social, de apartamiento del grupo con sus implicancias conocidas: deficiente estado de salud, déficit sanitario, pauperización, etc.», afirma que «la transnacional puede constituirse, y así ocurre en la realidad, en sujeto activo de esa conducta y autora del delito de genocidio a través de esa modalidad». Séminaire de travail: *Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique* Céligny, Genève, 4-5 mai 2001. Edition: CETIM/AAJ.

(20) ALICIA GIL GIL, «*derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*», cit., p. 122.

cionales, no se entroncarán siempre ni necesariamente en el aparato estatal. No en vano, GÓMEZ-BENITEZ (21), estima que «con más o menos amplitud en cuanto al concepto de organización y a sus requisitos –de hecho, el Borrador de 1996 no solo alude a organizaciones, como hace el Estatuto de Roma, sino también a cualquier grupo– lo cierto es que la extensión a organizaciones no estatales se ha considerado irrenunciable desde entonces en materia de crímenes contra la humanidad».

#### **d) Organización criminal y empresa económica**

Mediante el modelo adoptado se manifiesta la intención confesada de este autor, de mantener al margen de la misma a las empresas de naturaleza económica, que se separan de las organizaciones criminales que sí reclamarán nuestra atención, por cuatro notas de especial singularidad predicables exclusivamente de la criminalidad de carácter socio-político:

1. La finalidad, ajena a la obtención del lucro económico con bienes y servicios propia de la empresa económica.

2. La rigidez y disciplina propias de su estructura jerárquica que sin excluir en el plano horizontal la división de funciones estratégicas y operativas, se manifiesta de forma más evidente en estas organizaciones criminales que en la estructura empresarial funcional.

3. En tercer lugar y a diferencia de la empresa mercantil, en las organizaciones que aquí tratamos no se presentan especiales problemas al tiempo de exigir la correspondiente responsabilidad individual. Ello no impide considerar que junto a la responsabilidad individual se pueda e incluso de deba exigir una responsabilidad a las organizaciones en su conjunto de las que se sirvieron los concretos responsables para cometer el delito (22).

4. Por último lado hay que diferenciar aquellas organizaciones que creadas en principio para un fin lícito, son utilizadas ocasionalmente para

---

(21) GÓMEZ-BENITEZ JOSE MANUEL en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, de Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, ps 20 y ss.

(22) GERHARD DANNECKER *reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit, p. 45 alude a HIRSCH quien a su vez pone de relieve que «la esencia de la corporación consiste en que no es una mera adición de personas particulares, sino una formación independiente y destacada de aquellas».

cometer el delito, de las organizaciones creadas o reestructuradas para cometer el crimen (23). En las primeras, entre las que habría que incluir las empresas mercantiles, habría que basar la imputación penal en el resultado o lesión del bien jurídico concreto, mientras que para la segunda categoría, entre las que estarían recogidas las organizaciones criminales de corte socio-político objeto de nuestro estudio, bastaría su mera existencia para actuar en el marco punitivo pues no requiere la lesión del bien jurídico para establecer una imputación (24).

No obstante, lo anterior impide reconocer en mayor o menor grado la cercanía entre ambos fenómenos asociativos de corte penal, pues como advierte CAROLINA BOLEA BARDÓN «(...) el Derecho pretende conseguir una conducta ajustada a las normas tanto por parte de los trabajadores de una empresa no dedicada a fines delictivos como por parte de los miembros de una organización criminal, pues el mensaje normativo se dirige por igual a ambos grupos de sujetos» (25). Además en alguna ocasión se ha reconocido por las instancias internacionales la posibilidad de imputar a empresas económicas la comisión de delitos contra la humanidad, así en 1977, la Comisión de derechos humanos de la ONU calificó las actividades de las firmas multinacionales (incluidas las firmas financieras privadas internacionales) como constitutivas de actos caracterizados como crímenes contra la humanidad al alentar a la continuación de la política racista planificada y ejecutada en gran escala en el caso de la política del apartheid aplicada por el gobierno sudafricano contra la población negra y que fue reconocida como «crimen contra la humanidad» por la Resolución 33/183 del 24 de enero de 1979.

---

(23) Siguiendo a ALESSANDRI, conviene diferenciar entre organización criminal o delinencial en la que el problema reside en determinar la imputación del fin ilícito perseguido por la propia organización y en la que la mera inserción del sujeto en la organización es ya antijurídica, de la organización lícita, en la cual el delito puede ser un episodio esporádico, razón por la cual el problema es de imputación de tal hecho ilícito a su culpable, superando los problemas que plantea para ello la estructura de la organización misma.

(24) Ello no quiere decir que dichas organizaciones criminales *per se* hayan de haberse creado desde el inicio de su vida jurídica para la realización del fin criminal. Si analizamos las organizaciones en cuyo seno se cometen estos crímenes internacionales y como veremos, se tratará por lo general de organizaciones, aparatos e instituciones que son creadas al menos bajo la apariencia de un fin lícito pues se insertan en los aparatos estatales para prestar en principio servicios públicos de diversa índole (generalmente policiales o de defensa militar), pero que en el curso de su existencia serán utilizadas o destinadas para fines criminales como ocurrió con las organizaciones declaradas criminales en los juicios de Nuremberg.

(25) CAROLINA BOLEA, *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit. p. 399.



### e) Organización criminal y coautoría

Las categorías colectivas tratadas hasta ahora no escapan a su comprensión como algo distinto de la mera yuxtaposición de sus miembros, por ello CHOCLAN MONTALVO (26) distingue entre la criminología organizada y la coautoría apreciando un plus de contenido de injusto con relación al tipo básico cuando éste es realizado por una pluralidad de personas, la existencia de una planificación previa que diseñe la operación con precisión en cuanto a su alcance y que determine un reparto de roles entre los intervinientes de tal forma que se contemple una estructura, denotaría mayor intensidad criminal.

Normalmente en los casos de organizaciones estatales, las reglas de la autoría y participación obligarán a descartar la coautoría dado el juego de la obediencia debida, y a apreciar normalmente la participación del superior mediante la inducción al subordinado cuando éste no pueda ser considerado un instrumento y autoría mediata cuando el subordinado actúa cumplimentando mandatos obligatorios pese a ser contrarios a derecho como en los casos en que actúa sin poder conocer la ilicitud de la orden y por ello no se considera culpable.

### III. CUESTIONES DOGMÁTICAS: EL PRINCIPIO «SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST» EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

JEAN GRAVEN (27) en 1950 en su obra «Les crimes contre l'humanité» manifestó que los actos criminales resultantes de una decisión o de una orden del Estado como tal, de sus órganos y servicios, de una colectividad o de grupos organizados no puede escapar al derecho penal y sus sanciones; los crímenes contra la humanidad de tipo colectivo, crímenes de Estado o crímenes de organizaciones, cometidos de acuerdo con las directrices oficiales, deben implicar una responsabilidad común (28). Para

---

(26) A. GIL GIL, *Derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*, cit. p. 8.

(27) Citado por J. SAENZ DE PIPEON Y MENGES *Delincuencia Política Internacional., Especial consideración del delito de Genocidio*, publicaciones del instituto de criminología. Universidad Complutense 1973, p. 132.

(28) GRAVEN junto con otros muchos autores que defienden la responsabilidad de las personas jurídicas, GIERKE; MESTRE; HAFTER; PELLA; SALDAÑA; CALOYANNI, DONNEDIEU DE VABRES etc... significa que también un cuerpo político; jurídico; militar o de policía puede ser una responsabilidad positiva y social, hacia la cual evoluciona el mismo derecho individual.

DELITALIA (29), aunque la persona jurídica actúa por medio de los órganos que la representan y su voluntad es en realidad la voluntad de estos últimos (30), puede existir la responsabilidad penal de la persona jurídica, anómala y excepcional, ya que se parte del principio general del derecho punitivo, y a pesar de que no pueda hacerse referencia, hablando con propiedad, al delito, al delito de una persona jurídica.

Frente a dichas consideraciones e inspirado bajo la idea de que «las organizaciones no tienen alma a la que reprochar ni cuerpo al que golpear» negándoles capacidad de acción, movimiento o pensamiento propio de las personas, el principio «societas delinquere non potest» con el que la doctrina rechaza la responsabilidad de las personas jurídicas, se comparte por la doctrina mayoritaria, pudiendo aludir a BAJO FERNÁNDEZ (31), quien señala que la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas explica que no exista en el Derecho una responsabilidad colectiva o a GIL (32), que considera ya en sede de Derecho penal Internacional en relación a la responsabilidad individual, «la única posible en derecho penal, pues las personas jurídicas carecen de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho penal, con lo que no pueden realizar siquiera el primer elemento del delito en el sentido penal y por lo tanto no podrá imponerseles penas ni medidas de seguridad». Además, dicho principio rige en Derecho penal internacional no solo por las dificultades dogmáticas y prácticas que plantea en la mayoría de los Estados (33), sino también y especial-

---

(29) DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padua, 1930, p. 153 y ss. Citado por J. SAENZ DE PIPEON Y MENGES, *Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*, cit, p. 133.

(30) Aunque desde el punto de vista psicológico, hablar de voluntad de una persona jurídica es un contrasentido.

(31) *Delitos patrimoniales y económicos*, Manual de Derecho penal (Parte Especial) Tomo II, Ed. Ramón Areces 1990, p. 403. Esta reflexión realizada en el contexto del Derecho penal español, rige igualmente aunque con alguna excepción como veremos, en el Derecho Penal Internacional en la medida en que las reservas que se han venido planteando por los Estados proyectan una concepción ideológica que imputa la responsabilidad penal exclusivamente a los individuos haciendo imposible introducir en dicho marco un concepto de culpabilidad colectiva o de agrupación al lado de la culpabilidad individual tradicional.

(32) A. GIL GIL, *Derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*, cit, p. 41.

(33) Sin ir mas lejos se plantea el problema del carácter intencional del delito de genocidio que al recoger en el tipo subjetivo el elemento intencional que se manifiesta en el artículo 607 apartado 1.º de nuestro CP con la expresión «*Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*» traslada a las personas jurídicas las dificultades apuntadas por la doctrina de considerar el dolo en los entes abstractos, pues uno de los argumentos utilizados para rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el de concluir que una condición indispensable de la responsabilidad es la voluntad que solo se verificaría en las personas naturales, negando a las agrupaciones la concurrencia de esa voluntad personal.

mente en consideración al principio de responsabilidad penal individual operado desde los Tribunales de Nuremberg, hasta nuestros días (34).

No obstante lo anterior, se han apreciado quiebras al referido principio de responsabilidad penal individual, pues el ente colectivo no fue ignorado en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg que aludió a la «organización criminal» en tanto que organización a la que pertenecieran los condenados previa conexión con ella (35), ni tampoco en la convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 que recogía a la asociación para cometer el Genocidio como una de las categorías o actos susceptibles de castigo así como las referencias a la posible responsabilidad de un Estado. Este movimiento, que se aprecia en la esfera del derecho comparado, como tendremos oportunidad de ver, apunta en los últimos años hacia una progresiva apertura del terreno en el marco jurídico internacional para dar a la responsabilidad criminal

---

(34) Particularmente ilustrativos son el Artículo 6.º del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de los juicios de Nuremberg, que dice: «El Tribunal (...) estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que (...) cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones», el Artículo 5.º del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional para el lejano Este «El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del lejano Este que individualmente o como miembros de organizaciones sean acusados por delitos contra la Paz», el artículo 4.º de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptado por la Resolución 260 de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1948, «Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.»; los artículos 6.º y 5.º de los Estatutos del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de crímenes de Guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, aprobado mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 y del Tribunal Internacional para Ruanda aprobado mediante Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, que dicen: «El Tribunal Internacional tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto», o en fin, el artículo 25.º<sup>1</sup> del estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, que establece que «De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales».

(35) E. GREPPI significa: «No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se inició un movimiento (...) que claramente comenzó a crear una conciencia más clara de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra, en los que se considerara tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos. (...) posteriormente, instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio «encargados del juicio y castigo de criminales de guerra por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos estén acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades». E. GREPPI, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*, Revista Internacional de la Cruz Roja N.º 835 año 1999, pp.5 31-554.

de las personas jurídicas una creciente trascendencia que se manifestará no solo en la discusión de los trabajos preparatorios y debates diversos para la elaboración de Estatutos y convenios internacionales, como ocurrió por ejemplo en la elaboración del Estatuto de la CPI, sino también en la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos de dichos marcos normativos, tanto de carácter general, como por ejemplo en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 10 de enero de 2000, como de carácter regional, en la Propuesta de Decisión-Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) presentada por la Comisión el 29 de noviembre de 2001. Llegados a este punto, nos detendremos a continuación a abordar la evolución histórica de los principios considerados.

#### IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el periodo transcurrido desde los procesos de Nuremberg hasta la redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional han proliferado diferentes enfoques en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no obstante las dificultades de reconocer la existencia misma de un Derecho penal internacional, como se refleja de los diferentes Tribunales y Textos acordados en el seno de la Comunidad Internacional (36).

##### A) PROCESOS DE NUREMBERG

La dicotomía responsabilidad penal individual / responsabilidad penal por asociación ilícita ha seguido diferentes caminos en la recientemente terminada centuria. Dicha afirmación tiene especial significación en los procesos de Nuremberg, pues frente a quienes como KAI AMBOS, quien defiende la responsabilidad penal individual en esta etapa de la Historia, aludiendo a que en los procesos de Nuremberg el

---

(36) No obstante solamente se considerarán las instancias jurisprudenciales más representativas con abstracción de los juicios de Tokio y del Tribunal sobre Ruanda en los que se repitieron mimeticamente los planteamientos dogmáticos y fundamentos que sobre las organizaciones se hicieron en los juicios de Nuremberg y en el Tribunal para la ex-Yugoslavia respectivamente.

Tribunal Militar Internacional partió de la base de un reconocimiento de la responsabilidad penal individual como única a considerar explicitándose que «suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al derecho Internacional. Crímenes contra el derecho Internacional son cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer» (37), otros como GÓMEZ-BENITEZ (38), apuestan por considerar la responsabilidad por la asociación ilícita co-protagonista con la anterior en los procesos seguidos en Nuremberg, matizando en relación a las organizaciones declaradas criminales, que «pese a que la pertenencia a esta clase de organizaciones fue considerada en ocasiones por el Tribunal de Nuremberg como causa de responsabilidad criminal por esta clase de crímenes, lo cierto es que los textos internacionales desde entonces no han seguido este camino de la asociación ilícita, sino el de la responsabilidad individual por actos específicamente descritos como crímenes contra la humanidad, (...)».

#### **a) Estatuto**

Sin embargo el Tribunal militar internacional de Nuremberg condenó a diferentes organizaciones o grupos encuadrados en mayor o menor medida en el nacionalsocialismo, con fundamento en el párrafo primero del artículo 9 del Estatuto que establecía que «En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertene-

---

(37) Cita de *the trial of the Major War Criminals. Proceedings of the international Military sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, pag. 447 (London, HMSO 1950) (El Juicio) por KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya*, Revista Penal N.º 7 año 2001 p. 5. Asimismo KAI AMBOS añade al respecto que El IMT (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg) se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones nazis, consagrando que «uno de los más importantes (principios legales)... es que la culpabilidad es personal», y que «el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad (de un grupo u organización) en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas». KAI AMBOS ob. Cit., p.47.

(38) GÓMEZ-BENITEZ JOSE MANUEL en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, cit., p. 21.

cía la citada persona o personas era una organización criminal» (39) y el artículo 10 que señalaba: «En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los Tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada (40)».

## b) Acta de acusación

Dicho marco normativo abriría ciertamente la puerta a reconocer la vigencia de la responsabilidad penal colectiva. El Ministerio Público solicitó del Tribunal que declarara organizaciones criminales a una serie de aparatos organizados de poder que formaban parte del Estado Nacional-socialista de Hitler y que fueron recogidos en un anexo B del escrito de acusación (41). Obviando no obstante las incriminaciones que se efectuaron contra estas organizaciones en la esfera de los crímenes de guerra y contra la paz, hemos de hacer las siguientes precisiones:

---

(39) SCHICK, *El juicio de Nuremberg y el Derecho internacional del futuro*, Rev. E. N. De Méjico, abril-junio 1948, p. 137, comenta que este precepto aplica el principio de la responsabilidad colectiva por las violaciones de los deberes internacionales cometidos como actos de Estado, responsabilidad que solo recae sobre el Estado en su entidad colectiva. Citado por J. SAENZ DE PIPEON Y MENGES, *Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*, publicaciones en cit, p.136.

(40) Sin embargo, el Tribunal recomienda que no sean condenadas personas inocentes sobre la base de la «criminalidad colectiva». JOE J. HEYDECKER y JOHANNES LEEB, *El proceso de Nuremberg*. Bruguera, 1970, Barcelona, p. 534

(41) No obstante y al margen del estado Nacional-socialista que encabezaba Hitler, GÓMEZ-BENITEZ con cita del art. 6 c) de la carta de Londres (Agreement for the Prosecution and punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Londres 8 agosto 1945, Charter of the International Military Tribunal, -82 U.N.T.S, 279-) que describía el crimen internacional incluyendo en su seno una suerte de responsabilidad penal que abarcaba a todos los intervinientes por los hechos de ejecución cometidos por algunos de ellos, nos advierte, que «en numerosas Sentencias del Tribunal de Nuremberg se incluyeron determinadas organizaciones no estatales entre aquellos grupos que podían instigar, o de cuya política podían ser manifestación los crímenes contra la humanidad a los que se refería su Carta Fundacional». GÓMEZ-BENITEZ JOSE MANUEL en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, cit., p. 20.

### ***a') Partido Nacionalsocialista***

Se trataba de una organización de naturaleza política estructurada bajo un «cuerpo» de jefes políticos que estaba formado por la organización del Partido con Hitler al mando del mismo. Su misión y actividades consistían inicialmente en ayudar a los nacionalsocialistas en la conquista del poder, no obstante y con posterioridad llevó a cabo diversas actividades criminales en las zonas de las regiones ocupadas que fueron anexionadas con programas de persecución de los judíos y de reclutamiento forzoso de obreros. El Tribunal consideró responsables a los hombres que trabajaron en cargos directivos de las oficinas de la jefatura nacional, jefatura provincial y jefaturas municipales de la organización así como a todos los miembros de la misma que conocían o participaron en actividades criminales (42).

### ***b') Gestapo y SD***

La policía secreta del Estado (GESTAPO) y el servicio de seguridad del Reichsführer SS (SD) terminaron siendo unificadas con la fusión de las diferentes oficinas del Estado y del Partido en una unidad administrativa de la oficina central de la Policía de Seguridad, que a su vez estaba dividida en siete departamentos o secciones. Entre sus actividades criminales se cuentan el impedir toda oposición política contra el régimen nazi a través de los campos de concentración, de los cuales era responsable a través de la oficina central, la deportación de judíos, asesinatos en masa de los mismos y detenciones de los elementos civiles sospechosos de no ser adictos al «régimen» en las regiones ocupadas con sometimiento de brutales métodos de tercer grado y traslado a campos de concentración, así como diferentes crímenes de guerra en relación con los prisioneros. El Tribunal consideró criminales a la GESTAPO y a la SD quedando incluidos en la GESTAPO todos los funcionarios que ostentaron cargos de responsabilidad y excluidos los miembros de la policía de vigilancia de fronteras y los que desempeñaron solo trabajos burocráticos.

---

(42) Los miembros del cuerpo fueron informados, en mayor o menor grado, sobre el alcance de la tristemente famosa «solución final» que como es sabido consistía en llevar a efecto el genocidio del pueblo judío.

### ***c') Las SS***

Las Secciones de Seguridad del Partido Nacionalsocialista fueron fundadas en 1925 con el pretexto de proteger y defender a los oradores del Partido y cuando alcanzaron el poder fueron destinadas para el mantenimiento del orden y de la seguridad interior. Estaban organizadas en doce oficinas principales y contaban con jurisdicción propia. Entre sus actividades criminales las SS contaban con fusilamiento de prisioneros de guerra, asesinatos en masa y actos de crueldad como los de *Oradour* y *Lidice*, persecución y exterminio de judíos y control de campos de concentración. El Tribunal consideró que las SS fueron destinadas a realizar misiones consideradas criminales por el Estatuto, quedando incluidas en dicha organización todas las personas que fueron admitidas oficialmente en el seno de sus filas.

### ***d') Las SA***

Las fuerzas de asalto fueron creadas con fines políticos y organizadas con carácter militar. Sus actividades una vez que los nazis alcanzaron el poder consistieron en participar el llamado «sistema de terror» mediante aplicación de violencia a los judíos y de los considerados enemigos del régimen y competencias en materia de control de campos de concentración. Sin embargo el Tribunal no consideró finalmente que sus actividades hubieran de considerarse criminales a la luz del Estatuto, pues solo se apreció un carácter político que gozaba de especial influencia y poder pero renunciando en todo caso a englobar las SA entre las organizaciones criminales según el Artículo 9.

### ***e') El Gobierno del Reich***

El Gobierno del Reich estaba compuesto por los miembros del Gabinete, del Consejo de Ministros para la defensa del Reich y por los miembros del Consejo de Ministros Secreto. El Tribunal opinó que el Gobierno del Reich no debe ser considerado criminal conforme al hecho de que: no se pudo demostrar que a partir del año 1937, actuara como grupo u organización (43) y que el Grupo de las personas inculpadas era tan reducido que podía procederse individualmente contra ellas.

---

(43) Asimismo, se tuvo en cuenta que el Gobierno del Reich no volvió a celebrar, a partir del año 1937, una sola sesión, y que el Consejo de Ministros Secreto no llegó a reunirse nunca. Los miembros del Gobierno del Reich que participaron en los planes para una guerra de agresión lo hicieron como personas individuales.



### ***f)* Estado Mayor y Alto Mando de la Wehemacht**

El Tribunal en contra del planteamiento del Ministerio Público, no las consideró organizaciones ni grupos. Los miembros acusados fueron los jefes militares de mas alto rango en Alemania y sus actividades fueron las mismas que en los ejércitos, flotas y aviones de cualquier otro país pero no formaron una asociación. Por ello no fueron considerados criminales ni el Estado Mayor ni el Alto Mando de la Wehemacht.

### **c) Recapitulación**

Hemos recogido una serie de organizaciones cuyas principales notas características, una vez cotejadas, permiten concluir que estamos ante una criminalidad organizada que, con excepción del Gobierno del Reich y del Estado Mayor y Alto Mando de la Wehemacht (44), quedaría conformada bajo los siguientes apuntes: entes colectivos diferentes de la unión de sus miembros; existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones; actuaciones a distintos niveles jerárquicos, de modo tal que los órganos ejecutivos desconocen el plan global, conociendo solo la parte del plan asumido; aplicación de tecnología y logística, actuando sus componentes con estricta profesionalidad; fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; movilidad internacional y apariencia de legalidad y adopción de forma de engranaje que se inserta como una pieza mas en el sistema político y en el aparato estatal.

Estamos en presencia de las notas recogidas en el cuadro descrito por JOSE ANTONIO CHOCLAN MONTALVO (45), configurador de la llamada «empresa criminal» y necesarias para constituir organización en sentido jurídico-penal. Además si atendemos a su estructura, y retomando la definición de persona jurídica recetada por DIEZ PICAZO, podemos apreciar un paralelismo con las personas jurídicas, pues en general y con las excepciones mencionadas funcionaban como un ente con personalidad

---

(44) Toda vez que el Gobierno del Reich no funcionaba como una auténtica organización y del Estado Mayor y Alto Mando de la Wehemacht tenía mas en común con una asociación que con una organización.

(45) CHOCLAN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit, p.9.

propia con núcleo de imputación de competencias, con una cabeza visible como ocurría con el partido nacionalsocialista que giraba bajo un «cuerpo» de jefes políticos, o la GESTAPO y SD, cuya cabeza se concretaba en una oficina central; o los jefes militares en las SA y una estructura jerárquica organizada ya se tratara de jefaturas provinciales y jefaturas municipales de la organización como en el partido nacional socialista, ya en departamentos o secciones como ocurría en la GESTAPO y en la SD; oficinas en la SS, o unidades militares en las SA.

Las organizaciones que fueron condenadas solo sufrieron una condena formal que incluía la declaración de la condición de criminales de ciertas colectividades. KAI AMBOS entiende que no se podía hablar de culpabilidad de la agrupación sino a lo mas de culpabilidad cumulativa constituida por adición de culpas personales (46), y con el, la Jurisprudencia y Textos normativos Internacionales existentes en la época de mediados del siglo XX.

En contra de esta tesis, MATOS ESCOBEDO (47) afirma que la acusación misma y la competencia del Tribunal Internacional tenían uno de sus apoyos en el principio de la responsabilidad penal colectiva de manera que hubiera perdido legitimidad y justificación si se hubiese atendido exclusivamente a la responsabilidad individual de los acusados. Para CUELLO CALÓN (48) estamos ante una desviación del principio de responsabilidad individual que rechaza implícitamente la responsabilidad criminal de las personas colectivas y en la misma línea JIMENEZ DE ASÚA (49), advierte que no se acusa solo a personas físicas sino también a organizaciones y grupos que deberían ser declarados criminales según sus propósitos, aspiraciones y métodos utilizados.

---

(46) El Tribunal afirmó que una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual n el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya* en Revista Penal N.º 7 año 2001 p. 11.

(47) Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 135. MATEOS ESCOBEDO afirmó que «dos responsabilidades claramente definidas destaca la justicia impuesta por la victoria de las naciones unidas: la individual y la colectiva. Ambas están íntima e indisolublemente vinculadas. La primera no sería exigible, si, a pesar de existir programas políticos totalitarios de aparente licitud, no hubieran concurrido personas físicas a ejecutarlos por medio de actividades criminales. La segunda tampoco justificaría una competencia internacional si hubiera obedecido solamente a impulsos personales... sin que los criminales hubieran obedecido a un programa general de agresión a la comunidad internacional», «*La responsabilidad penal corporativa*», criminalia, 1946, p. 446.

(48) En «*Derecho*», p.319. Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 136.

(49) En «*Criminales de Guerra*» Buenos Aires 1947, p. 243. Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 136.

En todo caso, lo cierto es que la aplicación del principio de responsabilidad criminal colectiva implícita en los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional tuvo carácter únicamente formal (50), es decir, sin consecuencias prácticas de cara a las organizaciones o personas morales finalmente condenadas, lo que de alguna manera apuntalaría los argumentos de KAI AMBOS quien insiste en propugnar únicamente como real y tangible la responsabilidad penal individual en el marco de los crímenes enjuiciados en los procesos estudiados.

Además, aún cuando la medida o sanción propiamente dicha prevista en los casos de organizaciones criminales además de la formal declaración de «organización criminal», fue la de contemplar el enjuiciamiento por una presunta responsabilidad penal individual de cualquier individuo por el mero hecho de pertenecer a una organización declarada criminal basando una «conexión» del mismo con dicha organización siempre que se probara que uno de sus miembros hubiera cometido un hecho criminal y aún cuando los fines de dicha organización fuera *ex-ante* lícitos, la jurisprudencia amortiguó sensiblemente dicha regla para evitar consecuencias no deseadas al convenir que la pertenencia a una organización criminal solo conllevaría incriminación cuando el imputado hubiera intervenido de forma activa en los actos de dicha organización a sabiendas de la naturaleza criminal de su actuación (51). Así, dice KAI AMBOS, la mera pertenencia no es suficiente.

Las organizaciones criminales fueron consideradas desde esta perspectiva como fenómenos de conspiración criminal y su responsabilidad fue ciertamente juzgada mediante la aplicación de los principios penales de la conspiración al amparo del art. 6 del Estatuto que castigaba a quienes participaran como líderes, organizadores, instigadores o cómplices en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer, o que implicaba la comisión de, Crímenes contra la Paz, Crímenes de guerra y Crímenes contra la humanidad. Por ello, no existía motivo para

---

(50) Aún cuando a algunos autores como HANSEL no les faltaría razón al considerar que declarar criminal a una organización representa ya una condenación de todos sus integrantes y por lo tanto es ya un castigo.

(51) «Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. Tiene que haber un grupo unido y organizado para un propósito común (...). La mera pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por el marco de esas declaraciones.» Cita de KAI AMBOS en referencia a «El Juicio» Ob. Cit. p. 11. Añade el Autor que en el caso de la GESTAPO, la declaración de criminalidad no incluyó «personas empleadas (...) para trabajos puramente clericales, estenográficos, de mantenimiento o similares trabajos de rutina no oficiales» (ibid., p. 477).

no considerar responsable a cada uno de los miembros del partido nazi pudiendo ser todos imputados a título de conspiradores bajo el citado art. 6 aún cuando el estatuto no mencionase la palabra organización. El mero acto de afiliación sería suficiente para considerarlo un acto de adhesión al plan común, con abstracción al carácter nacional, étnico, religioso o político del grupo, bastando la unidad del mismo para acometer la acción criminal.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg mantuvo que en relación con las organizaciones nazis, «uno de los más importantes (principios legales) (...) es que la culpabilidad penal es personal» y que «el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad (de un grupo u organización) en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas» (52). Dicho esto, no se abordó tratamiento penal ni se adoptaría medida alguna respecto de las organizaciones o personas jurídicas. Por lo que podemos concluir junto a J. C. GENTON (53) que «*las sanciones colectivas se han reflejado solamente en medidas de desnazificación y en la declaración del carácter criminal de tres organizaciones nazis, de la que puede esperarse que no tenga consecuencias prácticas*».

#### B) TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LOS CRÍMENES COMETIDOS EN LA EX-YUGOSLAVIA

KAI AMBOS (54) afirma que el principio de responsabilidad penal individual entendido en el sentido de que los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos solo por individuos y no por entidades abstractas, se manifestó no solo en los juicios de Nuremberg sino también y con mas claridad si cabe, en la mas reciente Jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia y del de Rwanda. Especialmente en el caso *Tadyc*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia, confirmó que «*(...) el Derecho Internacional Consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3.º común a las Convenciones de Ginebra de 1949 (...)*».

---

(52) Traducción de KAI AMBOS en Ob, Cit, p. 7.

(53) J.C. GENTON «*Le Tribunal Militaire International*», Rev. D. P. Et C, 1948, p.496. Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p. 137.

(54) KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual n el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya*, Cit., ps. 5 y 6.

El artículo 6 del Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, determina que «El Tribunal Internacional tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto» en otras palabras, solo ejercerá jurisdicción sobre las «personas físicas (55). De esta manera se descarta la extensión de la competencia de dicho Tribunal en el plano «*ratione personae*» a la posible incriminación de grupos u organizaciones o personas morales que hubieran podido contravenir de alguna forma la norma internacional penal de que se trata.

Así, la jurisdicción personal de este Tribunal Internacional mantiene la vigencia del principio de responsabilidad individual, continuando así la línea competencial argumentada que como vimos se aplicó en los anteriores juicios de Nuremberg (56). Y así lo ha entendido el Secretario General de las Naciones Unidas quien refiriéndose al Estatuto para el Tribunal creado para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos recientemente en la ex-Yugoslavia, ha argumentado que del conjunto de Resoluciones que condujeron a su vez a la Resolución 808 se puede considerar dibujada una línea interpretativa clara en torno a la expresión: «presuntos responsables de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario», se inclinaría por entender que solo son las personas físicas y no las morales o jurídicas las únicas que habrían de someterse a la incriminación por parte de dicha instancia judicial internacional.

Por otro lado, entendemos junto a PIGNATELLI Y MECA (57) que la experiencia obtenida en los juicios de Nuremberg en los que se hicieron un

---

(55) Se ha planteado la cuestión de si se puede análogamente a como ocurrió con los Juicios de Nuremberg de poder declarar conforme al Art. 10 de del estatuto de Nuremberg, criminal a una organización y de dicha incriminación proceder contra los integrantes de la misma, el Secretario general de las naciones Unidas en Doc. S/25704, párrafos 50 y 51, ha negado toda posibilidad para el Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827, argumentando que «los actos criminales previstos en el estatuto son llevados a cabo por personas naturales y estas personas estaría bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional independientemente de que pertenezcan o no a grupos». También documentado por PIGNATELLI Y MECA, Cit., p. 108.

(56) El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia hizo suya la afirmación comentada del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el caso *Tadic* en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones en el sentido de fijar los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949.

(57) En sus «consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991». REDEM N.º 64, Jul/Dic 1994. p. 108.

uso «abusivo» de las prerrogativas y facultades recogidas en el Estatuto de Londres, sirve para considerar acertada la no inclusión en normas positivas de criterios de extensión para la incriminación de la codelinuencia aún cuando puedan ser utilizados en el momento de las resoluciones judiciales.

En definitiva y de acuerdo con las Resoluciones 808 y 827, el Tribunal Internacional al tener como principal función juzgar a los presuntos culpables de las graves violaciones de derecho humanitario cometidas en los territorios de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, con la expresión «presuntos culpables» queda claro que se actuará de manera individual, y serán personas físicas y no personas morales las que se juzgarán independientemente de su pertenencia a uno u otro grupo.

## C) LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### a) El Comité Preparatorio

En las actuaciones del Comité Preparatorio del informe para el establecimiento de una Corte Penal Internacional celebrado en las Naciones Unidas en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, se consideraron diversos puntos en torno al tema que nos ocupa, a saber:

#### 1.º Responsabilidad penal individual:

Se admitió en general que el concepto de la responsabilidad penal individual de los crímenes, incluidos los actos de planificación, instigación y ayuda a la persona que cometiera efectivamente el delito, era indispensable y debía preverse en el estatuto. Algunas delegaciones sugirieron que se incluyera por consiguiente en el propio Estatuto una disposición que estableciera los elementos fundamentales de la responsabilidad. Se hizo referencia a los artículos 6 Y 7 de los Estatutos de los Tribunales para la ex-Yugoslavia y Rwanda, respectivamente. Otras delegaciones opinaban que no era menester una disposición explícita y detallada de esa índole, ya que podría comportar negociaciones complejas, un Estatuto muy extenso y la difícil tarea de definir elementos como participación, conspiración y complicidad.

#### 2.º Responsabilidad Penal de los Estados:

También se expresó el parecer de que una cuestión esencial que debía abordarse en el Estatuto era la de si se requería algún tipo de disposición de salvaguardia para garantizar que la responsabilidad penal individual no exonerase al Estado de su responsabilidad en un caso determinado.

### 3.º Responsabilidad penal de las sociedades o empresas:

Algunas delegaciones opinaban que sería más útil centrar la atención en la responsabilidad individual, señalando al mismo tiempo que, de hecho, las sociedades o empresas eran controladas por individuos (58). Varias delegaciones indicaron que tal responsabilidad era contraria a las disposiciones de su derecho interno. Sin embargo, se señaló que la responsabilidad de una sociedad o una empresa podía ser un elemento importante en el contexto de la restitución. Se recordó que se había incluido el principio en los juicios de Nuremberg.

## b) El Estatuto

Llegados a este punto, el Estatuto de Roma de la CPI aprobado el 17 de julio de 1998 recoge en su artículo 25 el consagrado ya como principio general de derecho «la responsabilidad penal individual», en sus dos primeros números: «1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto» (59). Y por fin, el citado artículo 25 del Estatuto, en su número 4, despeja toda duda respecto de la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional al establecer que «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional».

Lo cierto, es que el proyecto sobre el que se debatió en la conferencia diplomática de Roma, recogía en su art. 23 –actual art. 25 del Estatuto– dos apartados, que se correspondían con los párrafos 5.º y 6.º que consagraban

---

(58) Siguiendo a ELIZABETH SALMÓN GÁRATE y A. GIOVANNA GARCÍA SAAVEDRA, durante la elaboración del estatuto se planteó la posibilidad de que no sólo las personas naturales fueran responsables por la comisión de crímenes internacionales, sino también se pretendió imputar responsabilidad a las personas jurídicas. Así se señaló en el proyecto presentado por el Comité preparatorio el 14 de abril de 1998: «Artículo 23º.- 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado en calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes.» Sin embargo, esta posición fue desestimada en el entendido que son las personas naturales las que actúan directamente en la comisión de los crímenes y si para ello se han valido de alguna persona jurídica correspondería a ésta una sanción civil o administrativa más no penal.

(59) En este punto segundo, se reconoce el principio de la personalidad de las penas: es decir, quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto.

el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Estatuto de Roma. Estos párrafos decían: «5. La Corte también ejercerá jurisdicción sobre las personas jurídicas, a excepción de los Estados, cuando los crímenes se hayan cometido en nombre de ellas o por sus agentes o sus representantes. 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado e calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes» (60).

Estas previsiones relativas al reconocimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, venían complementadas con otro precepto, el art. 76 del Proyecto, que preveía las penas aplicables a las personas jurídicas (61), precepto que no obstante quedaba lógicamente condicionado a la definitiva aprobación de los preceptos que consagraban la citada responsabilidad y que no obstante ya se advirtió de los graves problemas que podía plantear su cumplimiento y en concreto en el marco de la Parte del Estatuto que reza en el Texto definitivo: «*De la ejecución de las penas*» (62).

---

(60) En los documentos de trabajo que sirvieron a la discusión en torno a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma, se decía «5. Sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de las personas naturales con arreglo al presente Estatuto, la Corte tendrá también competencia para juzgar a una persona jurídica por un crimen previsto en el presente Estatuto. Los cargos podrán ser presentados por el Fiscal contra una persona jurídica y la Corte podrá dictar sentencia sobre una persona jurídica por el crimen objeto de los cargos, si: A) En los cargos presentados por el Fiscal contra la persona natural y la persona jurídica se alegan las cuestiones mencionada en los apartados b) y c). B) La persona natural acusada ocupaba un puesto de control en la persona jurídica en virtud de la legislación nacional del estado en que la persona jurídica estaba registrada en el momento en que se cometió el crimen. C) El crimen fue cometido por la persona natural por cuenta de esa persona jurídica y con su consentimiento explícito, y en el desempeño de sus actividades; y D) La persona natural ha sido declarada culpable del crimen objeto de los cargos (...). 6. (...) El Fiscal podrá presentar cargos contra la persona natural y la jurídica conjunta o separadamente. La persona jurídica y la natural podrán ser juzgadas conjuntamente.

(61) Y que relacionaba en particular las siguientes: la multa; la disolución; la prohibición, por el plazo que fijara la corte, de realizar actividades de cualquier índole; el cierre, por el plazo que fijara la Corte, de los locales utilizados para la comisión del crimen y el decomiso de los instrumentos utilizados para la comisión de los crímenes y el producto, los bienes y los activos obtenidos por medio de actividades criminales.

(62) Las dificultades referidas se reflejan entre otras en la Recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega, sobre la autorización de ratificación del Estatuto de 17 de julio de 1998 de la CPI: «*En tales casos, la pena, ya sean multas, disolución o similar, acarreará consecuencias especialmente graves también para las personas naturales que no han tenido nada que ver con la actividad punitiva de la entidad. Por ello, se puede plantear la cuestión de si, en casos determinados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede acarrear indirectamente una forma de responsabilidad colectiva objetiva para los miembros de la entidad. Partiendo de consideraciones en materia de pro-*



No obstante y como es sabido, el texto final aprobado para el Estatuto de Roma, abandonó el criterio pretendido de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas haciendo finalmente abstracción de las alusiones recogidas en los apartados 5.º y 6.º del art. 23 y art 76 del Proyecto. La discusión fue intensa dado que existía una profunda divergencia de opiniones en torno a la inclusión de este tipo de responsabilidad penal, pues muchas delegaciones se oponían firmemente a ello mientras que otras lo apoyaban considerando incluso que la responsabilidad penal habría de hacerse extensiva a otros entes colectivos desprovistos de personalidad jurídica y por fin otras delegaciones mantuvieron una posición abierta (63). Además, no faltaron propuestas intermedias como las relativas al reconocimiento único de una responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas.

Las claves del fracaso de la propuesta liderada por Francia que postulaba la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se deducen fácilmente de la Recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega (64), sobre la autorización de ratificación del Estatuto de 17 de julio de 1998 de la CPI en el seno de los debates para la elaboración del estatuto que revelaba: *«En el curso de las negociaciones, sin embargo, la propuesta de texto citada en último término fue recibida con objeciones fundamentales y prácticas de gran peso. En primer lugar, enseguida se hizo evidente que varios Estados no conocen el concepto de «condena empresarial» en su legislación penal nacional, y que, entre los mismos Estados que franquean el paso al procesamiento de personas jurídicas, hay división de opiniones acerca de qué principios deben regir. Estas circunstancias en sí eran propicias a dificultar las negociaciones.*

---

*tección legal, hay razón para mostrar mucha prudencia con respecto a una responsabilidad penal que pueda ejercer tales efectos (...). Con respecto a las figuras delictivas bajo la competencia de la Corte, se pusieron de manifiesto claras discrepancias fundamentales, y también cuestiones sobre la manera de asegurar una ejecución eficaz. En lo esencial, la ejecución debería dejarse en manos del Estado o los Estados pertinentes y plantearía, además, varias y complejas cuestiones de pruebas, entre ellas la estructura real de la propiedad y la identificación y localización del activo. (...) debe concluirse que, en la Conferencia Diplomática, apenas habría posibilidad de alcanzar un amplio consenso para una corte penal que diera oportunidad de enjuiciamiento penal de personas jurídicas».*

(63) La recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega, señaló: *«En el trabajo preparatorio previo a la Conferencia Diplomática de Roma, así como durante la misma Conferencia, algunos Estados se declararon partidarios de que la Corte tuviera competencia para procesar a personas jurídicas, es decir, organizaciones e instituciones, además de personas físicas; (...). En el curso de las negociaciones, se constató un apoyo limitado a la propuesta en este sentido».*

(64) Cuyo Código Penal recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

*Además, varios Estados no estarían en condiciones de ejercer acción penal nacional en este ámbito, lo cual, a su vez, socavaría el principio fundamental de que la Corte no tomará a su cargo, de la administración de justicia nacional, la responsabilidad principal del procesamiento, como se pone de manifiesto en el principio de complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones penales nacionales (...)La condena de personas jurídicas plantea también difíciles cuestiones en relación con la protección legal de los miembros pertenecientes a la persona jurídica de que se trate. Tal condena contribuirá, sin duda, a estigmatizar a la entidad en cuestión y podrá coadyuvar, indirectamente, a dañar la reputación de las personas naturales vinculadas a la misma. (65)»*

Con independencia de los intentos frustrados de consagrar de forma expresa una responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma, y a la luz del texto definitivo, llama la atención el hecho de que, se da un paso gradual mas en el giro de la jurisprudencia mas reciente de la Ex Yugoslavia y Ruanda, con el que se abandona el criterio seguido en el Estatuto Internacional del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el que se hacía referencia en su Artículo 10 como hemos visto, a las organizaciones criminales con lo que es una realidad en el Estatuto de la CPI, el abandono de la anterior consideración y la vigente afirmación acerca de que la contribución a la comisión del delito colectivo no comete el delito la asociación como persona moral (66).

#### D) OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES NO JUDICIALES

Aparte de la convención sobre el genocidio al que por su relevancia aludiremos mas adelante, podemos finalizar el presente epígrafe con algunas referencias a instrumentos supranacionales ciertamente ilustrativos al

---

(65) Junto a las mencionadas dificultades para aceptar la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas habría que añadir siguiendo a KAI AMBOS, quien reitera que el concepto aún no había sido reconocido en algunos de los sistemas de Derecho penal, que la inclusión de la mencionada responsabilidad planteaba también serios problemas de prueba. En consecuencia la ausencia de responsabilidad criminal colectiva en muchos Estados convertía en impracticable el principio de complementariedad. Citado por RODRIGUEZ-VILLASANTE en Ob, Cit Nota 57, p. 401.

(66) En palabras de F. BUENO ARÚS en «*Perspectivas de la teoría general del delito...*», Citado por JOSE LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO en «*Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*» REDEM N.º 75 Ene/Jul 2000, p400.

tema que nos ocupa y en los que se aprecia una tendencia sutil pero ciertamente relevante hacia el reconocimiento paulatino de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Internacional.

### a) **Ámbito general**

El artículo 10 de la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (67) establece: «**1.** Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. **2.** Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. **3.** Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. **4.** Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.»

También es importante traer a colación el artículo 5 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 10 de enero de 2000, que establece: «**1.** Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa. **2.** Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. **3.** Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 supra estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario.»

---

(67) Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000.

A continuación el artículo 18 del mismo instrumento internacional recoge una serie de medidas a adoptar por los Estados parte relativas al reconocimiento y averiguación de Personas Jurídicas entre las que destaca: ii) Con respecto a la identificación de personas jurídicas, exigir a las instituciones financieras que, cuando sea necesario, adopten medidas para verificar la existencia jurídica y la estructura del cliente mediante la obtención, de un registro público, del cliente o de ambos, de prueba de la constitución de la sociedad, incluida información sobre el nombre del cliente, su forma jurídica, su domicilio, sus directores y las disposiciones relativas a la facultad de la persona jurídica para contraer obligaciones.

Dicho lo cual, estamos ya en disposición de aseverar que la evolución histórica operada en el recientemente finalizado siglo XX en el marco del derecho penal internacional, apunta claramente a la necesidad de responder a los fenómenos criminales propios de la persona jurídica y criminalidad organizada.

## **b) Ámbito regional europeo**

En cuanto a nuestro ámbito destaca la Propuesta de Decisión-marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (2002/C 75 E/17) presentada por la Comisión el 29 de noviembre de 2001 (68).

Con dicha propuesta se establece en refuerzo de la cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades de los Estados miembros con respecto a los delitos de carácter racista y xenófobo, un Artículo 9.º que determina en su párrafo 1.º que «Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos contemplados en los artículos 4 (69) y 5

---

(68) Nos abstendremos de abordar otros instrumentos como la Acción común 98/733/JAI, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, al no apreciarse de forma clara un contenido comprometido en el ámbito de los crímenes que afectan a este trabajo.

(69) En el artículo 4.º se recogen los delitos de carácter racista o xenófobo utilizándose el término genocidio solo en el apartado «c» que dice: «la apología pública con fines racistas o xenófobos de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como vienen definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional». Mientras que en el artículo 5.º se hace referencia a la inducción, a la complicidad y a la tentativa.

cometidos en su nombre por cualquier persona que actúa individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica que ejerce un poder de dirección en la misma de acuerdo con los siguientes criterios: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, b) autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica y c) autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica. Asimismo su párrafo 2.º establece que «Independientemente de los casos previstos en el apartado 1, los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que una persona jurídica pueda ser considerada como responsable cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una de las personas citadas en el apartado 1 haga posible la comisión de los delitos contemplados en los artículos 4 y 5 en favor de dicha persona jurídica por una persona sujeta a su autoridad». Y su párrafo 3.º: «La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye las acciones judiciales de carácter penal contra las personas físicas que cometan un delito o sean culpables de los comportamientos a los que se hace mención en los artículos 4 y 5»

El Artículo 10 de la propuesta recoge que: «1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que una persona jurídica considerada responsable con arreglo al apartado 1 del artículo 9, sea objeto de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluyendo multas penales o no penales y eventualmente otras sanciones como: a) exclusión de prestaciones o ayudas públicas, b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, c) sometimiento a vigilancia judicial, d) medida judicial de liquidación, e) cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión del delito. 2. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para que una persona jurídica considerada responsable con arreglo al apartado 2 del artículo 9 sea objeto de sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.»

## V. LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL ESTADO

### A) INTRODUCCIÓN

El Estado presenta una especial singularidad en el campo de la responsabilidad penal en el marco del Derecho Internacional si lo contemplamos en un doble sentido: por un lado se le viene atribuyendo de forma constante en los diferentes sistemas y ordenamientos jurídicos plena personalidad jurídica lo que nos exigirá entrar a considerar una posible res-

pensabilidad penal y por otro lado se ha venido demostrando que las organizaciones que participaron activamente en la comisión de los más graves crímenes contra la humanidad cometidos hasta la fecha, fueron creadas o solapadas al ejercicio del poder político, como ocurrió en el caso del régimen nacional-socialista alemán en relación con el exterminio de la raza judía.

Esta segunda cuestión se tratará en lugar aparte dado el interés y magnitud que ha adquirido en los últimos años la problemática de la interacción de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, merecedor de una particular atención por nuestra parte, lo que no impedirá tratar bajo este epígrafe las cuestiones suscitadas en torno al llamado «Estado Criminal».

En cuanto a la primera de las consideraciones, desde un punto de vista sociológico DE CASTRO (70) afirmó que la idea de persona jurídica tiene como explicación profunda la existencia de unas realidades sociales y organizaciones que tienen propia e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen. La doctrina administrativista española considera por lo general persona jurídica al Estado. GALLEGO ANABITARTE (71) considera que de una lectura de las leyes administrativas fundamentales, la Administración es un órgano o institución del Estado que actúa con la personalidad jurídica única de éste a pesar de los distintos departamentos ministeriales. En palabras del citado profesor: «(...) el Estado se concibe como una organización unitaria, constituida por diversos órganos que no son titulares, sino que ejercen competencias, porque la titularidad de esas competencias pertenece al centro unitario, que es el Estado, al que de forma natural se le otorga, entonces personalidad jurídica» (72).

Se ahonda en la anterior consideración si como observa PASTOR RIDRUEJO (73), el Estado continúa ostentando una posición clave de protagonismo y sujeto por excelencia del Derecho Internacional. Sin embargo la auténtica controversia se suscitará a la hora de considerar al Estado criminalmente responsable de crímenes internacionales, pues junto a la conocida dificultad de considerar responsables criminalmente a las personas jurídicas, se plantean además cuestiones muy controvertidas de índole política, jurídica y práctica cuando hablamos de Estados, dando lugar a

---

(70) (FEDERICO DE CASTRO «*La Persona Jurídica*» 1981, p.32), citado por GALLEGO ANABITARTE en «*Derecho Administrativo I. Materiales*», Madrid 1990, p. 262.

(71) GALLEGO ANABITARTE, Ob Cit, p. 270.

(72) Ob Cit, p.284.

(73) PASTOR RIDRUEJO en «*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*» Ed Tecnos, 3.ª Ed, Madrid 1989, p. 273.

que las convenciones y estatutos internacionales para la represión o castigo e los crímenes internacionales hayan ignorado toda posibilidad de incriminación a los Estados resultando la responsabilidad penal individual como única viable.

## B) CRÍTICA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Una vez formuladas las precisiones acerca de la personalidad jurídica del Estado corresponde a continuación examinar si dicha personalidad abre las puertas a la asunción de responsabilidad penal por el Ente público Estatal con relación a los delitos tipificados bajo la categoría de crímenes contra la humanidad y genocidio, pudiendo adelantar que la oposición a la responsabilidad penal de los Estados ha sido una constante tanto en los debates suscitados con ocasión de la elaboración de los diferentes instrumentos internacionales (74) como por parte de la doctrina.

JAVIER SAENZ DE PIPAON Y MENGES (75) comienza afirmando que de acuerdo con la doctrina tradicional, un Estado no puede ser sujeto del Derecho penal, ni cometer infracciones, ni incurrir en responsabilidad ni sufrir condenas penales, sin embargo y bajo el concepto de «soberanía criminal», opina que normalmente los crímenes internacionales contra la humanidad y en especial el genocidio, son difíciles de cometer sin al menos la tolerancia Estatal, o el apoyo de una organización potente y compleja vinculada al aparato de la Administración. En la misma línea se ha pronunciado DONNEDIEU DE VABRES (76), refiriéndose a los crímenes enjuiciados en Núremberg, al significar en su obra «*Traité de Droit criminel*» que los actos internacionales de época reciente que han condenado la guerra de agresión como un crimen, llevan en germen la responsabilidad penal de esas grandes personas morales que son los Estados.

---

(74) Como hemos podido observar, no se ha apreciado todavía semejante responsabilidad en los diferentes Tribunales constituidos para enjuiciar los crímenes internacionales (Nuremberg, Tokio, ex-Yugoslavia y Ruanda).

(75) JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en «*Delincuencia Política Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*», Cit., p.132. Añade que dicha doctrina tradicional, junto al Estado, considera que las personas jurídicas, organizaciones y colectividades no pueden delinquir y por lo tanto estar sometidos a un derecho represivo, pues es un ser ficticio y abstracto, sin cerebro para reflexionar y decidir, sin miembros para ejecutar, sin nervios ni carne para sufrir un castigo y, por lo tanto, incapaz de querer y actuar dolosamente, de manera culpable, (En cita a GRAVEN) Ob Cit, p. 132.

(76) Citado por JAVIER SAENZ DE PIPEON Y MENGES en Ob Cit, p.137.

Estas aportaciones participan del trasfondo recogido en el artículo IX del Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, al establecer que «*Las controversias entre las partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los actos enumerados en el Artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia*». Este precepto, aunque de carácter procesal, pone de manifiesto la voluntad del texto normativo de no tener inconveniente en aceptar la responsabilidad de un Estado.

Por otro lado, durante los debates celebrados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional para un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, algunas delegaciones consideraron que no sólo el individuo sino también el Estado podría ser tenido por responsable penalmente. Sin embargo la Comisión, según se refleja en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1984, acabó limitando por el momento el Proyecto de Código a la responsabilidad penal de los individuos «sin perjuicio de un examen ulterior de la posible aplicación al Estado de responsabilidad criminal internacional a la vista de las opiniones que los gobiernos hayan expresado» (77). No obstante en dicha comisión se dejó entrever que aún suponiendo que la responsabilidad penal del Estado pudiera admitirse y tipificarse en el marco del derecho penal internacional, las reglas a aplicar serían necesariamente diversas a las previstas tradicionalmente para la responsabilidad penal de los individuos incluso, en su caso de las personas morales (78). Habría que distinguir dos sistemas de responsabilidad separados: uno para exigir la responsabilidad penal del Estado por la imputación al mismo de la comisión de un crimen internacional y otro para exigir la responsabilidad penal al individuo u órgano que participó en el crimen imputado al Estado, de lo que se dedu-

---

(77) ROSARIO BESNÉ MAÑERO, «*El crimen internacional, nuevos aspectos de la responsabilidad de los Estados*», Universidad de Deusto, p.75 y 76.

(78) La Comisión para la redacción del Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, afirmó que la atribución al estado de un hecho internacionalmente ilícito calificado de crimen internacional es algo muy distinto de la imputación a ciertos individuos-órganos de actos relacionados con la perpetración de un crimen internacional de un Estado, y que la obligación de castigar tales actos individuales no constituye la forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado autor de un crimen internacional, o en todo caso la única forma de esa responsabilidad. ROSARIO BESNÉ MAÑERO Cit p. 76.



ce siguiendo a ROSARIO BESNÉ MAÑERO (79), que no se podría eximir de responsabilidad criminal al Estado por el mero hecho de perseguir enjuiciar u castigar a las personas físicas y/o jurídicas que efectivamente ejecutaron o participaron en la ejecución del hecho criminal.

No obstante lo anterior la responsabilidad penal del Estado no ha cristalizado hasta la fecha en ningún instrumento internacional vinculante, llegando incluso a criticar la acepción crimen o delito en la Comisión de Derecho internacional para un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad para referirse a los Estados pues la doctrina de forma pacífica considera que se puede hablar de responsabilidad del Estado pero no de responsabilidad penal.

### C) EL ESTADO CRIMINAL

PATRICIA FARALDO CABANA (80) define Estado criminal como «Estado en el que las autoridades nacionales, siguiendo la política fijada por las más altas instituciones del Estado, utilizan el aparato estatal para ordenar a los subordinados la comisión sistemática de delitos internacionales». Siguiendo las ideas apuntadas por FARALDO, la discusión en torno a la figura del Estado criminal se desarrolla en torno a dos cuestiones fundamentales, a saber: 1.º- Necesidad de que un Derecho supraestatal venga a extender su jurisdicción para enjuiciar tales delitos, habida cuenta que no van ha ser enjuiciados por el Estado en cuestión. 2.º- La cuestión relativa a la delimitación de los Estados que efectivamente actúan fuera del ordenamiento jurídico con la trascendencia suficiente como para ser objeto de la aplicación e ese Derecho supraestatal mencionada, que no es otra que la concreción del perfil del «Estado Criminal».

Respecto de la primera de las cuestiones, ROXIN (81) ha apelado de forma explícita a los principios fundamentales que informan el Derecho

---

(79) Ob, Cit, p. 76.

(80) FARALDO CABANA explica que «los delitos internacionales cometidos utilizando el aparato del Estado se caracterizan por tratarse de violaciones masivas y sistemáticas de bienes jurídicos individuales que por su magnitud y gravedad adquieren especial relevancia en el orden público internacional (...) esos delitos no van ha ser objeto de represión por el propio aparato estatal, visto que quienes encarnan su poder han ordenado su comisión a sus agentes de forma mas o menos abierta o encubierta». FARALDO CABANA, PATRICIA en su trabajo *Autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder*, (borrador todavía inédito al tiempo de escribir estas líneas).

(81) Según FARALDO CABANA, ROXÍN acierta al pensar que «solo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del estado que violen de modo evidente los derechos humanos». FARALDO CABANA en su borrador citado en Nota 77.

Penal Internacional, como el único marco adecuado que respaldaría una jurisdicción criminal Internacional al margen del nacional de cada Estado, y en concreto a un orden jurídico que necesariamente no se agotaría en el ordenamiento de un Estado sino que se prolongaría al ordenamiento jurídico internacional e incluso al Derecho natural.

En cuanto a la segunda de las cuestiones apuntadas, ciertamente el carácter del Estado que se corresponde con la definición mas arriba citada, es sin duda un Estado que se constituya en caldo de cultivo propicio para que prospere la comisión de crímenes calificados como internacionales, ya porque carezcan de controles jurídicos que impidan la comisión de los mismos, o al menos los persiga, ya porque los tres poderes se fundan en forma de órgano supremo y total del aparato estatal en un único vértice que encarnaría la máxima autoridad del Estado. Este modelo se corresponde en definitiva con los llamados estados totalitarios o dictatoriales y se aleja de los sistemas democráticos y de derecho en los que en palabras de FARALDO CABANA «las organizaciones estatales que empiezan a actuar clandestinamente, ocultando a la opinión pública nacional e internacional los métodos delictivos que aplican en la búsqueda de sus objetivos, ya que saben que el conocimiento de sus actividades puede dar lugar a persecución penal por los órganos del estado, lo que no sucede en el Estado criminal».

Sin embargo no todo Estado totalitario es necesariamente criminal, pues para aseverar que actúa fuera del orden jurídico, dada la dificultad que se presenta al disponerse dicho orden jurídico mediante leyes elaboradas por el propio Estado, hay que acudir por fin y como indicamos, a ese Derecho supraestatal al que se refirió ROXIN y que vería convenir la consideración de injusto o de no-derecho, la legalidad de un Estado marcada por una injusticia extrema y generadora de crímenes intolerables que haría perder su carácter o validez jurídica (82). El tratamiento jurídico penal de los «Estados Criminales», presentará graves problemas al resultar una vez mas la responsabilidad penal directa de los individuos como la única responsabilidad plenamente consolidada en las bases jurídicas del Derecho penal internacional (83), y por ello la tendencia de incriminación en el

---

(82) Se trata de la llamada formula de RADBRUCH que ha sido recogida por la jurisprudencia alemana tanto respecto de la época nacionalsocialista considerando injusto lo que había sido derecho como en el Tribunal supremo federal tras la reunificación alemana, eludiendo el obstáculo consistente en el principio de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables.

(83) FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, tras observar que «(...) tampoco se puede exigir responsabilidad a los Estados en razón a los delitos cometidos por individuos que

campo de criminalidad estatal se ha venido reconduciendo a través de la autoría mediata por dominio de la organización (84), extremo este que obliga a continuación a hacer unas breves consideraciones sobre el particular.

## VI. AUTORÍA MEDIATA Y PERSONA JURÍDICA EN EL MARCO DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Los crímenes internacionales contra la humanidad y en especial el delito de genocidio ha sido singularmente protagonizados por los aparatos organizados de poder. Su planeamiento y ejecución han requerido la intervención de personas que integraron vastas organizaciones de carácter piramidal dando lugar a la discusión en torno a la imputación de las personas que las integraban. La proximidad de las recientes construcciones doctrinales en este campo a la afirmación de la responsabilidad penal de las organizaciones nos conduce a plantear dicha conexión al menos en las líneas defendidas por los autores mas actuales.

### A) RESPONSABILIDAD EN EL SENO DEL APARATO ORGANIZADO DE PODER

HERNANDEZ PLASENCIA (85) comenta que el problema de la autoría y participación en la comisión de delitos mediante la instrumentalización a través de aparatos de organizados poder, se circunscribe al problema de si solo deben ser penalmente responsables los ejecutores de la organización por los hechos delictivos que cometen, o si también debe hacérseles responsables como autores o partícipes a los dirigentes de la

---

*actúan ya en representación de los mismos, ya como funcionarios» cita a CHERIF BAS-SIOUNO que aduce a su vez: «de la historia de la represión de los crímenes internacionales... se deduce que, hasta el momento, la responsabilidad directa en el Derecho Internacional se ha imputado a los individuos. Esto no significa sin embargo que la responsabilidad de los Estados quede excluida. La responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, cuya problemática se asemeja a la de la responsabilidad colectiva en el derecho penal interno, se ha manifestado a través de la Historia en la forma de reparaciones, un híbrido entre las sanciones penales y la responsabilidad civil». FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, Cit. p. 109.*

(84) KAI AMBOS Cit. p. 16: «el dominio del sistema implica el dominio de los individuos que son una parte integral del sistema».

(85) HERNÁNDEZ PLASENCIA «*la autoría mediata en el derecho penal*» Granada Ed. Comares, 1996, p. 269.

organización por su influencia dando órdenes de ejecución, suministrando víctimas o aportando medios, es decir, utilizando su poder para cometer el hecho delictivo. La responsabilidad penal en la esfera de los aparatos organizados de poder ha sido abordada ampliamente por ROXÍN en Alemania en el seno de su teoría del dominio del hecho y la autoría mediata basada en la «fungibilidad» de los instrumentos utilizados en el seno de la organización piramidal pues de negarse el instrumento a cometer el delito, será fácilmente reemplazable por otro. Esta estructura piramidal asegura el dominio del hecho, pues garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor mediato.

Estas tendencias no están exentas de críticas pues en ocasiones son tildadas de insuficientes al no prestar solución muchas veces ante la dificultad de demostrar la actuación de los jefes y de los demás miembros de la organización en la participación en el delito cometido para la consecución de los fines de la organización (86). Así se han defendido otros criterios como la coautoría (87), la inducción (88), cooperación necesaria, la complicidad (89) o la autoría accesoria (90) como formas de solución alternativas a los supuestos descritos.

## B) ÁMBITO DE APLICACIÓN

FARALDO CABANA coincide con ROXÍN, al no pretender este último extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente

---

(86) Señala FARALDO CABANA como medio para evitar soluciones más drásticas a los beneficios derivados de una modernización del principio de responsabilidad organizativa que es, dice, lo que se pretende con el dominio de la organización.

(87) Su máximo representante es JAKOBS, que alude a la inexistencia de la «fungibilidad» y afirma la concurrencia en los crímenes estudiados, de la decisión común de la decisión de realizar el hecho propia de la coautoría que queda constatada por la conciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección.

(88) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG en *«Autor y cómplice en Derecho penal,»* Ed Universidad de Madrid 1966. p. 176.

(89) GIMBERNAT explica que aunque las conductas inequívocamente criminales generalmente fundamentan la cooperación necesaria, el Genocidio, se erige en la excepción mas clara a dicha consideración pues de negarse cualquier interviniente a aportar su conducta criminal, podía ser fácilmente intercambiable por otro, calificando por ello como complicidad en base a la teoría de los bienes escasos

(90) Basándose en este último argumento en unión al rechazo de la coautoría por falta de una común decisión a realizar el hecho, algún autor ha defendido la concurrencia de autoría accesoria: BOCKELMANN y VOLK.

a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido, reduce el marco de aplicación del dominio del hecho en su forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder a aquellos casos en que concurren tres requisitos: que se trate de un aparato organizado de poder fuertemente estructurado; que el número de miembros dispuestos a cumplir la orden permita afirmar la fungibilidad del ejecutor y que la organización en cuestión esté desvinculada del ordenamiento jurídico, entendido este no solo como ordenamiento interno del estado sino también y especialmente como ordenamiento jurídico internacional e incluso como el mismo derecho natural (91).

Este último requisito ha planteado a su vez la cuestión de si la construcción dogmática de ROXÍN puede ser no obstante aplicada también en organizaciones no desvinculadas del Derecho y más en concreto en el ámbito de la empresa (92) a pesar de las enormes dificultades derivadas en gran medida de las diferencias que presentan las empresas, especialmente y por lo que aquí interesa, el hecho de que los trabajadores de la empresa no actúan coaccionados por los superiores jerárquicos así como la circunstancia de que en el ámbito general de la empresa las personas que dirigen esta como regla general no pueden contar con que sus empleados van a prestarse a cometer delitos, siendo por lo general rechazado dicho planteamiento por la doctrina (93). No obstante lo cual y como explica CAROLINA BOLEA BARDON,

---

(91) MUÑOZ CONDE predica la ausencia de esta última circunstancia en el caso de los asesinatos cometidos en la frontera de la antigua RDA, «ciertamente hay en muchos países órdenes, directrices e instrucciones de la superioridad que son contrarias a los pactos internacionales sobre Derechos civiles y políticos que esos mismos países han suscrito, como fue el caso de la RDA que había ratificado en 1976 el pacto Internacional de 1966 que entre otras cosas garantizaba la libre salida del territorio nacional. Pero esto no significa que sus sistemas políticos puedan ser considerados en un todo como organización criminal al margen del derecho», en «¿dominio de la voluntad. en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?», Revista Penal N.º 6 julio 2000, p. 114.

(92) Como hizo la Sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 en relación con los asesinatos de los que intentaron cruzar el muro de Berlín en la antigua RDA.

(93) MUÑOZ CONDE, «¿dominio de la voluntad...?», cit, p 120, afirma que «en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del derecho, como son sobre todo las empresas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado. En su lugar viene en consideración una coautora mediata en virtud de error, cuando se trata de un ejecutor irresponsable, y la coautoría cuando el ejecutor es responsable». PATRICIA FARALDO cit, p. 13: «cuando se trata de una organización legal en cuyo ámbito se cometen ocasionalmente delitos que normalmente no le produce un beneficio, no se podría decir lo mismo, excluyéndose en su ámbito la aparición de esta forma de autoría».

hay que reconocer que la figura de la autoría mediata puede resultar útil en casos de ejecución parcial o fraccionada del hecho, en los cuales los distintos ejecutores ni siquiera son conscientes de la parte que realizan los demás (94). Por último, FARALDO CABANA es de la opinión de que es el aparato estatal el más propio para que se dé la concurrencia de los requisitos que caracterizan un aparato organizado de poder, «*en particular cuando el aparato del Estado es ocupado por un grupo político, militar o policial que lo pervierte para el logro de sus fines*».

### C) PROYECCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Aunque los delitos cometidos en el ámbito de las organizaciones pueden ser considerados desde una doble perspectiva, individual y colectiva, no corresponde extenderse aquí por mas tiempo respecto a la primera, interesando una vez expuesta la anterior construcción dogmática, entrar a considerar la responsabilidad por la organización.

#### a) Autoría mediata e injusto colectivo

Algunos autores han querido orientarse hacia el injusto colectivo para fundamentar la autoría mediata alejándose de los criterios de imputación individual. BLOY, considera que el principio de responsabilidad en el marco de la autoría mediata por el dominio de la organización derivaría en cierta restricción del principio de responsabilidad. CAROLINA BOLEA (95) en alusión al citado autor, explica que bajo la argumentación de éste no se presentaría ningún problema en afirmar que el ejecutor material es responsable directo y al mismo tiempo también es instrumento utilizado por el «hombre de atrás», si consideramos que en tanto que instrumento, su aportación se funde en la de toda la organización, a través de él actúa la organización y diferencia entre el injusto individual por el que responde el ejecutor material e injusto de la organización por el que responde el hombre de atrás (96).

---

(94) CAROLINA BOLEA. *Autoría mediata en Derecho Penal*, cit., p. 398.

(95) CAROLINA BOLEA, cit, p. 354.

(96) En cuanto a la forma de concretarse el dominio de la acción, sólo alude el autor, (BLOY), al ejercicio de poder no físico, realizado a través de métodos de dirección administrativa, distanciado de los órganos de ejecución y del hecho. CAROLINA BOLEA BARDÓN cit, p. 354. p. 398.

## b) Autoría mediata y capacidad de acción de las personas jurídicas

Aplicando los principios inspiradores y las reglas generales de la coautora y de la autoría mediata se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas. ZUGALDIA ESPINAR, en esta línea, comenta que «se afirma que las personas jurídicas, son destinatarias de las normas jurídicas en cuanto pueden producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello, continua, se deduce, al mismo tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar acciones que se expresan a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, acciones de la persona jurídica (también el coautor y el autor mediato responden de su *propio acto* aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro) (97)».

## VII. CONCLUSIONES

La evolución apreciada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Derecho penal internacional y por lo que aquí respecta, por los crímenes mas graves apreciados y tipificados por la comunidad internacional, ha sido por lo general poco reconocida habida cuenta las dificultades no solo a nivel nacional interno de cada Estado para apreciar dicha responsabilidad en su seno sino también a nivel supraestatal y dado lo problemático de atribuir responsabilidades penales a organizaciones equiparables a los mismos Estados en el marco del Derecho penal y la consolidación del concepto de subjetividad del ser humano. Dicha idea se ha apreciado con las particularidades reseñadas, especialmente en los diferentes Tribunales internacionales creados en cada momento para enjuiciar los hechos criminales cometidos en diferentes momentos de la segunda mitad del pasado siglo.

Hemos visto también que en determinados sectores del Derecho penal se han llevado a cabo importantes avances; ya en el ámbito empresarial y de la delincuencia económica, ya e el ámbito del racismo y la xenofobia etc., pero sin llegarse a tomar una conciencia clara del desafío consistente en exigir una responsabilidad concreta a los entes colectivos con independencia de la responsabilidad derivada de los hechos cometidos por sus

---

(97) MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR cita a TIEDEMANN; a BRENDER y a HIRSCH en «*capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas*» Cuadernos de Política Criminal N.º 53, año 1994, p. 624.

miembros, siendo la Corte Penal Internacional el referente actual más inequívoco de la evidente precariedad del tema que nos ocupa en la actual situación jurídica internacional. Como dice KAI AMBOS, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni está universalmente reconocida ni existen reglas de imputación consensuadas.

Dicha consideración se hace más patente si cabe cuando hablamos de los Estados como posibles sujetos objeto de imputación penal, debiendo añadir aquí en relación a lo comentado en este trabajo, que incluso los Códigos Penales que empiezan a reconocer la responsabilidad penal de los entes colectivos como el Francés y el Noruego, excluyen expresamente este tipo de responsabilidad para los Estados.

Lo anterior, no nos debe inducir sin embargo a engaño, pues si bien hemos de admitir que todavía no se han establecido las bases para poder exigir en un futuro próximo la responsabilidad penal a las personas jurídicas u otras organizaciones, —debiendo esperar quizás a un mayor desarrollo de esta pequeña e innovadora parcela del derecho penal en el fuero interno de los Estados, ya iniciado en algunos países como Francia o Noruega—, también de las líneas de este trabajo se puede extraer un cierto afianzamiento del caldo del cultivo favorable para que en un tiempo no muy lejano se pueda dar el salto al ámbito supranacional en el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Para terminar, podemos aludir a la recomendación de la Comisión de Asuntos Exteriores de Noruega a tiempo de significar: *«(...)Sobre la base de las apreciaciones anteriores, no se puede considerar como una debilidad del Estatuto de Roma el que la Corte no pueda incoar acción penal contra personas jurídicas. El procesamiento de personas físicas constituye, sin duda, la función primordial de la Corte, y también ha sido el propósito durante el largo proceso de negociación que ha desembocado en el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. Sin embargo, nada en el Estatuto es óbice para que, en los Estados de que se trate, se incoe acción penal contra personas jurídicas relevantes sobre una base nacional, inclusive con fundamento en información resultante del procesamiento de personas naturales por parte de la Corte (98) (...) A la vez, se ha dejado abierta la posibilidad de que el asunto sea reconsiderado en posteriores Conferencias con miras a la revisión del Estatuto de Roma de conformidad con el artículo 123, en caso de que las circunstancias sean apropiadas para ello».*

---

(98) <http://www.iccnw.org/html/norwayrecommendationspanish.html>



**«AT THE VANISHING POINT OF INTERNATIONAL  
(HUMANITARIAN) LAW...»: LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA  
Y REPRESIÓN JUDICIAL DE LOS ATENTADOS CONTRA EL  
MEDIO AMBIENTE COMO CRIMEN DE GUERRA**

Rosario Domínguez Matés  
*Profesora de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales, Universidad de Huelva*

*SUMARIO*

Introducción. A. De Vietnam a nuestros días: hitos en la evolución del Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos postulados medioambientales. A.a. La guerra de Vietnam y el movimiento ecologista: su traducción jurídica. A.b. El medio ambiente frente a los nuevos avances armamentistas. B. El proceso de criminalización de los atentados contra el medio ambiente cometidos en periodo de conflicto armado. B.a. El incierto reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado. B.b. La afirmación de la responsabilidad penal internacional del individuo: a) Los incipientes orígenes. b) El progresivo afianzamiento en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales (La Haya, Arusha y Roma). C. La represión judicial de los atentados contra el medio ambiente cometidos en periodo de conflicto armado. C.a. La atribución de responsabilidad al Estado por atentados contra el medio ambiente: a) El precedente de la actuación de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas para Irak-Kuwait. b) La liviana labor de la Corte Internacional de Justicia. C.b. La represión judicial de los atentados al medio ambiente cometidos por los individuos: a) La represión a nivel nacional. En particular, estudio del ordenamiento jurídico español en la materia. b) La represión jurisdiccional internacional a través de los Tribunales Penales Internacionales. Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

En un artículo publicado en 1952 dirigido a poner de manifiesto los claros y oscuros del desarrollo del Derecho de la Guerra en las recién adoptadas *Convenciones de Ginebra de 1949*, el Profesor Lauterpracht aconsejaba al jurista determinación y entusiasmo en su tarea de analizar y estudiar los nuevos y futuros aspectos de esta rama del Derecho Internacional aunque, eso sí, siendo plenamente consciente de que «(...) if International Law is, in some ways, at the vanishing point of Law, the Law of War is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of International Law» (1).

Efectivamente, el Derecho Internacional Humanitario continúa siendo una de los sectores más dinámicos en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público. La guerra, vieja enemiga del hombre, no ha dejado momento de ocio a la Humanidad en general y al jurista, en particular, en su andadura por regular y humanizar la conducción de las hostilidades y, aún a día de hoy, presenta retos de innegable proyección futura (2).

Entre esos desafíos encontramos la cuestión de la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado. Sin duda, el Derecho Internacional Humanitario, de marcado carácter antropocéntrico, ha tenido que ir acomodándose a nuevos postulados y requerimientos que reclama la comunidad internacional, así la protección jurídica de los bienes culturales en 1954, las minas antipersona en 1997 o los restos explosivos de guerra en 2003; pero todos ellos, en definitiva, con un innegable lazo de unión con la persona humana. No obstante, desde finales de los años 70 del pasado siglo estamos siendo testigos del hecho de que los esfuerzos por limitar la guerra se han extendido del ámbito estrictamente humanitario al ámbito medioambiental, principalmente debido a dos razones: la primera, se manifiesta en la expresión de una conciencia evolutiva de valores eco-

---

(1) LAUTERPRACHT, H., «*The Problem of the Revision of the Law of War*», British Year Book of International Law, 1952, pp. 381-382.

(2) Sin ánimo exhaustivo, podemos señalar como ejemplos de estas actuales inquietudes jurídicas en la doctrina española: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, International Humanitarian Law Series 12, Martinus Nijhoff Publishers, 2005; PUEYO LOSA, Jorge y Julio JORGE URBINA (coords.), *El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición*, Colección Estudios Internacionales, Tórculo Edicions, 2002; RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.), *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant monografías 251, Tirant lo Blanch, 2002.

lógicos referida a las consecuencias de la actividad humana en detrimento del medio ambiente en general; la segunda, se centra en la evolución de la tecnología armamentista sobre los medios y los métodos de combate y sus efectos sobre la preservación del medio ambiente.

En efecto, el medio ambiente se ha convertido en un nuevo parámetro delimitador de las actividades militares de tal forma que, desde su protección a nivel convencional hasta el reconocimiento de la protección medioambiental respecto de ciertos medios de combate o en determinados espacios internacionalmente reconocidos, se ha hecho imprescindible analizar el Derecho Internacional Humanitario en esta nueva faceta. En estos términos, el presente artículo expone brevemente en primer lugar los principales pilares del reconocimiento del medio ambiente como bien protegido por el Derecho Internacional Humanitario, para posteriormente centrarse en la progresiva consolidación de la criminalización de los atentados al medio ambiente a nivel internacional, y terminar en un estudio de su represión a nivel internacional y nacional, centrado este último en el ordenamiento jurídico español. En este ámbito del Derecho Internacional Humanitario, comprobaremos que las conclusiones no serán muy halagüeñas ya que, como señalaba el Profesor Lauterpracht, si el Derecho Internacional Humanitario se halla, de alguna manera, en la frontera del Derecho Internacional, la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado y, en particular su sanción y represión como crimen de guerra, se encuentra indiscutiblemente más allá, en los confines del Derecho Internacional Humanitario.

## A. DE VIETNAM A NUESTROS DÍAS: HITOS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTE LOS NUEVOS POSTULADOS MEDIOAMBIENTALES.

### A.A. LA GUERRA DE VIETNAM Y EL MOVIMIENTO ECOLOGISTA: SU TRADUCCIÓN JURÍDICA

A pesar el impacto medioambiental de las acciones militares llevadas a cabo en el transcurso de la Historia, sólo en las últimas décadas se ha denotado el que la comunidad internacional enfocara su atención a la consideración del medio ambiente como categoría propia, posible objeto de daños. En su sentido lingüístico y cultural, el término «medio ambiente» no emergió como tal sino hasta finales de los años sesenta; hecho que explica por qué no fue mencionado considerado en las *Convenciones de*

*Ginebra de 1949*. Efectivamente, no fue hasta la época de la guerra de Vietnam cuando emergió como materia digna de atención comprensiva de la complejidad y de la interrelación entre las actividades humanas y el frágil entorno natural en aquellos círculos responsables del análisis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (3).

Así pues, esta primera gran expresión de preocupación medioambiental acaecida con la guerra de Vietnam, coincidiendo con la primera oleada de «medioambientalismo» a nivel global, culminó con la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972 (4), siendo su máxima expresión la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976* que, por primera vez, limitaba el uso del medio ambiente como medio de combate (5). Al mismo tiempo, contribuyó al desarrollo y puesta al día del Derecho Internacional Humanitario a través de la Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (1974-1977) que, tras largas negociaciones, condujo a los dos *Protocolo de Ginebra de 1977* en los que la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado alcanza su máxima expresión.

En efecto, el *Protocolo Adicional I de 1977* contiene dos disposiciones que tratan directamente de los peligros que la guerra moderna plantea al medio ambiente. Del análisis del artículo 35.3.º y del artículo 55 descubrimos que el artículo 35.3.º establece la norma general aplicable a todos los medios y métodos de combate, mientras que el artículo 55 tiene por objeto proteger a la población civil de los efectos de la guerra sobre el medio ambiente (6). No obstante, ambas disposiciones solamente prohí-

---

(3) Vid. al respecto, MEYROWITZ, Henri, «*The Law of War in the Vietnamien Conflict*», y PETROWSKI, L. A., «*Law and the conduct of the Vietnamien War*», ambos en: FALK, Richard A. (ed.), *The Vietnam War and International Law*, tomo II, Princeton University Press, 1968, p. 516 y ss. (en particular p. 555 y ss.) y p. 439 y ss. (en particular p. 514), respectivamente.

(4) La *Declaración de Estocolmo de 16 de junio de 1972* no se preocupó en concreto de las consecuencias de las actividades militares sobre el medio ambiente, no obstante sí que afirmó en su Principio 26 la lucha por preservar al hombre y su medio de los efectos de las armas de destrucción en masa.

(5) En particular, sobre la *Convención ENMOD de 1976*, vid. mi contribución «*New Weaponry Technologies, Environment and Hostile Purposes: The Revival of the Convention of Environmental Modification Techniques of 1976 up to day*», *Humanitères Völkerrecht-Informationsschriften/Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, n.º 2, 2006 (en prensa), en la que se analiza tal tratado y su necesaria revisión a día de hoy.

(6) Recordemos que ambas normas están integradas en distintas partes del *Protocolo Adicional I* y que podemos señalar algunas diferencias. Así, en cuanto al ámbito de aplicación, ambos artículos permiten su aplicación en el ámbito de los conflictos armados de

ben los daños al medio ambiente «extensos, duraderos y graves», con lo que nos aclaran que no todos los daños causados al medio ambiente son ilícitos (7). No cabe duda que las “realidades” de la guerra han establecido un umbral elevado que excluye del ámbito de la prohibición ciertas actividades bélicas que podrían resultar altamente nocivas para el medio ambiente.

Igualmente, en el *Protocolo Adicional I* se presentan toda una serie de disposiciones cuyo objetivo principal no es garantizar una protección especial contra los ataques al medio ambiente, pero que permiten garantizarle

---

carácter internacional, según el artículo 1.3.º y 4.º del *Protocolo Adicional I* y el artículo común 2 a las *Convenciones de Ginebra*. Sin embargo, observamos una diferencia en cuanto a que el artículo 55 se encuentra condicionado por el artículo 49 del *Protocolo Adicional I* («Definición de ataques y ámbito de aplicación»), pudiendo ser únicamente aplicable en el ámbito de los conflictos armados que confieren daños en el espacio terrestre. En este sentido, el artículo 35.3.º tiene pues un ámbito de aplicación más amplio al no estar restringido su campo de acción al espacio terrestre, marítimo o aéreo.

Por otro lado, el término «medio ambiente natural» es el bien jurídico a proteger en ambas normas. A pesar de que se encuentren ubicadas en distintas partes del *Protocolo Adicional I* (Título III «Métodos y Medios de Guerra. Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra» y Título IV «Población Civil») no podemos señalar una disparidad en cuanto a la utilización del término «medio ambiente natural», a pesar de los intentos en la Conferencia Diplomática de legitimar una distinción entre ambas normas (*vid.* Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, Ginebra, 1974-1977, CDDH/III/275, Vol. XV, p. 358 y ss.)

En tercer lugar, el marco de las acciones que comprende el artículo 55 es más amplio que aquél del artículo 35.3.º, dado que el artículo 55.1.º en su primera oración elabora una normativa genérica para la conducción de las hostilidades. Sin embargo, el artículo 35.3.º sólo se aplica en cuanto al uso de medios y métodos de combate.

En cuarto lugar, en cuanto a las represalias, el artículo 55 establece la ilicitud de un ataque en represalia al medio ambiente natural. Es, por tanto, más amplio que la norma del artículo 35.3.º en cuyo ámbito de aplicación no se contempla la problemática de las represalias.

Por último, es de sumo interés subrayar que el artículo 35.3.º y el artículo 55, párrafo 1.º, 1.ª oración, se dirigen a la protección del medio ambiente *per se*, mientras que el artículo 55, párrafo 1.º, 2.ª oración, une los daños al medio ambiente con los daños a la salud o a la supervivencia de la población civil, a modo de ejemplo de posibles daños o, dicho de otro modo, como una de las muchas formas de comportamientos sancionados por el artículo 55 (señalemos la expresión «esta protección incluye ...»).

(7) La cuestión de la interpretación de la expresión «daños extensos, duraderos y graves» fue uno de los puntos más controvertidos en la Conferencia Diplomática de 1974-1977. Al respecto, y aunque algunos Estados subrayaron que el contenido de estos calificativos no prejuzgaba su posición respecto de otros tratados internacionales (en particular, respecto de la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976*), en la Conferencia Diplomática se acudió a esta *Convención* como modelo de referencia en cuanto a su interpretación (*vid.* CDDH, Vol. XV, p. 269 y p. 282 *in fine*).

una protección indirecta cuando resulten aplicables al caso (8). Por su parte, en la redacción del *Protocolo Adicional II* hubo diversas propuestas dirigidas a la protección medioambiental, pero fueron descartadas finalmente (9). La preocupación de simplificar, que animó la elaboración del *Protocolo II*, explica que hallemos como protección indirecta del medio ambiente únicamente el artículo 14, dirigido a la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, y el artículo 15, relativo a la protección de obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

En este último punto, sin duda, el Derecho Internacional Humanitario ha quedado falto de visión y perspectivas en 1977, pues somos testigos de que la mayoría de los conflictos armados actuales son de orden interno y se caracterizan, igualmente, por la devastación medioambiental. Claro que, tampoco se ha alcanzado un progreso en el último exponente de este sector, pues el propio *Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998* obvia sin miramientos la problemática de la protección medioambiental en los conflictos armados internos, su sanción y represión.

#### A.B. EL MEDIO AMBIENTE FRENTE A LOS NUEVOS AVANCES ARMAMENTISTAS

En particular, el desarrollo convencional relativo a la protección medioambiental posterior a 1977 y hasta nuestros días se ha centrado en un aspecto esencial: la protección específica del medio ambiente respecto del desarrollo de ciertos medios de combate siendo, sin duda, la distinción obligada la referida a las armas de destrucción masiva y a las armas convencionales.

---

(8) Sin ánimo exhaustivo, podemos nombrar: el artículo 51, párrafos 4.º y 5.º, que versa sobre la prohibición de los ataques indiscriminados. Así en su párrafo 4.º c) se dispone que no se puede lanzar un ataque utilizando «*métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo*». Y, en su párrafo 5.º a) se prohíbe bombardear zonas donde estén situados objetivos militares precisos y claramente separados, mientras que en el párrafo 5.º b) se recuerda el principio de proporcionalidad. Por su parte, el artículo 52, párrafos 1.º y 2.º relativo a la protección general de los bienes de carácter civil, subraya que los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. El artículo 54, párrafo 2.º, dirigido a la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. El artículo 56 sobre la protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Y, los artículos 57 y 58 en cuanto a que prescriben una serie de precauciones que hay que respetar en el ataque y durante su preparación.

(9) *Vid.* CDDH/215/Rev.1, Vol. XV, p. 298, 326, 368 y 436; y CDDH/III/SR.38, Vol. XIV, p. 436 y ss. *Vid.* CDDH/215/Rev.1, Vol. XV, pp. 298, 326, 368 y 436; y CDDH/III/SR.38, Vol. XIV, p. 436 y ss.

Tanto en el *Tratado de prohibición de ensayos de armas nucleares de 1963* como en el *Tratado de prohibición completa de ensayos nucleares de 1996*, aún no en vigor (10), falta una relación *expressis verbis* con la protección medioambiental. No obstante, hay que destacar que el *Tratado de 1996* por primera vez nombra en su Preámbulo la contribución que la prohibición de ensayos nucleares pueda suponer para el medio ambiente. Es más, siendo conscientes que son más las pruebas nucleares que se realizan que el mismo uso del arma nuclear, la protección medioambiental estaría ciertamente garantizada por esta vía aún sin prohibir expresamente el uso de dichas armas.

Por su parte, el *Tratado de no proliferación de armas nucleares de 1968* no hace referencia alguna a la relación directa entre la protección medioambiental y las detonaciones nucleares. No obstante, este *Tratado* se ha ido renovando a través de las Conferencias de Revisión de los años 1995, 2000 y 2005, dando lugar a una dinámica donde las consideraciones de respeto medioambiental tienen un lugar destacado (11).

Por otro lado, la consolidación del régimen de las denominadas «zonas desnuclearizadas» o «zonas libres de armas nucleares», asentadas tanto en espacios no sujetos a la soberanía de los Estados como en otros que sí lo están, ha contribuido a reafirmar la protección medioambiental como parámetro delimitador de las actividades militares. A día de hoy nos encontramos con ocho zonas desnuclearizadas.

---

(10) El *Tratado de 1996* se abrió a la firma el 24 de septiembre de 1996. A fecha de 18 de octubre de 2005, 176 Estados habían firmado este *Tratado*, 124 de los cuales lo habían ratificado.

(11) En particular, hay que destacar que en la Conferencia de Revisión del año 2000 se pusieron de manifiesto cuestiones de nuestro interés, tales como el uso pacífico de la energía nuclear y su relación con el concepto de desarrollo sostenible, ofertando a la A.I.E.A. la posibilidad de establecer mecanismos dirigidos a la protección del medio ambiente global; la necesaria cooperación internacional en materia de seguridad nuclear con todas sus implicaciones en cuanto al transporte de materiales radioactivos y el problema de los desechos radioactivos bajo medidas protectoras del medio ambiente; o la conversión de materiales nucleares y su empleo en utilidades pacíficas teniendo en cuenta la protección medioambiental. 2000 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Final Document, New York, 2000. NPT/CONF.2000/28 (Vol. I, Part I and II), 22 may 2000. «Article IV and preambular paragraph 6 and 7», párrs. 8-11; «Nuclear and radiation safety, safe transport of radioactive materials, radioactive waste and liability», párrs. 7 y 10; «Conversion of nuclear materials to peaceful uses», párrs. 1 y 3.

Por su parte, la reciente Conferencia de 2005 se ha dedicado a promover la universalidad y el efectivo cumplimiento del *Tratado*, más que a la búsqueda o al afianzamiento de cuestiones relacionadas con la protección medioambiental. *Vid.* NTP/CONF.2005/57 (Part. 1).

Tres de ellas –Antártida, espacio ultraterrestre y los fondos marinos– corresponden a espacios des poblados en los que el hombre ha tenido acceso en virtud del progreso científico y tecnológico y que se desean preservar para actividades pacíficas.

La otras cinco zonas restantes afectan, en cambio, a áreas de población: América Latina y el Caribe, mediante el *Tratado de Tlatelolco de 1967*; el Pacífico Sur, por el *Tratado de Rarotonga de 1985*; África, vía el *Tratado de Pelindaba de 1985*; el Sudeste Asiático, por el *Tratado de Bangkok de 1995*; y, por último, Mongolia.

En la actualidad, estos tratados regionales constituyen instrumentos jurídicos internacionales que, pese a determinadas limitaciones (por ejemplo, el *Tratado de Tlatelolco* permite la realización de explosiones nucleares con fines pacíficos), sirven de freno a posibles pretensiones de expansión por parte de las potencias nucleares, y sobre todo de nuestro interés: el que la energía nuclear se utilice, en su caso, positivamente sin los peligros para el medio ambiente que su uso lleva implícito. En este sentido, hay que señalar que son loables las disposiciones del *Tratado de Rarotonga*, del *Tratado de Pelindaba* y del *Tratado de Bangkok* de prohibir el arroj o de desechos radioactivos en la zona de aplicación del tratado, y los posibles peligros que encierra todo empleo de desechos radioactivos que pueda constituir un acto de guerra radiológica (utilización de las llamadas «bombas sucias») y de sus efectos para la seguridad regional e internacional, así como para la preservación del medio ambiente (12). Igualmente, es de destacar aquella disposición del *Tratado de Pelindaba* de prohibir los ataques armados contra instalaciones nucleares (13); y, por último, la referencia implícita en el Preámbulo del *Tratado de Rarotonga* a la preservación de la Naturaleza para las generaciones futuras. Por último, la situación única e innovadora de Mongolia como Estado libre de armas nucleares reconocida fortalecerá no sólo su independencia e integridad territorial sino que también preservará su equilibrio ecológico, como bien subraya la Resolución 53/77D, de 4 de diciembre de 1998, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Respecto de las armas biológicas, es de trascendental importancia poner en relación el artículo 10 de la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972* con el artículo 16.1.º de la *Convención sobre Diversidad Biológica de 1992* en relación con el

---

(12) Artículo 7 del *Tratado de Rarotonga*; Preámbulo y artículo 7 del *Tratado de Pelindaba*; y, Preámbulo y artículo 3.3.º del *Tratado de Bangkok*.

(13) Artículo 11 del *Tratado de Pelindaba*.



acceso a la tecnología. Sin duda, la tecnología está modificando la estructura social, cultural y económica de los países y de la comunidad internacional a pasos acelerados. Y, de entre estas nuevas tecnologías, destaca la Biotecnología (14). En este sentido, los avances biotecnológicos no sólo podrán afectar al ser humano, sino también al medio ambiente, en particular respecto de un futuro desarrollo del control de armamento (15). Frente a esta cuestión, el *Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad de la Tecnología de 2001*, anexo a la *Convención de 1992* y que se dirige a establecer medidas de seguridad adecuadas para el medio ambiente y la salud humana frente a los avances de la Biotecnología (16), se centra en el uso pacífico del potencial biológico, no respecto a su uso bélico, cuestión que ha quedado olvidada de las agendas estatales, muy en particular en relación con los efectos de futuras armas biológicas sobre el medio ambiente a modo de medio o método de combate.

En relación con las armas químicas, la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993*, a diferencia de otros tratados relativos al control de armamento que guardan silencio sobre las implicaciones medioambientales de los procesos de desarme, establece para los Estados Partes la obligación general de salvaguardar el medio ambiente en su artículo 7, párrafo 3.º Además, esta *Convención de 1993* dispone determinadas obligaciones específicas dirigidas a la protección medioambiental, tal como: el artículo 4, párrafo 10.º, en relación con las operaciones de transporte, almacenaje y destrucción de armas químicas; y el artículo 5, párrafo 11.º, sobre la destrucción de las instalaciones de producción de armas químicas. Sin duda, la puesta en marcha de estos mecanismos de seguridad medioambiental necesitará de su desarrollo en las agendas políticas internas de los Estados Partes. Al respecto, hay que estar cercano a la realidad y reconocer que pocos son los Estados que tienen la voluntad política y los recursos materiales (económicos e institucionales) y personales (personal especializado) necesarios para su puesta en prácti-

---

(14) Entendemos por Biotecnología «toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos». Artículo 2 de la *Convención sobre Diversidad Biológica* y Doc. BWC/CONF.IV/9, 1996, pp. 53-58.

(15) Vid., al respecto, mi contribución: «New weaponry technologies and International Humanitarian Law: Their consequences on the human being and the environment», en: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo Salcedo, International Humanitarian Law Series 12, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 91-95.

(16) Vid. Artículo 4 del *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología*.

ca. Por último, respecto del funesto empleo de herbicidas, la *Convención* recoge en su Preámbulo su prohibición como método de guerra, lo que nos indica que la actuación estatal en este sentido se calificará de obligación de comportamiento. Sin duda, el margen de discrecionalidad que caracteriza el cumplimiento de este tipo de obligaciones y la importancia nacional de estas sustancias para el desarrollo agrícola nos deja ciertas dudas sobre el alcance de un efectivo resultado en este sentido.

En cuanto a las armas convencionales, bien sabemos que la *Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980* y sus cinco *Protocolos* se dirigen esencialmente a la protección del ser humano respecto de los efectos de estas armas (17). No obstante, el tema de los efectos que las armas convencionales puedan tener sobre el medio ambiente no se ha obviado de su contenido, cuestión que no resulta extraña si tenemos en cuenta que la guerra de Vietnam acababa de terminar y se recordaban los efectos devastadores causados a su medio ambiente mediante el intensivo y sistemático empleo de municiones explosivas y armas incendiarias (como el napalm), entre otros medios de combate. Así, la *Convención de 1980* contiene una referencia a la cuestión de la protección medioambiental en el párrafo 4.º de su Preámbulo en la misma línea que lo dispuesto en el *Protocolo Adicional I de 1977* y, muy a nuestro pesar, considera de una manera muy limitada al medio ambiente como digno de protección dentro del desarrollo convencional de sus directrices posterior a 1980 (18).

---

(17) La *Convención de 1980* se estructuró *ex profeso* a modo de convenio marco o «paraguas» para permitir la adición de otros protocolos destinados a regular o prohibir específicamente, cuando proceda, el empleo de armas nuevas. De entre sus cinco *Protocolos* de desarrollo, nos interesan tres: la evolución que para el *Protocolo II de 1980 ó enmendado en 1996* supuso la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997*; el *Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias de 1980*; el *Protocolo IV sobre armas láser cegadoras*; y, por último, el *Protocolo V sobre restos explosivos de guerra de 2003*.

(18) Así, respecto de las consecuencias de las minas, armas trampa y otros artefactos sobre el medio ambiente somos de la opinión de que este tipo de armas pueden llegar a causar daños extensos, duraderos y graves al medio y que, en menor medida y en todo caso, perjudica a éste de diferentes maneras. Así, las consecuencias humanitarias y medioambientales que el uso de las minas antipersona y de otros artefactos traen consigo se extienden a grandes superficies de terreno, sus efectos se mantienen durante décadas una vez terminado el conflicto y la gravedad de sus consecuencias para el medio ambiente se traduce generalmente en tierras abandonadas a su suerte, bosques parcialmente mutilados, recursos naturales destruidos y hábitats vegetales y animales –sean de carácter terrestre o marino– desaparecidos o transformados, como lo demuestran los conflictos ocurridos en las Islas Malvinas, Vietnam, Kuwait, Angola, Camboya, Afganistán, Libia, Polonia, Croacia o Mozambique.

---

Al respecto, la *Convención de Ottawa de 1997* aporta una significativa mención respecto a la protección medioambiental cuando se ocupa de la destrucción de las minas anti-persona en sus artículos 5, párrafo 4.º, apartado c), y 7, párrafo 1.º, apartado f). No obstante, hubiera sido deseable que, como complemento a esta obligación de destrucción, se hubiera introducido una referencia a la rehabilitación de las zonas afectadas por las minas anti-persona. Sin duda, la *Convención de Ottawa* trata de la regulación de las minas «anti-persona» y, en este sentido, se dirige esencialmente a la protección del ser humano. Pero, si se ha acordado de la necesaria protección medioambiental en cuanto a la destrucción y a la limpieza de los campos minados ¿cómo olvidar el medio ambiente en lo tocante a su rehabilitación para el futuro, aunque sólo sea como medio para lograr la reconstrucción económica y social del país afectado?

Por su parte, los efectos de las armas incendiarias sobre el medio natural se hizo patente a raíz de la guerra de Vietnam en la que los Estados Unidos aplicaron una estrategia de devastación consistente en la defoliación de la selva y de las plantaciones, la destrucción de los arrozales, los bombardeos incendiarios y, por último, los incendios provocados por la infantería. Para ello, utilizaron grandes cantidades de napalm y otras armas incendiarias como medio de combate con distintas finalidades: facilitar el reconocimiento aéreo o la localización de blancos; fomentar las ventajas de determinadas zonas rurales para instalar bases de operaciones o como zonas de agrupación de unidades militares o de abastecimiento; e, incluso, la atrición o privación de alimentos. En resumen, el empleo de armas incendiarias sobre el medio ambiente, ya sea dirigido intencionadamente o no, puede producir una destrucción medioambiental generalizada. A corto plazo, comprobamos que los efectos sobre el medio natural dan lugar principalmente a importantes repercusiones sobre el desarrollo de la vida de numerosos no combatientes. A largo plazo y según sean las consecuencias de los cambios ecológicos resultantes, pueden producirse daños irreversibles y de efecto prolongado sobre el medio natural que guarden escasa o ninguna relación con los objetivos para los que se utilizaron originalmente las armas. En consecuencia, los efectos concretos del fuego sobre el medio natural podemos llegar a considerarlos bajo los calificativos de graves, extensos y duraderos.

Por último, desde los años 70 del siglo XX se viene estudiando el problema de los llamados «restos materiales de guerra» y de sus repercusiones sobre el ser humano y el medio ambiente. En efecto, los restos de guerra representan una variedad de remanentes, residuos o dispositivos no utilizados o abandonados al cesar las actividades hostiles, y que pueden ser potencialmente explosivos o no, entre los que podemos encontrar: dispositivos no explosivos; minas terrestres sin estallar; materiales como alambre, espino y fragmentos metálicos agudos; depósitos de municiones abandonados; tanques, vehículos, naves hundidas y aeronaves derribadas, etc. Frente a este terrible legado de los conflictos armados, el 28 de noviembre de 2003 la Conferencia de Estados Partes de la *Convención de 1980* adoptó un *V Protocolo sobre restos explosivos de guerra*. El contenido de este *V Protocolo de 2003* nos deja insatisfechos por dos motivos esenciales: primero, porque se dirige a regular los residuos explosivos de guerra, olvidando otros restos de guerra «no explosivos» pero que por el material del que están hechos, por su forma o contenido pueden causar daños; en segundo lugar, porque se dirige a la salvaguarda del ser humano, olvidando los efectos perjudiciales que para el medio ambiente pueden tener estos restos explosivos. Así, este *V Protocolo de 2003* lamentablemente no ha tenido en cuenta que los componentes químicos de algunos restos de guerra pueden tener efectos perniciosos duraderos sobre los animales, la vegetación, el agua, la tierra y el ecosistema en su conjunto o que las propiedades tóxicas de los componentes químicos son un peligro para el medio terrestre o marino, cuestiones que ya se vienen advirtiendo desde hace años.

## B. EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN DE LOS ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMETIDOS EN PERIODO DE CONFLICTO ARMADO

### B.A. EL INCIERTO RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Todo el desarrollo convencional expuesto anteriormente quedaría en una declaración de intenciones benigna si no encontrásemos la correspondiente contrapartida en su sanción y represión judicial. En principio, la conculcación de las normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a la protección del medio ambiente cometidas por un Estado genera la responsabilidad internacional de aquél según las reglas generales sobre la responsabilidad de los Estados. El proceso de codificación de estas reglas sobre responsabilidad de los Estados, que aún se encuentra en marcha, subraya dos elementos básicos para que se genere dicha responsabilidad, veamos: que exista un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuible al Estado de acuerdo con el Derecho Internacional y que tal comportamiento constituya una violación de una obligación internacional a cargo de ese Estado (19).

Partimos de que la violación de las normas relativas a la protección del medio ambiente dispuestas en los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I*, que consideramos en la actualidad como parte del Derecho internacional general o consuetudinario, generan la responsabilidad internacional del Estado autor de la violación y, al igual, precisan que

---

(19) *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, artículo 2. Texto aprobado en segunda lectura por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional en su 53 periodo de sesiones (23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 agosto de 2001), Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 53 periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/56/10), pp. 10-405.

Asimismo, el Estado es responsable de las consecuencias de los actos de sus agentes estatales, entre ellos, los de las fuerzas armadas en atención a lo expresamente dispuesto en los respectivos artículos 51, 52, 131 y 148 de las cuatro *Convenciones de Ginebra de 1949* y del artículo 91 del *Protocolo Adicional I de 1977*. En puridad, esta atribución de responsabilidad estatal se deriva del artículo 1, párrafo 1.º, del *Protocolo Adicional I* cuando afirma que «las Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia», y que se destaca en su artículo 91 cuando subraya que: «La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiera lugar a ello. Será responsable de los actos cometidos por personas que forman parte de sus fuerzas armadas.»

aqué resarza los daños causados de conformidad con las normas del Derecho Internacional en la materia (20).

En principio, nos tenemos que preguntar sobre el tema de la posible existencia de una responsabilidad agravada de los Estados por la comisión de un «crimen de Derecho Internacional» (21), esto es, de la violación de obligaciones de importancia esencial para la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, entre las que podríamos comprender las relativas a la protección del medio ambiente contra los atentados más graves, o lo que es lo mismo, un crimen ecológico internacional o ecocidio (22).

Al respecto, no obstante el notable significado que para el Derecho Internacional contemporáneo suponía el reconocimiento de esta nueva preocupación de la comunidad internacional (23), la examen de la figura del crimen internacional contra el medio ambiente mantenía ciertas incógnitas y dificultades teóricas y prácticas, tanto en el plano normativo como

---

(20) *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado ...*, op. cit., 2001, que señala como posibles formas de reparación: la restitución, la indemnización y la satisfacción (artículos 35, 36 y 37 respectivamente). Al respecto, se ha subrayado que la cuestión de las reparaciones por daños medioambientales es compleja, y lo demuestra la escasez de reclamaciones interestatales en este ámbito. No obstante, hay que hacer hincapié en que los mecanismos de reparación se centran a día de hoy en un intento de modificación del comportamiento estatal, más que en la sanción de la infracción de la correspondiente obligación internacional. Vid. SHELDON, Dinah, «*Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*», *American Journal of International Law*, vol. 96, n.º 4, october, 2002, pp. 833-856, en particular pp. 854-856

(21) Al respecto, estudios sobre una distinción cualitativa entre diferentes violaciones del Derecho Internacional son: JORGENSEN, N., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000, pp. 299-314; y SPINEDI, M., «*Crimes of States: A Bibliography*», en: WEILER, J., A. CASSESE y M. SPINEDI (eds.), *International Crimes of States*, 1989, pp. 339-353.

(22) DUPUY, Pierre Marie, «*Après la Guerre du Golfe ...*», *Revue Générale de Droit International Public*, 1991, 633-638.

(23) Ya el *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados*, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1976, tipificó en su artículo 19 diversas transgresiones particularmente graves que podrían constituir un crimen internacional del Estado. Así, en el artículo 19, párrafo 3.º, letra d) de este *Proyecto* se contenía una referencia explícita al crimen internacional contra el medio humano que podría resultar «(...) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares». *Anuario de la C.D.I.*, 1976, volumen II, 2.ª Parte, p. 94.

Vid. el comentario de la C.D.I. al artículo 19 de su *Proyecto sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados* donde repasa los antecedentes jurisprudenciales, diplomáticos y doctrinales de este nuevo paradigma de «crimen internacional», *Anuario de la C.D.I.*, 1976, op. cit., pp. 96 y ss; JUSTE RUÍZ, José, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, 1999, pp. 109-110.

en el institucional, como acertadamente se ha expresado (24). Así, y a pesar de estar fundamentadas en la costumbre y en los principios generales del Derecho Internacional, las normas relativas al crimen ecológico internacional aparecían aún con contornos jurídicos todavía insuficientemente perfilados (25).

Tal es así la restricción a considerar la figura del crimen internacional del Estado, que el actual *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001* soslaya toda referencia al crimen internacional del Estado en general y, en particular, al crimen ecológico internacional. Sin embargo, en el Capítulo III de la Segunda Parte de este último *Proyecto de Artículos* titulado «Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general» (26) aspira a englobar las antiguas disposiciones sobre el crimen internacional del Estado sin enumerar o relatar a cuáles se refiere (27). Frente a esta falta de una referencia expresa al crimen ecológico internacional del Estado, la pregunta es: ¿debemos considerar persistente esta figura dentro de ese Capítulo III? Sobre este punto, la opinión doctrinal mantiene la duda (28). Sin embargo, siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios a este Capítulo III (29), podemos señalar que las obligaciones a las que se refiere este Capítulo tienen su origen en normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse «intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y para los valores humanos más fundamentales» y, entre otras y sin ánimo exhaustivo, se incluyen las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados (30). Al

---

(24) JUSTE RUÍZ, José, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, op. cit., 1999, pp. 112-115.

(25) Anuario de la C.D.I., 1976, op. cit., p. 108 y ss.

(26) Este Capítulo III de la Segunda Parte contiene dos artículos: el primero se refiere a su ámbito de aplicación (artículo 40), y el segundo expone las consecuencias jurídicas derivadas de las violaciones incluidas en el ámbito del Capítulo (artículo 41).

(27) CRAWFORD, James, Pierre BOUDAU y Jacqueline PEEL, «*The ILC's Drafts Articles on State Responsibility: Towards Completion of a Second Reading*», *American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 4, october, 2000, pp. 672-674.

(28) CRAWFORD, James, «*The ILC's Articles on Responsibility of Wrongful Acts: A Retrospect*», *A.J.I.L.*, vol. 96, n.º 4, october, 2002, pp. 876-879; JUSTE RUÍZ, José, «*Derecho de los Conflictos Armados y protección del medio ambiente*», en: SOROETA LICE-RAS, Juan (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen II, Servicio Editorial Universidad País Vasco, Bilbao, 2003, p. 95.

(29) *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado ...*, op. cit., 2001, pp. 304-316.

(30) *Ibidem*, pp. 306-307.

referirse a esas «normas fundamentales o básicas» del Derecho Internacional Humanitario que pueden considerarse también imperativas, la Comisión hace alusión a aquéllas que constituyen principios inquebrantables del Derecho Internacional consuetudinario (31). Ante esta tesitura, cómo no entender incorporadas en ellas los atentados graves, extensos y duraderos al medio ambiente cuando a día de hoy podemos afirmar que han pasado a formar parte del Derecho Internacional general o consuetudinario (32).

## B.B. LA AFIRMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

### a) Los incipientes orígenes

Después de los daños ocasionados al medio ambiente por las acciones de Irak durante la Guerra del Golfo de 1990-1991, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas abogó por incluir determinados daños contra el medio ambiente en su entonces *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* aprobado en primera lectura en 1991. De esta suerte, el artículo 22, párrafo 2.º, letra d) del mencionado *Proyecto de Código* consideró susceptible de generar la responsabilidad penal de los individuos la comisión de crímenes de guerra excepcionalmente graves, entre ellos, «la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural» (33).

El texto de este proyecto de artículo 22, párrafo 2.º, letra d) está tomando textualmente de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I de 1977*; además, se afirma que hay que tener en cuenta la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976* (34).

Igualmente, respecto a la definición del concepto de «medio ambiente natural» y de «bienes protegidos» que dimana de ese artículo, la

---

(31) *Ibidem*, p. 307 en su referencia a la nota a pie de página n.º 684 (en su referencia a la *Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares* de la Corte Internacional de Justicia, de 8 de julio de 1996, párr. 79).

(32) JUSTE RUÍZ, José, «*Derecho de los Conflictos Armados y protección del medio ambiente*», *op. cit.*, 2003, pp. 90-92.

(33) Anuario de la C.D.I., 1991, volumen II, 2.ª Parte, (Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1, Part 2), p. 113.

(34) *Ibidem*, p. 114.

Comisión de Derecho Internacional se remite al artículo 26 del citado *Proyecto de Código* relativo a los daños intencionales y graves al medio ambiente con independencia de que éstos fueran cometidos en periodo de paz o de conflicto armado. Este artículo 26 establecía que «el que intencionadamente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable, (a...)» (35). Para la aplicación de este artículo se requerían tres elementos (36): a) que se trate de un atentado contra el «medio ambiente natural», entendido en sentido amplio como medio del hombre, en el que éste se desenvuelve, y los espacios cuya preservación tiene una importancia fundamental para la protección de ese medio (se refiere a los mares, la atmósfera, el clima, los bosques y otras coberturas vegetales, la fauna, la flora y otros elementos biológicos); b) que se traten de «daños extensos, duraderos y graves», de tal manera que la gravedad venga determinada por la magnitud o intensidad de los daños, su persistencia en el tiempo y la extensión de la zona geográfica afectada por ellos; y, finalmente, c) que esos daños se causen «intencionadamente», esto es, con finalidad expresa o con propósito específico de causar daño, con exclusión pues de los daños causados por negligencia.

Además, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en el *Proyecto de Código* una disposición autónoma que recogiera los daños contra el medio ambiente en periodo de paz, calificándolo como un crimen contra la Humanidad. Así, la disposición aprobada en primera lectura establecía que «el que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable (...)» (37). Esta disposición, pues, requería dos condiciones: la primera, una condición de carácter subjetivo, cual es la intención de causar daño, de modo que quedaban excluidas las conductas por negligencia. En segundo lugar, se requería una condición objetiva: la necesidad de que los daños que se ocasionasen al medio ambiente fueren «extensos, duraderos y graves», o sea, que se de con entidad suficiente «la magnitud o intensidad de los daños, su persistencia en el tiempo de la extensión de la zona afectada por ellos» (38). No obstante, esta propuesta tropezó con una importante opo-

---

(35) *Ibidem*, p. 115.

(36) *Ibidem*, p. 116.

(37) *Ibidem*, pp. 105, 116-117.

(38) *Ibidem*, párr. 5, p. 116.



sición de los Estados, lo que obligó a prescindir de la misma en segunda lectura en 1996 (39).

Finalmente pues, según la nueva redacción de 1996, se considera crimen de guerra en virtud del nuevo artículo 20, letra g), «(en) caso de conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no están justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños» (40). De la simple lectura de este artículo 20, letra g), en comparación con las anteriores propuestas podemos llegar a la conclusión de que, sin duda, nos encontramos con una mayor complejidad en la delimitación jurídica de los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra que, en último extremo, generará la responsabilidad penal de los individuos que los cometen en el desarrollo de los conflictos armados (41).

En efecto, se comprueba cómo las condiciones que deben concurrir para que pueda erigirse este tipo de crimen de guerra no solamente se han ampliado sino que también se refieren a conceptos que, aún siendo característicos en la nomenclatura del Derecho Internacional Humanitario, no dejan de ser nociones «abiertas» a diversas interpretaciones según autores, circunstancias, etc. y que dejan un amplio margen de discrecionalidad al autor.

En primer lugar, se aprecia que el elemento intencional de la acción aparece como un componente necesario del tipo delictivo cuando se refiere a que «el uso de métodos o medios de hacer la guerra (...), con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural». Así pues, el objetivo directo de la acción tendrá que ser siempre los ataques contra el medio ambiente (dolo específico) y en ningún momento podrá considerarse como parte del tipo delictivo, *a sensu contrario*, los daños incidentales resultantes de una acción dirigida contra otro objetivo militar.

---

(39) El Relator Especial justificó esta supresión por la falta de incriminaciones directas encaminadas a proteger el medio ambiente en tiempos de paz en los diferentes convenios internacionales sobre la materia. Así, según el mismo Relator Especial, la incriminación de los atentados contra el medio ambiente fuera de los casos en los que constituye un crimen de guerra «no parece(n) haber convencido, por el momento a los Gobiernos, (así pues), habrá que esperar a que una evolución del Derecho Internacional confirme o invalide la tendencia a considerar estos hechos como crímenes». Doc. A/CN.4/466 (1995), párr. 10, p. 5.

(40) Doc. A/51/10 (1996), pp. 118 y 121.

(41) SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, «Los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra en el Derecho internacional», *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 27, 2002, p. 14.

Este requisito de la «intencionalidad», que ya se prescribía en la anterior redacción de este tipo concreto de crimen de guerra (42), se aparta de la más genuina redacción dada por el *Protocolo Adicional I de 1977* y por la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976* a los ataques contra el medio ambiente, puesto que no contempla acción previsoramente enmarcada dentro de la frase «(...) o de los que sea dado prever que causen daños (...)» que, implícitamente, nos invita a cuestionarnos la posible existencia de una responsabilidad por daños medioambientales colaterales.

En segundo lugar, se requiere que los actos «(...) no estén justificados por la necesidad militar (...)» de forma que da cabida al tradicional juego de equilibrio entre el principio de necesidad militar y el principio de proporcionalidad entendidos en el mismo sentido que en las disposiciones correspondientes de los instrumentos jurídicos existentes (43).

Por último, el artículo 20, letra g), del *Proyecto de Código de 1996* exige la subordinación del daño al medio ambiente a la puesta en «peligro (de) la salud o (de) la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños». Al respecto, hay que decir que la misma condición ya se utilizó en parecidos términos en el artículo 55, párrafo 1.º, del *Protocolo Adicional I de 1977* («comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población») en el sentido de no se protegiera al medio ambiente *per se*, sino condicionándolo a su relación con el ser humano. Pero, sin duda, se aparta del tenor y de la interpretación del artículo 35, párrafo 3.º, del *Protocolo Adicional I de 1977* que se encamina al amparo del medio ambiente considerado *per se*, como ya hemos puesto de manifiesto.

Por último, la utilización de las expresiones «poniendo así en peligro (...)» y «(...) cuando sobrevengan tales daños» nos induce a pesar que el riesgo para las personas fruto de esos daños medioambientales ha de ser, en primer lugar, de naturaleza extrema o muy grave, a diferencia del simple perjuicio que se requería en el *Protocolo Adicional I* («comprometien-

---

(42) *Vid.* artículo 22, párrafo 2.º, letra d), en su interpretación con el artículo 26 del *Proyecto de Código de 1991*.

(43) Así lo entiende la misma Comisión de Derecho Internacional cuando cita ejemplos de textos en los que se excluye la ilicitud si los actos cometidos «fuesen imperiosamente exigidos por las necesidades de la guerra» (artículo 23, letra g), del *Reglamento de la Convención IV de La Haya de 1907*), «en caso de necesidad militar urgente» (artículo 53 de la *Convención I de Ginebra de 1949*), o cuando sean «absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas» (artículo 53 de la *Convención IV de Ginebra de 1949*).

do así») (44); y, en segundo lugar, ese riesgo para las personas ha de ser cierto, es decir, que esos daños hayan ocurrido efectivamente como resultado de la conducta prohibida (45).

En definitiva, tratándose de definir un tipo penal cuya violación generará la responsabilidad penal de sus autores, es de toda lógica requerir unos requisitos tan extremos para la tipificación del crimen ecológico internacional. No obstante, tenemos que manifestar nuestra extrañeza de que tal tipo se aparte en aspectos relevantes de la interpretación que a los artículos 35, párrafo 3.º y 55 le dieron los redactores del *Protocolo Adicional I de 1977*.

### **b) El progresivo afianzamiento en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales (La Haya, Arusha y Roma)**

El primer precedente de la consideración de si los ataques producidos contra el medio ambiente en el transcurso de los conflictos armados constituye crimen de guerra lo tenemos en el *Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945*, cuyo artículo 6, letra b), enumeraba como delito de guerra, entre otros, «las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, (...) el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.»

Así pues, parece ser que los redactores del *Estatuto* mencionado se refieren bajo la expresión «la devastación no justificada por las necesidades militares» a la destrucción vasta de la propiedad o de bienes de carácter civil donde no tendría cabida la destrucción del entorno o del medio ambiente. No obstante, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un rosario no limitado de acciones consideradas como delito de guerra y, además, con el precedente del mismo Tribunal en el caso «*Hostages Trial*»

---

(44) Así lo interpreta la Comisión de Derecho Internacional cuando señala que: «la presente disposición exige que los actos tengan consecuencias más graves para la población a fin de constituir un crimen de guerra (...), es decir, consecuencias gravemente perjudiciales y no solamente perjudiciales como se requiere en el caso de una violación del Protocolo Adicional I».

(45) Así lo pone de manifiesto la Comisión de Derecho Internacional, *vid.* Informe de la C.D.I. sobre la labor desarrollada en su 48 periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996. AG. Doc. oficiales. Quincuagésimo primer periodo de sesiones, Suplemento n.º 10, (A/51/10).

donde se juzgó al general alemán Rendulic por la extensa destrucción de bosques en la provincia noruega de Finnmark, podemos aventurar un atisbo de calificar como delito punible de devastación ciertos actos particularmente graves contra el medio ambiente (46).

Pasado el tiempo, el *Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia* establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 (47) y el *Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda* establecido igualmente por el Consejo de Seguridad en 1994 (48), no recogen la incorporación del crimen ecológico internacional de forma expresa o implícita.

En nuestra opinión, esta omisión constituye un asombroso retroceso respecto del *corpus iuris* que forma a día de hoy el Derecho Internacional Humanitario y, lo que es aún más relevante, recoge una visión alejada de la problemática actual de la protección medioambiental a nivel internacional.

Esta opinión se fundamenta en el innegable hecho de que el reconocimiento de la necesidad de la protección del medio ambiente bajo la égida del Derecho Internacional Humanitario ha sido un largo y penoso proceso que, desde la guerra de Vietnam, viene desarrollándose a expensas de innegables realidades de entre las que podríamos destacar: las graves secuelas que para el medio ambiente han supuesto determinados acontecimientos bélicos, la verificación de los efectos dañinos que determinados medios y métodos de combate tienen para el medio ambiente y, sobre todo, la toma de conciencia a nivel internacional de un mundo finito y cada vez más empobrecido medioambientalmente donde la división artificial de los espacios no soluciona un problema de índole común. Todo ello, además, arropado por el esfuerzo doctrinal en dar cobertura jurídica a esta problemática en el seno de un sector del Derecho Internacional Público caracterizado esencialmente por su antropocentrismo.

Esta dicotomía existente entre la realidad de los acontecimientos y su regulación jurídica internacional bien hubiera requerido su superación en el contenido de ambos *Estatutos* de la misma forma que lo ha sido la pro-

---

(46) SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, «*Los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra en el Derecho internacional*», *op. cit.*, 2002, p 22.

(47) Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, Doc. S/25704, annex (1993).

(48) Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, Doc. S/RES/955 (1994).

tección de los bienes culturales en periodo de conflicto armado, que sí resulta objeto de su consideración más distinguida (49).

Sin embargo y pese al silencio de los *Estatutos*, la doctrina continúa esforzándose en otorgar competencia a estos tribunales para reprimir los crímenes ecológicos cometidos por los individuos en el transcurso de un conflicto armado e incorporar, por tanto, los crímenes contra el medio ambiente en la lista no exhaustiva del artículo 3 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia* (50). En concreto, el único párrafo expreso del artículo 3 relacionado con la cuestión sería el que corresponde a la letra b), cuando considera como violación de las leyes o usos de la guerra «la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares.»

Objetivamente, considerar que la devastación de ciudades, pueblos o aldeas no justificada por la necesidad militar pudiera equipararse a la destrucción vasta y grave del medio ambiente por el hecho de considerar a éste, en su caso, como «sustentador» de la vida de sus habitantes nos parece que redundaría en un alegato jurídico un tanto artificial. Más bien, tendríamos que ser conscientes de la criticada falta de mención expresa en estos *Estatutos* de la protección medioambiental y, apoyándonos en el carácter «no exhaustivo» de esa lista de crímenes internacionales, entender comprendido en esa lista no escrita los crímenes contra el medio ambiente, o lo que es lo mismo, las transgresiones de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I de 1977* (51).

Esta interpretación está en línea con el Informe del Comité establecido por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia con la finalidad de evaluar los indicios de criminalidad que pudieran derivarse de las actuaciones de la O.T.A.N. durante la campaña de bombardeos realizados contra la República Federativa de Yugoslavia en 1999 (52). En efecto, el mencionado Informe subraya que los comportamientos

---

(49) De esta suerte, el artículo 3, letra d), del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1993* considera como violación de las leyes o usos de la guerra: «la aprobación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, o los daños deliberados a éstos».

(50) MARAUHN, Thilo, «*Environmental damage in times of armed conflict, not "really" a matter of criminal responsibility?*», *International Review of the Red Cross*, vol. 82, n.º 840, december, 2000, p. 1.029 y nota a pie de página n.º 3 (p. 1.030).

(51) SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, «*Los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra en el Derecho internacional*», *op. cit.*, 2002, pp. 22-23.

(52) *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000*, *International Legal Materials*, vol. 39, 2000, p. 1.257.

denunciados podrían constituir un crimen contemplado en el *Estatuto*, puesto que las violaciones de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I de 1977* reflejan el derecho consuetudinario actual (53).

Finalmente, un paso significativo en el tema que tratamos lo da el *Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998* (54) que, acorde con los motivos expresados en su Preámbulo (55), sí contempla expresamente como crimen de guerra los atentados contra el medio ambiente.

Así, su artículo 8, párrafo 2.º, apartados b) iv), dispone que constituye un crimen de guerra la violación grave de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales consistente en «lanzar un ataque intencionadamente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.»

Sin duda, volvemos a encontrarnos con condiciones ciertamente «leónicas» para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su competencia respecto de los daños al medio ambiente como crimen de guerra (56). De nuevo, los requisitos del dolo específico («intencionadamente», «a sabiendas»), de la gravedad del resultado lesivo para el medio ambiente («daños extensos, duraderos y graves») y, por último, la exigencia de la aplicación del principio de la proporcionalidad (daños «manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea») aparecen nombrados en términos bastante concluyentes, como así lo ha puesto de manifiesto el Comité Preparatorio de la Corte Penal Internacional encargado de elaborar los elementos de los crímenes (57).

---

(53) *Ibidem*, párr. 15.

(54) U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998).

(55) Es significativa la referencia al «interés de las generaciones presentes y futuras a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente (...) que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», Preámbulo, párr. 9.

(56) SHARP, Peter, «Prospects for environmental liability in the International Criminal Court», *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 18, 1999, pp. 240-243.

(57) *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes*, PCNICC/2000/1/Add.2, p. 25. Vid. DÖRMANN, Knut, «Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of the War Crimes», *International Review of the Red Cross*, vol. 83, n.º 842, 2001, pp. 470-472.

Vid. el elaborado análisis de: DÖRMANN, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of International Criminal Court. Sources and Commentary*. I.C.R.C., Cambridge University Press, 2002, pp. 161-167 y 173-176.

No obstante y sin perjuicio de considerar que la incorporación de los atentados al medio ambiente entre los crímenes de guerra objeto de enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional supone un loable y certero paso hacia adelante en este tema, la redacción del citado artículo 8, párrafo 2.º, apartados b) iv), deja mucho que desear tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista formal.

En primer lugar, debemos observar que la competencia de la Corte se dirige solamente respecto de los daños medioambientales en el ámbito de los conflictos armados de carácter internacional. Hubiera sido deseable que la competencia de la Corte se extendiera a los atentados graves ocasionados al medio ambiente «en cualquier circunstancia», evitándose así los probables problemas de jurisdicción que suscitan generalmente los daños medioambientales debido a su carácter, en esencia, transfronterizo (58). Y así, parece ser que el *Estatuto* se jacta de esta lamentable consideración de aquella cualidad innata del bien medioambiental cuando, a pesar de que ha ampliado la tradicional lista de crímenes referida a los conflictos armados internos, obvia la protección del medio ambiente y olvida otros supuestos relevantes.

En efecto, según el *Estatuto de Roma* y sin nombrar en ningún momento el *Protocolo Adicional II*, constituyen crímenes de guerra en caso de conflicto armado no internacional tanto las «violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (artículo 8, párrafo 2.º, apartado c), como «otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido del Derecho Internacional» (artículo 8, párrafo 2.º, apartado e) (59). Si respecto al primer grupo no tenemos duda, sin embargo tendríamos que preguntarnos por el significado de la expresión «dentro del marco establecido del Derecho Internacional».

Al respecto, podemos considerar que el apartado e) del artículo 8.2.º hace referencia a la existencia de normas consuetudinarias o de Derecho interna-

---

(58) JUSTE RUÍZ, José, «Derecho de los Conflictos Armados y protección del medio ambiente», *op. cit.*, 2003, p. 103; SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, «Los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra en el Derecho internacional», *op. cit.*, 2002, pp. 15 y 23.

(59) En la categoría del artículo se incluyen normas procedentes del *Protocolo Adicional II de 1977* y otras contenidas en el *Reglamento de La Haya de 1907* y, en concreto, se le han añadido tres nuevos supuestos: los ataques contra las fuerzas o instalaciones pertenecientes a una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (artículo 8.2.c.ii); la violación, y en general, cualquier otra forma de violencia sexual (artículo 8.2.c.ii); y, el reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos, referido a los grupos guerrilleros (artículo 8.2.c.vii). LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, 2001, p. 128.

cional general relativas a la conducción de las hostilidades en caso de conflicto armado no internacional (60). De esta manera, el *Estatuto* impulsa un doble desarrollo progresivo en dos direcciones: la primera, determina que, además del artículo 3 común, existen normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos; y, en segundo lugar, «criminaliza» las violaciones de estas normas, o sea, establece la responsabilidad penal de los infractores (61).

No obstante este avance, nuestra crítica se centra en el hecho de que el artículo 8, párrafo 2.º, apartado e) no tipifica como violación grave de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional los atentados graves, extensos y duraderos al medio ambiente, junto a otros imperdonables «olvidos» (62). Sin duda, esta ausencia carece de justificación a día de hoy, donde la protección del medio ambiente en periodo de paz ha alcanzado un importantísimo desarrollo en Derecho Internacional, y donde la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado frente a daños extensos, duraderos y graves forma parte del Derecho Internacional general. Esperemos que esta incongruencia con el estado actual del Derecho Internacional quede salvada en la próxima Conferencia de Revisión del *Estatuto de Roma*.

En segundo lugar, hubiera sido preferible una exposición más ordenada y, en todo caso, separada de los tipos delictivos. En particular, la lectura del propio artículo 8, párrafo 2.º, apartado b) nos enfrenta a una serie de prohibiciones que carece del más mínimo orden sistemático tradicionalmente utilizado en el estudio del Derecho Internacional Humanitario (63) (protección de las personas civiles y distinción entre combatientes y no combatientes; protección de grupos especialmente vulnerables; prohibición del empleo de determinados medios y métodos de combate; protección de determinados bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; protección de determinados espacios –bienes culturales, bienes naturales–; ... es sólo un ejemplo de catalogación sistemática). Lo

---

(60) COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, «*El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales*», en: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 349.

(61) *Ibidem*.

(62) *Ibidem*, p. 350. Por ejemplo, los ataques a los bienes civiles, la prohibición de causar hambre a la población civil y de obstaculizar intencionadamente la distribución de ayuda humanitaria, y el empleo de armas prohibidas. LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, op. cit., 2001, p. 129.

(63) PIGNATELLI Y MECA, Fernando, «*Los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*», en: RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.), *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo blanch, 2002, pp. 270-272.



mismo ocurre con la lectura del apartado iv) del artículo 8.2.ºb), que se hace confusa cuando junto a los ataques a la vida y a la integridad física de las personas se unen los daños a los objetos de carácter civil para terminar, finalmente, con los daños medioambientales.

Finalmente, de la redacción de este artículo 8 no queda claro si se encuentran prohibidos los daños medioambientales que, de modo accidental, se producen en el transcurso de las hostilidades (daños colaterales). Al respecto, la duda nos aparece tras la lectura del párrafo 1.º de este artículo cuando dispone 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 «intencionalidad» cuando configura el tipo delictivo.

Al respecto no parece que sea así, sobre todo si nos fijamos en que la competencia de la Corte se dará «en particular», lo que no excluye que se pueda dar en los casos en que los daños medioambientales no formen parte de un plan o política general de actuación a gran escala. Por otra parte, somos de la opinión de la exigencia del dolo específico («intencionadamente», «a sabiendas») abarca no sólo aquellos daños al medio ambiente que efectivamente han sido fruto de su tratamiento como «objetivo militar», sino también de aquellos otros daños que previstos y calculados en relación con el ataque a otro «objetivo militar», a sabiendas, se han llevado a término (64).

## C. LA REPRESIÓN JUDICIAL DE LOS ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMETIDOS EN PERIODO DE CONFLICTO ARMADO

### C.A. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

#### a) El precedente de la actuación de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas para Irak-Kuwait

Finalizada la Guerra del Golfo en 1990, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas afirmó en su resolución 687 de 1991 que, actuando en el

---

(64) JUSTE RUÍZ, José, «Derecho de los Conflictos Armados y protección del medio ambiente», *op. cit.*, 2002, pp. 102-103; YORK, Christopher, «International Law and the collateral effects of war on the environment: the Persian Gulf», *South African Journal of Human Rights*, vol. 7, 1991, pp. 269-290.

marco del Capítulo VII de la *Carta de las Naciones Unidas*, Irak «es responsable ante los gobiernos, nacionales y empresas extranjeros, con arreglo al Derecho Internacional, de toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de los recursos naturales (...) resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por Irak» (65).

Con el objetivo de evaluar los daños ocasionados y, en particular, los daños al medio ambiente y a los recursos naturales, el Consejo de Seguridad estableció, tras evaluar un informe del Secretario General (66), una Comisión de Compensación de las Naciones Unidas con la función de examinar las reclamaciones presentadas por los Gobiernos, en nombre propio o de los individuos y empresas afectadas, o por las Organizaciones Internacionales, en nombre de individuos que no pudieran presentar su reclamación a través de un Gobierno (67).

Esta Comisión de Compensación de las Naciones Unidas se constituye pues como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad y de naturaleza cuasijurisdiccional que presenta una composición basada en un Consejo Ejecutivo, una Secretaría y unos Comisarios, expertos independientes, a los que hay que añadir la creación de un Fondo de Compensación (68).

En cuanto a los daños medioambientales, a fecha de 15 de septiembre de 2005, el número aproximado de reclamaciones por este concepto fueron de 170 bajo la solicitud de indemnización de un total aproximado de 80 billones de dólares (69). Estas reclamaciones de carácter medioambiental se catalogaron bajo la «Categoría F4» divididas en dos grupos. El primer grupo corresponde a las reclamaciones por los daños medioambientales y por el agotamiento de los recursos naturales en la región del Golfo Pérsico,

---

(65) Resolución 687 (1991), de 2 de abril de 1991, párr. 16, letra c).

(66) *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 19 of Security Council resolution 687 (1991)*, U.N. Doc. S/22559 (1991).

(67) Resolución 692 (1991), de 20 de mayo de 1991.

(68) *Vid.* BETHLEREM, D. L., «*Claims against Iraq: The Security Council Initiative*», *Oil & Gas Law and Taxation Review*, n.º 2, 1991, pp. 39-45; BETTAUER, Ronald J., «*The United Nations Compensation Commission. Developments since October 1992*», *American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 2, april, 1995, pp. 415-423; CROOK, John R., «*The United Nations Compensation Commission. A New Structure to Enforce State Responsibility*», *American Journal of International Law*, vol. 87, n.º 1, january, 1993, pp. 144-157; PAOLILLO, Felipe H., «*Reclamaciones colectivas internacionales: el caso de los damnificados por la crisis del Golfo*», en: *Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 545-569.

Un completo estudio sobre la creación y la naturaleza de la Comisión y de su labor se encuentra en: LILLICH, Richard B. (ed), *The United Nations Compensation Commission. Thirteenth Sokol Colloquium*, Transnational Publishers Inc., 1995, 486 pp.

(69) *Vid.* web: [www.2.unog.ch/uncc/claims/f\\_claims.htm](http://www.2.unog.ch/uncc/claims/f_claims.htm).

incluyendo aquéllas resultado de la ignición de pozos petrolíferos y del vertido de petróleo al mar. El segundo grupo corresponde a las reclamaciones por los gastos realizados por los Gobiernos ajenos de la región para proveer ayuda a los países directamente afectados por los daños medioambientales. Esta ayuda comprende la asistencia frente a los daños causados por la ignición de los pozos petrolíferos, la prevención y limpieza de la contaminación producida y el suministro de recursos humanos y materiales.

Los últimos informes de la Comisión de Compensación señalan que Irak se ha opuesto a determinadas reclamaciones de daños basándose en la falta de entidad suficiente del daño ocasionado («*the damage must be at least "significant", and no compensation should be awarded for damage that is below this threshold*» –dice–). Frente a ello, la Comisión de Compensación ha contestado que, aparte de la importancia y relevancia del daño, se han de tener en cuenta otros factores, tales como si se ha causado en una área de especial sensibilidad ecológica o si el daño, en conjunción con otros factores, daría lugar a riesgos de mayor importancia (70). En consecuencia, esta sensata opinión de la Comisión ha modulado los férreos requisitos del daños medioambiental que habían sido adoptados en el *Protocolo Adicional I de 1977* («daños extensos, duraderos y graves»).

A modo de balance de la acción internacional ejercida por la Comisión de Compensación dirigida a exigir las indemnizaciones relativas a los daños causados al medio ambiente en periodo de conflicto armado, podemos concluir que aquélla se nos presenta con rasgos novedosos fruto del carácter eminentemente sancionador que poseen estas medidas establecidas por el Consejo de Seguridad. Fundamentamos esta opinión en el hecho de la afirmación del principio de responsabilidad de Irak establecido en la resolución 687, de 3 de abril de 1991, y en el hecho de que el Consejo Ejecutivo de la Comisión de Compensación extendiera su jurisdicción a todas las reclamaciones por daños y perjuicios directamente derivados de la ocupación provocados por cada una de las partes en el conflicto. Así calificado, este caso se sitúa en el ámbito de las sanciones internacionales y podría considerarse como un supuesto de represión de un crimen ecológico internacional del Estado, opinión avalada por la doctrina (71).

---

(70) *Vid.* S/AC.26/2003/31, párrs. 30-36.

(71) CARON, David D., «*The UNCC and the search for practical justice*», y en general el excelente análisis de: CHRISTENSON, G. A., «*State Responsibility and the UN Compensation Commission: Compensating victims of Crime of State*», ambos en: LILLICH, Richard B. (ed), *The United Nations Compensation Commission. Thirteenth Sokol Colloquium*, op. cit., 1995, pp. 375-377 y pp. 311-365 respectivamente. También, OWEN, Lea Carol, «*Between Iraq and a hard place: The U.N. Compensation Commission and its treatment of Gulf War claims*», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, march, 1998, pp. 547-548.

## b) La liviana labor de la Corte Internacional de Justicia

En relación con la acción jurisdiccional de represión respecto de presuntas violaciones estatales de la normativa internacional relativa a la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado, nos es de sumo interés el caso planteado por el Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia (desde el 4 de febrero de 2003: Serbia y Montenegro) contra diez Estados pertenecientes a la O.T.A.N. que llevaron a cabo la campaña militar contra este país en 1999.

En cada una de las demandas presentadas por la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) el 29 de abril de 1999 se reclamaba por una serie de graves violaciones del Derecho Internacional vigente, entre las que se subrayaba la violación de las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente. Así, si tomamos como ejemplo la demanda presentada contra España, vemos que se invocaba la violación de la obligación internacional de proteger el medio ambiente en tiempo de conflicto armado de esta manera:

«Les attaques contre des raffineries de pétrole et des usines chimiques ont eu de graves effets dommageables pour l'environnement de villes et de villages de la République fédérale de Yougoslavie. L'emploi d'armes contenant de l'uranium appauvri a de lourdes conséquences pour la vie humaine.

(...) qu'en prenant part aux bombardements de raffineries de pétrole et d'usines chimiques, le Royaume d'Espagne a agi contre la République fédérale de Yougoslavie, en violation de son obligation de ne pas causer dommages substantiels à l'environnement.»

Sobre esta base, la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) solicitó a la Corte Internacional de Justicia que los Estados demandados fueran declarados culpables de las violaciones mencionadas, que cesaran sus actuaciones y, por último, que indemnizaran al Estado yugoslavo por los daños ocasionados. Igualmente, se solicitó al Tribunal que se adoptaran medidas provisionales destinadas al cese inmediato del uso de la fuerza y la abstención de dirigir cualquier acto de amenaza o uso de la fuerza contra el Estado demandante (72).

---

(72) Vid. CERVELL HORTAL, María José, «Las demandas de Yugoslavia ante el TIJ por el bombardeo de su territorio en la Guerra de Kosovo», Anuario de Derecho Internacional., vol. XVI, 2000, pp. 65-92; y PÉREZ GIRALDA, Aurelio, «Asunto sobre la "licitud del uso de la fuerza". Medidas provisionales (Yugoslavia c. diez Estados de la O.T.A.N.)», Revista Española de Derecho Internacional, vol. LI, n.º 2, 1999, pp. 549-560.

La Corte Internacional de Justicia, mediante ordenanzas de 2 de junio de 1999, estimó que no existían bases suficientes para fundamentar su competencia respecto de las demandas contra España y Estados Unidos. Respecto de los ocho casos restantes (Alemania, Bélgica, Canadá, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido), manifestó que carecía de competencia *prima facie* para adoptar las medidas provisionales que la República Federativa de Yugoslavia solicitaba (73). Luego, el caso continuó abierto respecto a los ocho asuntos en los que la Corte aún debía determinar si poseía competencia sobre el fondo.

Al respecto, la Corte resuelve el 15 de diciembre de 2004 su falta de jurisdicción en este caso (*Legalidad del Uso de la Fuerza, Serbia y Montenegro v. Bélgica*, extrapolable a los demás casos), en particular debido a la falta de *ius standi* de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ante aquella, ya que no puede ser considerada a fecha de la interposición de la demanda (29 de abril de 1999) como miembro de las Naciones Unidas y no, en consecuencia, parte en el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* (artículo 35 del *Estatuto*), condición que está reservada a los miembros de la Organización (artículo 93 de la *Carta de las Naciones Unidas*).

Dejando a un lado las complejidades de este pronunciamiento judicial, sin duda, el caso ha constituido un valioso precedente de una acción judicial en la que se reclama, concretamente, por violación de la obligación de respetar el medio ambiente en periodo de conflicto armado.

## C.B. LA REPRESIÓN JUDICIAL DE LOS ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE COMETIDOS POR LOS INDIVIDUOS

### **a) La represión a nivel nacional. En particular, estudio del ordenamiento jurídico español en la materia**

Desde la Segunda Guerra Mundial, los Estados han aprobado varios convenios internacionales con la finalidad de sancionar crímenes particularmente graves confiando, por lo menos en parte, a la jurisdicción nacio-

---

(73) WECKEL, P., «*Cour Internationale de Justice, Affaires relatives à la liceité de l'emploi de la force. Ordonnances du 2 juin 1999*», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103, n.º 3, 1999, pp. 697-708.

nal el procesamiento y el castigo de los infractores (74). Así, de conformidad con las disposiciones de los textos internacionales en los que se definían los crímenes de guerra, la represión de los mismos se ha realizado mediante el recurso a la adopción de medidas legales, jurisdiccionales y punitivas, de los ordenamientos jurídicos internos. En esta línea de actuación, los individuos que cometieran un crimen internacional deberían de ser penalizados de acuerdo con la tipificación del delito, de las penas y mediante los procedimientos judiciales que para su represión instauraban los ordenamientos internos.

En lo tocante a los daños al medio ambiente cometidos en periodo de conflicto armado, las disposiciones de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I de 1977* constituyen la obligada referencia para constituir el tipo delictivo y su correspondiente tutela ejercida por las jurisdicciones internas.

Esta ineludible tutela interna se afirma en el artículo 1, párrafo 1.º, del *Protocolo Adicional I* cuando subraya que las Altas Partes Contratantes deben respetar y «hacer respetar» sus disposiciones en toda circunstancia. En armonía con este requerimiento, el artículo 80 del *Protocolo Adicional I* afirma que las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto «adoptarán sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los Convenios y del presente Protocolo (...) y darán las órdenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto de los Convenios y del presente Protocolo y velarán por su aplicación».

Sin embargo, las violaciones de las prohibiciones establecidas en los artículos 35, párrafo 3.º y 55 no figuran entre las infracciones de carácter grave que se enumeran en el artículo 85 del *Protocolo Adicional I*, de modo que su sanción queda reducida a lo que dispone el artículo 86, párrafo 1.º, a saber: «Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar 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». Con arreglo a este artículo, pues, el elenco de «medidas necesarias para hacer que cesen» los atentados cometidos contra el medio ambiente bajo las disposiciones de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 se

---

(74) A título de ejemplo, citamos el artículo IV de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948*; los artículos 49, 50, 129 y 146 de la *I, II, III y IV Convención de Ginebra de 1949*, respectivamente; el artículo V de la *Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid de 1973*; y el artículo 14 de la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 1994*.

limitarán, en principio, a evitar y a hacer cesar dichos atentados; aunque, nada impide que, a iniciativa del legislador nacional, se establezca la consiguiente represión penal de los infractores.

En este punto, si bien la regulación establecida en el seno del Derecho Internacional Humanitario se queda en este punto, en cambio, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996* resulta mucho más explícito cuando se trata de establecer las reglas por las cuales los crímenes internacionales, entre ellos el de la protección del medio ambiente, deben ser reprimidos (75). Así, se precisa que los crímenes de referencia son crímenes de Derecho Internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el Derecho nacional; se expone que dichos crímenes comportarán la responsabilidad individual de sus autores según su distinto nivel de participación; también, el responsable de los mismos será sancionado con una pena que será proporcional a la naturaleza y a la gravedad del crimen; y, como último punto a destacar, se precisa que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos de conformidad con los principios de responsabilidad penal y castigo individuales anteriormente citados (76).

Sobre la base de estas disposiciones (gran parte de las cuales han pasado a formar parte del Derecho Internacional general o consuetudinario), los ordenamientos jurídicos internos han tipificado como delitos contra la comunidad internacional las violaciones de las normas relativas a la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado y, consecuentemente, han establecido la competencia de sus tribunales para una represión efectiva en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas. No obstante, hay que subrayar que el cumplimiento de esta obligación de represión es aún escasa y, cuando efectivamente se tipifica, no siempre encontramos que se respeta el espíritu de los redactores del *Protocolo Adicional I* en esta materia, véase por ejemplo el *Código Penal Militar* y el *Código Penal* ordinario español.

De este modo, el *Código Penal Militar* español de 1985, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que cataloga en sus artículos 69 a 78 (Título II del Libro II) los «Delitos contra las Leyes y Usos de la Guerra». Esta regulación penal militar da cumplimiento a la obligación asumida por España al ratificar las cuatro *Convenciones de Ginebra de*

---

(75) JUSTE RUÍZ, José, «Derecho de los Conflictos Armados y protección del medio ambiente», *op. cit.*, 2002, pp. 106-107.

(76) Respectivamente, artículos 1, párrafo 2.º, 2, 3 y 8 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996*.

1949 de adaptar la legislación penal interna en cuanto a la represión de las infracciones a las normas de Derecho Internacional Humanitario, adelantándose temporalmente a la ratificación de los *Protocolos de 1977* que España haría finalmente en el año 1989.

El *Código Penal Militar* español en su artículo 71 regula la sanción a los daños producidos en el medio ambiente en periodo de conflicto armado, con el siguiente tenor:

«El que, con ocasión de un conflicto armado, empleare u ordenare emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de...

En los casos de extrema gravedad o si resultare la muerte, se impondrá la pena de prisión en su extensión máxima.»

Las características esenciales que se preconizan de esta parte del *Código Penal Militar* son las que se restringe al ámbito estrictamente penal, la de su adecuación al orden internacional y, por último el hecho de que se opta por un sistema mixto de tipificación de las infracciones pues establece tipos específicos y un tipo residual (artículo 78) (77). Evidentemente, sólo nos competirá comentar la segunda de las citadas. Al respecto, en relación con el sistema de tipificación seguido por el legislador, se ha subrayado que la postura española en su *Código Penal Militar* puede calificarse como de tipificación mixta, puesto que en unos casos se recoge directamente la descripción internacional de las infracciones y, en otros, se hace una tipificación propia (78). En lo tocante al artículo 71 podríamos aventurar que el legislador español ha seguido una tipificación propia y, a nuestro entender, un tanto *sui generis* puesto que, como señalaremos inmediateamente, no ha recogido directamente la descripción internacional de la infracción y, si así hubiese sido su intención, aquella es a todas luces incompatible con el espíritu y fin de los artículos del *Protocolo Adicional I* de referencia (artículos 35, párrafo 3.º, y 55).

---

(77) PÉREZ GONZÁLEZ, M., J. SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, F. PIGNATELLI Y MECA, F. J. PULGARIM DE MIGUEL y M. ANTÓN AYLLÓN, «Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 56-57, julio-diciembre de 1990 y enero-junio de 1991, p. 708.

(78) *Ibidem*, p. 725.



En principio, partimos fundamentalmente de que el artículo 35, párrafo 3.º, y el artículo 55 en su primera parte se refieren a la protección del medio ambiente *per se* en la conducción de las hostilidades y, por su lado, el artículo 55 en su segunda parte se refiere a la protección del medio ambiente en su estrecha relación con el ser humano y los daños directos que sufriría éste con su destrucción total o parcial (recuérdese el significado de la expresión «esta protección incluye...» y «... comprometiendo así...») (79). Así entendido, el legislador español no contempla en el *Código Penal Militar*, ni contemplará posteriormente en el *Código Penal* ordinario, la protección del medio ambiente en cuanto tal, ajeno a su relación con el ser humano. Sólo se refiere al medio ambiente entendido como soporte de la salud o la supervivencia de la población (propia o enemiga) (80).

Por su parte, el *Código Penal* ordinario español tras su reforma por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cataloga en el Capítulo III los «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614) del Título XXIV relativo a los «Delitos contra la Comunidad Internacional» (artículos 605 a 616) del Libro II («Delitos y sus penas»). Al igual que el *Código Penal Militar*, el *Código Penal* ordinario también se refiere a la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado.

Con idénticas palabras que el artículo 71 del *Código Penal Militar*, el artículo 610 del *Código Penal* español castiga

«a quien, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufri-

---

(79) *Vid.* nota a pie de página n.º 6 *in fine* de este artículo. La estrecha relación entre los daños al «medio ambiente natural» y los daños a la salud o a la supervivencia de la población civil subrayada en la segunda oración del artículo 55, párrafo 1.º, no puede ser calificada como una restricción respecto a la primera oración de dicho artículo, sino más bien como un mero ejemplo de posibles daños o, dicho de otro modo, como una de las muchas formas de comportamientos sancionados por el artículo 55 (de ahí la utilización de la expresión «esta protección incluye...», o el propio título escogido para el artículo 55 «Protección del medio ambiente natural»). Y esta opinión se basa en las Actas de la misma Conferencia Diplomática de 1974-1977, en particular en los debates dentro del denominado «Grupo Biotopo» en los que no se observa que hubiera una voluntad de tender hacia una vinculación del medio ambiente con el ser humano (*vid.* CDDH/III/275, en: OR-CDDH, vol. XV, p. 361 y p. 358).

(80) PÉREZ GONZÁLEZ, M., J. SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, F. PIGNATELLI Y MECA, F. J. PULGARIM DE MIGUEL y M. ANTÓN AYLLÓN, «Propuesta de modificación del ordenamiento penal español...», *op. cit.*, 1990-1991, p. 733.

mientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado ...»

Se nos subraya que este artículo 610 en su referencia a la protección del medio ambiente natural exige para castigar la acción como delictiva que la misma reúna dos requisitos de forma acumulativa: que causen daños extensos, duraderos y graves, y que comprometan la salud o la supervivencia de la población civil (81). Si respecto de la primera condición no tenemos inconveniente, respecto de la segunda el legislador español se apoya en la regulación del artículo 55 del *Protocolo Adicional I*, en su primer párrafo y primera oración, obviando la protección del medio ambiente *per se* del artículo 35, párrafo 3, del mismo *Protocolo* (82). De nuevo, pues, encontramos un dato más que corrobora que el legislador español ha hecho su propia interpretación de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I*.

Por otra parte, la extensión de la pena en el *Código Penal* ordinario es la de prisión de diez a quince años, la misma que la establecida para el homicidio (artículo 138 del *Código Penal*). Sin duda, en este punto el

---

(81) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código Penal español de 1995 (delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado)», en: COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA –Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario–, *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (Sistemas romano-germánicos)*, Informe de la Reunión de Expertos, Ginebra, 23-25 de septiembre de 1997, p. 251.

(82) Matiz que, generalmente, no es criticado cuando se analiza este artículo 610 del *Código Penal* español, *vid.* PÉREZ GONZALEZ, Manuel y Monserrat ABAD CASTELLOS, «Los delitos graves contra la comunidad internacional en el Código Penal español», Anuario da Facultade de Dereito de Universidade da Coruña, vol. 3, 1999, p. 463.

E, incluso, encontramos aparentes contradicciones y, de nuevo, no se hace crítica alguna a su falta de concordancia con el espíritu y la letra de las correspondientes disposiciones del *Protocolo Adicional I*, *vid.* así el reciente estudio sobre la materia de 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 (Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones), 2003, pp. 344-352, en particular p. 346 y su referencia a la nota a pie de página n.º 99.

Esta falta de crítica de la relación entre el artículo 610 del *Código Penal* español y los correspondientes artículos del *Protocolo Adicional I* en cuanto a la protección medioambiental se reitera y, para nuestro desconcierto, se subraya que no constituye un crimen de guerra en PLAZA VENTURA, Patricia, *Los Crímenes de Guerra. Recepción del Derecho Internacional Humanitario en Derecho Penal Español*, Colección Aspectos Jurídicos 3, Universidad Pública de Navarra, 2001, p. 94.

legislador español ha querido imprimir la máxima sanción a estas conductas por los graves daños que conllevarían (83).

En atención a esta incorporación de los atentados contra el medio ambiente en período de conflicto armado como delito en el ordenamiento jurídico español, desearía realizar algunas observaciones. Quizás, hubiese sido más acertado redactar los artículos referidos en idénticos términos al artículo 55 del *Protocolo Adicional I* que comprende ambas situaciones (atentados al medio ambiente con repercusión en la población civil / atentados al medio ambiente en cuanto tal). Además, teniendo en cuenta las fechas de ambos *Códigos Penales* –1985, 1999– bien hubiese podido reflejarse la consideración progresista de la preservación del medio ambiente en cuanto tal, debida no sólo a los nuevos adelantos armamentistas y su incidencia letal sobre este preciado bien, sino al rigor de la interpretación jurídica del *Protocolo Adicional I*, pues el intérprete no puede distinguir donde no lo hace el legislador. Por último, hubiese sido de interés una referencia expresa a la utilización del medio ambiente como medio de combate o, lo que es lo mismo, a las técnicas de modificación medioambiental (guerra geofísica) en consonancia con la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles de 1976*, ratificada por España (84) y que a día de hoy representa uno de los aspectos medioambientales de los conflictos armados de mayor proyección futura.

No quisiera concluir este epígrafe sin hacer referencia a una importante propuesta que se ha trabajado con motivo de la ratificación por España el 4 de octubre de 2000 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998*.

El Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario ha ofrecido una propuesta de reforma del *Código Penal* ordinario en relación con tipos que no figuraban en él y sí en el *Estatuto*, además de reforzar la protección de determinados grupos de personas (niños, personal de las Naciones Unidas y personal asociado) y de bienes (bienes culturales), junto con la importante obligación de incriminar determinadas conductas que podrían ser calificadas como actos preparatorios en relación con determinados medios de combate (armas biológicas, químicas y minas antipersona) tras la ratificación por España de recientes tratados internacionales sobre la materia, entre otros puntos que no vamos a subrayar (85).

---

(83) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código Penal español de 1995 (delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado)», *op. cit.*, 1997, p. 251.

(84) B.O.E. de 22 de noviembre de 1978.

(85) CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra

Como colofón de esta propuesta, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, por la que se modifica el *Código Penal* ordinario de 1995, parte pretendidamente del *Estatuto de Roma* para introducir un Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del *Código Penal* con la rúbrica «De los delitos de lesa humanidad» –artículo 607 bis–; y, además, modificar parcialmente el Capítulo III del Título XXIV del Libro II («De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado»).

En esta reforma del Capítulo III no encontramos modificación alguna del artículo 610 del *Código Penal* ordinario en cuanto a la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado, que sí que necesitaría de su adecuación al *Estatuto de Roma*, en concreto a su artículo 8, 2.º, b) iv) puesto que, como hemos visto, recoge un tipo penal con contenido completamente diferente del artículo 610 (86).

## **b) La represión jurisdiccional internacional a través de los Tribunales Penales Internacionales**

A pesar del silencio textual de su *Estatuto*, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia se ha ocupado de las violaciones de la normativa relativa a la protección del medio ambiente cometidas por individuos en periodo de conflicto armado con ocasión de las alegaciones presentadas ante el Fiscal en relación con la campaña de bombardeos llevadas a cabo por la O.T.A.N. contra la República Federal de Yugoslavia entre el 24 de marzo y el 9 de junio de 1999.

El Informe Final elaborado por el Comité establecido por el Fiscal con la finalidad de evaluar las alegaciones de los presuntos crímenes de guerra

---

*las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*», Revista Española de Derecho Militar, n.º 78, julio-diciembre, 2001, pp. 87-108.

(86) Al respecto hay que señalar que, en las observaciones realizadas por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario al que fue *Anteproyecto de modificación del Código Penal español de 2003* relativas a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, se mantiene el mismo tenor en cuanto a la protección medioambiental del artículo 610 criticado en este sentido, CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, «*Observaciones al Anteproyecto de modificación del Código Penal español de 2003, en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*», Madrid, 13 de febrero de 2003.

*Vid.* igualmente respecto de otras fallidas propuestas de reforma de este artículo 610 en otros ámbitos del Derecho Internacional Humanitario, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «*La reforma del Código Penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en “la criminalización de la barbarie”*», Revista Española de Derecho Militar, n.º 82, julio-diciembre, 2003, pp. 210-212.

cometidos por los individuos y de distinguir si existían bases para iniciar una investigación, de 13 de junio de 2000, pone de relieve que el Tribunal posee competencia para juzgar los eventuales crímenes de guerra contra el medio ambiente contemplados en los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I de 1977* (87). Además, manifiesta que los mencionados artículos pueden reflejar el Derecho Internacional vigente y que, por lo tanto, serían también aplicables a Estados que, como Francia y los Estados Unidos, no habían ratificado aún el *Protocolo Adicional I* (88).

No obstante, el Comité estima que no se alcanza un nivel suficiente para la criminalización de las conductas invocadas y así afirma para terminar que

«It is therefore the opinion of the Committee, based on information currently available to it, that the OTP should not commence an investigation into the collateral environmental damage caused by the NATO bombing campaign.» (89).

A pesar de esta timorata conclusión del Comité (90), este Informe Final contiene varias afirmaciones que nos son de sumo interés (91). En primer lugar, reconoce que el Tribunal tiene competencia material para enjuiciar a los infractores de las normas relativas a la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado. Y, en segundo lugar, precisa, aunque sólo sea de forma potencial, que las disposiciones de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I* reflejan el derecho consuetudinario vigente.

Por otra parte, tal y como hemos señalado, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* sí que contempla expresamente la posibilidad de conocer de crímenes contra el medio ambiente cuando se cometan en una situación de conflicto armado, si bien es cierto y criticable que la competencia de esta jurisdicción internacional quede limitada a los conflictos

---

(87) *Final Report to the Prosecutor by the Committee ... op. cit.*, 2000, párr. 15.

(88) *Ibidem*, párr. 16.

(89) *Ibidem*, párr. 18.

(90) *Vid.* MARAUHN, Thilo, «*Environmental Damage in Times of Armed Conflict - not "Really" a Matter of Criminal Responsibility?*», *op. cit.*, 2000, pp. 1032-1035; y RONZITTI, Natalino, «*Is the non liquet of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?*», *International Review of the Red Cross*, vol. 82, n.º 840, december, 2000, pp. 1.020-1.021.

(91) JUSTE RUÍZ, José, «*Derecho de los Conflictos Armados y protección del medio ambiente*», *op. cit.*, 2002, p. 108-109.

armados internacionales. Al respecto, ya hemos señalado que hubiese sido deseable que la Corte extendiese su jurisdicción a determinados atentados ocasionados al medio ambiente en cualquier circunstancia. Así se hubiesen evitado los problemas de jurisdicción que suscitan algunos daños ocasionados al medio ambiente como consecuencia de su carácter normalmente transfronterizo, así como la impunidad que por motivos muy diversos gozan sus autores (92). No obstante estas y otras deficiencias que ya hemos comentado, sin duda la puesta en marcha de la Corte nos ofrece un inédito foro en el que los crímenes contra el medio ambiente cometidos por los individuos durante los conflictos armados internacionales puedan ser reprimidos por un Tribunal Penal Internacional.

## CONCLUSIÓN

La progresiva reafirmación de la normativa relativa a la protección del medio ambiente en el Derecho Internacional Humanitario se ha visto fortalecida con una paralela criminalización de las violaciones de la misma en los casos más graves. Esta tendencia a la criminalización afecta no solamente a nivel estatal, es decir, a las violaciones cometidas por los Estados beligerantes, sino también a la esfera individual, o sea, a las violaciones cometidas por los individuos durante el desarrollo de la acción bélica.

Respecto a la existencia de una responsabilidad de los Estados por la violación de las normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a la protección del medio ambiente, tenemos que decir que, a día de hoy, no puede configurarse una responsabilidad internacional de carácter penal, aunque sí podría reclamarse una responsabilidad internacional de carácter general dado que los atentados contra el medio ambiente están codificados como crimen internacional.

Por su parte, los atentados cualificados contra el medio ambiente cometidos por los individuos en periodo de conflicto armado han pasado a integrar el catálogo de infracciones que generan responsabilidad penal de aquéllos. El reconocimiento de este nuevo crimen internacional se ha realizado de forma explícita en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996 y, de un modo implícito en los respectivos *Esta-*

---

(92) PRABHU, Mohan, «*Les atteintes a l'environnement. Problemes de Droit penal general (Rapport Général)*», *Revue Internationale de Droit Penal*, 3.º y 4.º trimestre, 1994, pp. 663-698.

tutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda. Siguiendo este *iter*, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998* consagra definitivamente la figura del crimen ecológico cometido por los individuos como crimen de guerra.

El hito de mayor relevancia dirigido a atribuir responsabilidad al Estado por atentados contra el medio ambiente ha sido la creación de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, órgano subsidiario del Consejo de Seguridad y de naturaleza cuasijurisdiccional. Ante esta Comisión, la presentación, admisión y posterior evaluación de las reclamaciones de carácter medioambiental registradas bajo la «Categoría F4» constituye a día de hoy una importante fuente de análisis de los requisitos del daño medioambiental y, sin duda, el primer supuesto de represión de un crimen ecológico internacional del Estado.

Por su parte, la reciente respuesta de la Corte Internacional de Justicia al asunto *Legalidad del Uso de la Fuerza, Serbia y Montenegro v. Bélgica* (2004) ha dejado en la incógnita más absoluta al tema que tratamos. No obstante, quede patente que esta demanda constituye un preciado precedente de una acción judicial en la que se reclama, entre otras, por violación de la obligación de respetar el medio ambiente en periodo de conflicto armado.

Como ejemplo de represión judicial nacional, el ordenamiento jurídico español en el *Código Penal Militar de 1985* (artículo 71) y en el *Código Penal* ordinario (artículo 610), y aún tras su última reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha realizado su propia lectura e interpretación de los artículos 35, párrafo 3.º, y 55 del *Protocolo Adicional I* y que no puede dejar de ser objeto de nuestra crítica. En efecto, el legislador español exige para castigar la acción como delictiva dos requisitos de forma acumulativa: que causen daños extensos, duraderos y graves, y que comprometan la salud o la supervivencia de la población civil. De esta forma, el legislador se apoya en la regulación del artículo 55 del *Protocolo Adicional I*, en su primer párrafo y primera oración, obviando la protección del medio ambiente *per se* del artículo 35, párrafo 3.º, del mismo *Protocolo*, alejándose pues del tenor y del espíritu que inspiró esta cuestión en la elaboración y redacción de este tratado internacional y, *mutatis mutandi*, del propio *Estatuto de Roma de 1998* (artículo 8, 2.º, b), iv).

A la búsqueda de una represión jurisdiccional internacional y a pesar del silencio de su *Estatuto* en esta materia, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se ha ocupado del tema en relación con el Informe Final de 13 de junio de 2000 elaborado por el Comité establecido por el Fiscal, dirigido a evaluar las alegaciones de presuntos crímenes de

guerra tras la campaña de bombardeos de la O.T.A.N. contra la República Federal de Yugoslavia en 1999. No obstante considerar que no se alcanza el nivel necesario para su criminalización, el Informe reconoce que el Tribunal tiene competencia material para enjuiciar a los infractores de las normas relativas a la protección del medio ambiente y, además, precisa aún de forma potencial, que las disposiciones del *Protocolo Adicional I* dirigidas a la protección medioambiental reflejan actualmente derecho internacional consuetudinario.

Por último, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998* sí que contempla expresamente los atentados contra el medio ambiente como crimen de guerra (artículo 8, 2.º, b) iv) aunque con dos importantes limitaciones objeto de crítica: primera, que la competencia de esta jurisdicción internacional quede limitada a los conflictos armados internacionales, obviando el carácter eminentemente transfronterizo de este tipo de daños; segunda, los requisitos ciertamente «leoninos» para que la Corte pueda ejercer su competencia material respecto a este crimen internacional y el hecho de que no quede claro si se encuentran prohibidos los daños medioambientales que, de modo accidental, se producen en el transcurso de las hostilidades (daños colaterales).

En definitiva, la consolidación de los atentados al medio ambiente como crimen de guerra en el Derecho Internacional Humanitario ha supuesto el colofón de un loable esfuerzo que, desde los años 70 del pasado siglo, ha ido impregnando este sector del Derecho Internacional Público esencialmente caracterizado por su antropocentrismo, acercándolo a la realidad de los avances armamentistas y de los nuevos problemas y exigencias de la sociedad internacional en pro de una efectiva protección del medio ambiente. En paralelo, la represión judicial de este nuevo crimen internacional, tanto a nivel internacional como nacional, presenta a día de hoy claros y oscuros, avances y retrocesos, que dejan al jurista en la difícil tarea de dilucidar sin jactancia y con determinación uno de los múltiples aspectos de actual interés que presenta el Derecho Internacional Humanitario: la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado.



# **C. CUESTIONES PROCESALES**



# **EL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA APORTACIÓN ESPAÑOLA**

## **Trial before the International Criminal Court. Some Comments on the Spanish Contribution**

Francisco J. Fontecilla Rodríguez\*

### *SUMARIO*

I. Introducción. II. Breve síntesis para la comprensión del proceso ante la Corte Penal Internacional. 1. Aspectos orgánicos. 2. Aspectos procesales. III. Relación de algunas de las aportaciones de la delegación española a las Reglas de Procedimiento y Prueba durante los trabajos de la Comisión preparatoria de Naciones Unidas para el establecimiento de la Corte Penal Internacional entre febrero de 1999 y septiembre de 2002. IV. Las garantías constitucionales de la jurisdicción en el ordenamiento jurídico español y en el Estatuto de Roma y sus normas de desarrollo. 1. La imparcialidad. 2. Abstención y recusación. 3. Responsabilidad disciplinaria.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El documento sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional de Naciones

---

\* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Granada. Ha sido miembro de la Delegación española en la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, en la Comisión Preparatoria de Naciones Unidas para la elaboración de las normas de desarrollo del Estatuto de Roma, y en la Primera Asamblea de Estados Parte de la CPI.

Unidas en septiembre de 2002, junto con el Estatuto de Roma aprobado en julio de 1998 por la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, constituyen un Rubicón en la historia jurídica procesal de la humanidad. Nunca antes de ahora la humanidad había gozado de un instrumento de tutela jurisdiccional para juzgar personas, con carácter permanente y vocación de universalidad, que garantizase la cuádruple exigencia de legalidad que la civilización y los derechos humanos exigen. Esto es, que antes de determinar la culpabilidad de alguien por hechos objeto de sanción, tanto el órgano que decide como el procedimiento a través del cual se decide, la definición de la conducta sancionable, y la sanción misma, han sido legalmente preestablecidas antes de la realización de los hechos objeto de enjuiciamiento.

En Nüremberg y Tokio tuvimos tribunales de vencedores contra vencidos. En los más recientes tribunales penales internacionales «ad hoc» creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los terribles hechos ocurridos en los territorios de la ex Yugoslavia y en las Repúblicas de Ruanda, Burundi y países limítrofes, también hemos tenido tribunales «ex post factum» que adolecen de un déficit de las garantías mínimas de predefinición legal que exigimos a nuestros órganos jurisdiccionales, procedimientos, delitos y penas.

Debemos felicitarlos de que el concierto de las naciones nos permita dar este paso de gigante de modo tal que la impunidad de los crímenes más graves contra los hombres que producen la excitación de la opinión pública mundial, sea exorcizada sin merma de las mínimas garantías procesales.

No obstante, inmediatamente después de congratularnos de esta gran conquista, nuestra preocupación y nuestro empeño han de dirigirse a poner de relieve aquellas carencias que en el plano de las garantías aún presentan los instrumentos que felizmente hemos construido. No podía ser de otro modo con un esfuerzo tan ímprobo de concertación de sistemas tan distintos. Ésta no podía ser, y no lo ha sido, la obra de un solo sistema legal, de una sola cultura, de los criterios de un grupo privilegiado de países. Pero en el tira y afloja de las transacciones han quedado muchos flecos y algunas fisuras, a veces graves.

Como botón de muestra baste reseñar que en pleno siglo XXI la mayor parte de los preceptos dedicados a la prueba se dediquen a la prueba de testigos, dejando huérfana de regulación la prueba científica, especialmente los análisis de ADN (1). Nada se nos dice acerca de qué requisitos han de

---

(1) Véase el excelente trabajo de J. M. MORA SÁNCHEZ sobre los aspectos procesales de la tecnología del ADN, citado en la bibliografía.

reunir quienes intervienen en la extracción de muestras orgánicas, la cadena de custodia de las mismas, la realización de los análisis, los criterios de homologación de los laboratorios, el almacenamiento de los datos, el tratamiento informático de los mismos, etc. Estas normas, además, merecen la crítica de no haber prestado el debido interés a los llamados derechos humanos de cuarta generación, los que tienen que ver con el uso de las nuevas tecnologías telemáticas, y su incidencia en las actuaciones procesales y los derechos de los justiciables.

## II. BREVE SÍNTESIS PARA LA COMPRESIÓN DEL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

### 1. ASPECTOS ORGÁNICOS

El sistema previsto en el Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional comprende seis órganos, no propiamente jurisdicentes, pero sí relacionados con el ejercicio de la jurisdicción: la Presidencia, integrada por el presidente y dos vicepresidentes, la Secretaría, una Sección de Cuestiones Preliminares, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Apelaciones.

Ninguno de estos órganos es jurisdicente. La función jurisdiccional la ejercen tres Salas que reciben respectivamente el nombre de cada una de las tres secciones mencionadas. Así, la Sala de Apelaciones la integran todos los magistrados de su sección (el presidente y otros cuatro magistrados) y la Sala de Primera Instancia y la de Cuestiones Preliminares está integrada por tres magistrados de cada sección respectiva, que a su vez contará con un número no inferior a seis magistrados. El sistema previsto en las Reglas parece indicar que el funcionamiento de estas salas no será estable, sino que se designará una sala para cada caso.

La Presidencia y la Secretaría tienen atribuciones gubernativas o administrativas.

La Fiscalía, integrada por el fiscal y los fiscales adjuntos, es también un órgano de la Corte, aunque independiente tanto de los Estados como de la propia Presidencia de la Corte. Las Reglas de Procedimiento y Prueba han regulado los supuestos en los que por infracciones de naturaleza disciplinaria cabe remover al fiscal de su puesto, atribución ésta que es competencia de la Asamblea de Estados Parte.

Además de estos seis órganos existen otros de naturaleza política-legislativa, ejecutiva, financiera, etc., como la Asamblea de Estados Parte y su

Presidente y Presidencia, distinta de la de la Corte (esta última es la que ostenta la representación de la institución). Debemos tener en cuenta que la Corte es, además de un órgano jurisdiccional internacional, todo un sistema y un sujeto de derecho internacional público que nace bajo los auspicios de Naciones Unidas pero que no se confunde con ella, ni forma parte de ella. Las relaciones entre la Corte Penal Internacional y Naciones Unidas se rigen por acuerdo entre ambos sujetos de derecho internacional (2).

## 2. ASPECTOS PROCESALES

### 2.1. El Fiscal y la Instrucción (3)

El proceso ante la Corte responde aparentemente a la forma contradictoria pura, ya que se da un enfrentamiento desde el inicio hasta el final de dos posiciones en teoría en igualdad de medios y facultades. De una parte el Fiscal, a quien corresponde el monopolio de la acción penal (aunque las Reglas han desarrollado considerablemente las posibilidades de participación, alegación y prueba de las víctimas). Conforme al Estatuto, no obstante, al menos aparentemente, sólo el Fiscal es el sujeto procesal que puede constituirse en parte acusadora, y sin la acusación de éste no cabe enjuiciamiento. El Fiscal puede actuar de oficio apenas tenga lugar la «notitia criminis», respetando siempre la complementariedad, o previa denuncia de algún Estado o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Las Reglas de Procedimiento y Prueba han articulado los mecanismos para que también las víctimas dirijan alegaciones al Fiscal y a la propia Corte solicitando que ésta interese la actuación del Fiscal cuando éste «motu proprio» haya decidido no actuar, en virtud del principio de oportunidad que el Estatuto le ha reconocido.

Al Fiscal atañe no sólo formular la acusación, sino también la instrucción del proceso bajo la supervisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, que ocupa así una posición plenamente imparcial, sin aspectos propios de la forma inquisitiva o mixta. Aunque considerando que el Fiscal en definitiva es un órgano de la Corte y que es un órgano público, imparcial y, en

---

(2) Para tratar con mayor extensión estas cuestiones véanse las obras de la ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (especialmente la ponencia de GONZÁLEZ MONTES), YÁÑEZ-BARNUEVO, ESCOBAR-HERNÁNDEZ, BASSIOUNI, AMBOS, LIROLA DELGADO/MARTÍN MARTÍNEZ y LEE, todas ellas citadas en la bibliografía.

(3) Vid. las obras citadas de GÓMEZ GUILLAMÓN y OLÁSULO.

teoría, objetivamente desinteresado, cabría también entender que hay aquí una cierta manifestación de la forma inquisitiva.

La Sala controlará que la investigación llevada a cabo por el Fiscal se refiera a delitos que recaen bajo la competencia de la Corte; acordará, si procede, las medidas cautelares de carácter personal; comprobará la correcta instrucción al acusado de los derechos que le asisten; ordenará los medios de prueba y dictará las providencias pertinentes que el Fiscal requiera; supervisará y suplirá la defectuosa actuación en algún caso del Fiscal en materia de prueba y, finalmente, dispondrá la oportunidad o no de la investigación, incluso contra el parecer de la Fiscalía previa impugnación del sujeto afectado, o de algún Estado interesado y, después de las Reglas, de alegaciones formuladas por las víctimas.

Por las importantes facultades instructoras que corresponden a la Fiscalía, ésta se estructura conforme al principio de independencia, con las mismas garantías previstas para los magistrados y órganos jurisdicentes, y las mismas posibilidades de recusación. En cuanto a su actuación, la Fiscalía responde a los principios de imparcialidad (está obligada a recabar tanto las circunstancias inculpatorias como las exculpatorias o atenuantes de la responsabilidad del imputado) y de un raro híbrido entre los principios de legalidad (delitos competencia de la Corte) y oportunidad (pues podrá no iniciar o interrumpir una investigación «cuando existan razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia»). Aunque esto último habrá de ser confirmado por la Sala de Cuestiones Preliminares.

Instruido el proceso, que podrá ser suspendido hasta doce meses, prorrogables a petición del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la Sala de Cuestiones Preliminares valorará si procede pasar al enjuiciamiento ante la Sala de Primera Instancia o, si por el contrario, no procede confirmar los cargos, en cuyo caso se sobreseerá la causa, o se suspenderá, estando el Fiscal facultado para solicitar nuevamente su apertura cuando aparezcan nuevas pruebas.

## **2.2. La confirmación de los cargos**

Antes del enjuiciamiento ante la Sala de Primera Instancia es preciso que la Sala de Cuestiones Preliminares confirme los cargos formulados por el Fiscal. Esta confirmación se realiza tras una audiencia en presencia del Fiscal, el imputado y su defensor, además de las víctimas después de las Reglas,

salvo que el imputado renuncie o huya y no sea posible encontrarle pese a su diligente búsqueda, en cuyo caso la audiencia se realizará sin su presencia.

Antes de la audiencia el imputado debe ser informado de los cargos y de las pruebas de que pretende valerse el Fiscal. En la audiencia el imputado podrá impugnar los cargos y las pruebas de la Fiscalía, y aportar sus propias pruebas de descargo.

### **2.3. El juicio en primera instancia**

Para el enjuiciamiento es competente la Sala de Primera Instancia. Aquí es preceptiva la presencia del acusado. El juicio será público, salvo circunstancias excepcionales por razones de protección de las víctimas, los testigos o información de carácter confidencial, en cuyo caso la Sala podrá autorizar que determinadas diligencias se realicen a puerta cerrada.

La estructura de este juicio responde a los siguientes elementos:

1.º Lectura en lengua inteligible de los cargos confirmados.

2.º Requerimiento al acusado para que se declare inocente o culpable.

3.º Si se declara culpable, la Sala, previa comprobación de que esa declaración se ve avalada por las pruebas de que dispone la Fiscalía y que se ha formulado con plena conciencia y libertad, procederá a condenar.

4.º Si se declara inocente, se practicarán las pruebas que la Sala declare pertinentes a petición del Fiscal o de la defensa del acusado o, en su caso, de las víctimas.

Todo el proceso ha de respetar los principios jurídico-naturales de audiencia e igualdad, e impedir que se depare indefensión al acusado del que se presume su inocencia, de modo que nada permitirá invertir la carga de la prueba. Con carácter general, responde al principio jurídico-técnico dispositivo y de justicia rogada y aportación de parte, en este ámbito criminal más bien de oportunidad reglada, aunque con algunos elementos de oficialidad, ya que la Corte estaría facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos. Debemos recordar aquí que el Fiscal es un órgano de la Corte, independiente de los magistrados y que responde sólo ante la Asamblea de Estados Parte (4).

Expresamente se proscriben las pruebas obtenidas con violación de las normas del Estatuto y de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

---

(4) Sobre principios y formas, ver las obras de DE LA OLIVA y otros, seguidores en esto de las enseñanzas in voce de CARRERAS.



En la celebración del juicio ha de respetarse plenamente la garantía de la inmediación, exigiéndose la presencia de todos los magistrados en todas las actuaciones. Para evitar que en el momento del fallo no exista el «quorum» de tres magistrados, a las diversas actuaciones asistirán uno o más magistrados suplentes.

No se requiere la unanimidad para el fallo, recogiendo en la resolución los criterios discrepantes junto con los decisivos.

La declaración de condena o inocencia y la determinación de la pena se realizan en resoluciones distintas. Entre una y otra puede mediar una nueva audiencia, en la que el condenado podrá ser oído respecto de las penas que procede aplicar.

## **2.4. Segunda instancia**

Como en el ordenamiento jurídico español, el proceso ante la Corte Penal Internacional es de doble instancia. La segunda instancia se inicia por medio de un recurso de apelación, bien frente a la decisión condenatoria o absolutoria, bien frente a la que determina la pena, bien frente a ambas, ante la Sala de Apelaciones. No existe segunda instancia sin apelación, pero el recurso de apelación no siempre supone una segunda instancia, ya que es también la guía de impugnación prevista para otras decisiones de carácter interlocutorio.

Están legitimados para apelar en segunda instancia, con distintos ámbitos de legitimación activa, el Fiscal, el condenado, algún Estado o las víctimas.

En la celebración de la apelación, la Sala de Apelaciones tiene las mismas facultades que la de Primera Instancia. Cabe practicar nuevas pruebas. No es necesaria la presencia del condenado. La decisión se adopta por mayoría, con los eventuales votos particulares.

El efecto será normalmente devolutivo. Excepcionalmente se podrá acordar el efecto suspensivo.

Las atribuciones de esta Sala son bastante indeterminadas, tanto en el Estatuto como en las Reglas, pues ni en uno ni en otras se nos dice cuándo procede revocar, cuándo enmendar, y cuándo reenviar la causa a otra Sala de Primera Instancia, ni tampoco cuándo procede admitir o practicar nuevas pruebas.

## **2.5. Revisión**

El Estatuto prevé la posibilidad de que el Fiscal, el acusado, o determinados allegados a éste después de su fallecimiento, interpongan recurso de revisión en los supuestos de hechos nuevos o pruebas nuevas determi-

nantes de un fallo distinto, falsedad probada de algún medio de prueba determinante de la condena, o corrupción probada de algún magistrado.

El procedimiento de la revisión no ha sido muy desarrollado ni en el Estatuto ni en las Reglas, y se faculta a la Sala de Apelaciones para que resuelva ella misma, reenvíe a la Sala que condenó, o constituya una nueva Sala de Primera Instancia. Ni en el Estatuto ni en las Reglas se nos dice cuándo cabe una cosa u otra.

## 2.6. Ejecución

Se llevará a cabo por las autoridades de un Estado colaborador bajo la dirección y supervisión de la Corte. España, por medio de la Ley orgánica de ratificación del Estatuto de Roma, ha puesto su sistema penitenciario a disposición de la Corte para la ejecución de condenas (5).

### III. RELACIÓN DE ALGUNAS DE LAS APORTACIONES DE LA DELEGACIÓN ESPAÑOLA A LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DURANTE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN PREPARATORIA DE NACIONES UNIDAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ENTRE FEBRERO DE 1999 Y SEPTIEMBRE DE 2002

Tras la aprobación en Roma, el 18 de julio de 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, después de los trabajos y las negociaciones que se alargaron durante seis semanas en la sede de la FAO, donde tuvo lugar la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, y después de la solemne ceremonia de la firma (entre las primeras la de España) en el Capitolio romano, sobre los cimientos del Templo de Júpiter Capitolino y del Tabularium, guardián y depositario de las tablas de las leyes de Roma, se convocaron en Nueva York las sucesivas sesiones de la Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional, reunidas en la sede de Naciones Unidas desde febrero de 1999.

---

(5) Para ver más extensamente el proceso, el trabajo en castellano más amplio es la obra de GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/CARDONA LLORENS (coords.). No obstante, es muy tributario de la literalidad de los preceptos, y a diferencia de los otros trabajos citados, trata el proceso desde la visión de quienes no fueron testigos de las complejas transacciones de consenso entre sistemas jurídico s y culturales opuestos.

El cometido era concluir el borrador de dos documentos, entre otros de diverso carácter. De una parte, el documento de Elementos de los Crímenes y, de otra, el documento de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El grupo de países afines que lideró en Roma los trabajos que permitieron aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional y que ha seguido liderando los trabajos subsiguientes a dicho Estatuto, tenía como principal objetivo no fracasar en dicho cometido, permitiendo la aprobación de dichos documentos en el tiempo límite asignado por la Asamblea, es decir el 30 de junio de 2000. El límite de los trabajos referidos se cumplió, pero la comisión preparatoria se alargaría hasta el presente, y los referidos documentos no serían formalmente aprobados hasta la primera sesión de la Asamblea de Estados Parte, en la primera semana de septiembre de 2002.

Este objetivo lógicamente condicionaba las posturas de los países que como España integraban este Grupo (entre los que están todos los de la Unión Europea a excepción de Francia). No era conveniente mantener posturas rígidas que prolongasen los debates e impidiesen lograr el consenso sobre estos documentos. El consenso se dificultaba además por la necesidad de armonizar criterios que partían de sistemas culturales y jurídicos sumamente plurales. Debe tenerse en cuenta que en los trabajos de la Comisión preparatoria han participado delegaciones de más de ciento sesenta países de todos los continentes y de todas las áreas culturales del mundo.

La delegación de España, integrada por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Defensa y Justicia, dividió el trabajo en el interior de esta Comisión asignando, «prima facie», a la representación del Ministerio de Defensa los trabajos relativos al documento de elementos de los crímenes, y a la representación del Ministerio de Justicia los trabajos relativos al documento de procedimiento y prueba, sin perjuicio de la superior dirección del embajador Yañez-Barnuevo.

Como se indica en el título de este apartado, este informe se ceñirá al trabajo realizado en materia de procedimiento y prueba (6).

---

(6) Lo que sigue a continuación está redactado desde la óptica de quien participó en la labor de la comisión, como miembro de la delegación española. En relación con los elementos de los crímenes deben consultarse los abundantes y excelentes trabajos de RODRÍGUEZ VILLASANTE, PIGNATELLI MECA y GARCÍA LABAJO. Sobre la Corte en general y sobre los aspectos más propios de Derecho internacional público es imprescindible referirnos a los trabajos publicados por YAÑEZ-BARNUEVO, embajador y jefe de la delegación española, y ESCOBAR HERNÁNDEZ. Sobre la Fiscalía deben consultarse los trabajos de GÓMEZ GUILLAMÓN y de OLÁSULO. También sobre la Corte en general, y sobre cooperación con la misma en particular, son muy recomendables los trabajos de DE MIGUEL ZARAGOZA y BUENO ARÚS. Todos los autores referidos se citan en la relación bibliográfica. Todos fueron protagonistas y testigos de las negociaciones en primera persona.

El documento de Reglas de Procedimiento y Prueba es la ley procesal que rige las actuaciones ante la Corte Penal Internacional. Durante los trabajos se partió de la premisa de no reproducir lo que ya establecía el Estatuto en materia procesal, ni de apartarse de lo que el Estatuto establecía. Sin embargo, como se sabe, las disposiciones del propio Estatuto no siempre han sido tan meridianamente claras como para no permitir diversas interpretaciones y, en este sentido, los puntos de vista enfrentados acerca de las exigencias procesales contenidas en el Estatuto fueron muy numerosos.

En algunos casos el desarrollo que de los preceptos del Estatuto se realiza en el documento de las Reglas de Procedimiento y Prueba, interpretados conforme a los criterios hermenéuticos propios de la doctrina jurídico-científica española, parece apartarse de lo previsto en el Estatuto. Este es el caso –creemos– del carácter que a la participación de las víctimas durante el proceso se les atribuye en el Estatuto (meros coadyuvantes del Fiscal) y en las Reglas (casi verdaderas partes procesales).

Los objetivos que se había fijado la delegación española respecto de las Reglas de Procedimiento y Prueba fueron:

1.º Ser flexibles en la línea de los países del grupo de afines para conseguir aprobar el documento en el tiempo señalado.

2.º Promover un grupo informal en el que estuvieran representados todos los países de nuestra área cultural, de manera que en el documento resultante se contuvieran aportaciones de relieve de este ámbito cultural.

3.º Aumentar el ámbito de presencia diplomática internacional del castellano: tanto haciendo especialmente presente su uso durante los trabajos de la Comisión Preparatoria, como incorporando a las reglas preceptos que hagan posible su uso como lengua de trabajo siempre que esté justificado.

4.º Centrar sus intervenciones en la defensa de los derechos de los justiciables y en las garantías y derechos fundamentales de naturaleza jurisdiccional y procesal tal como vienen siendo entendidos en nuestro sistema jurídico, especialmente en la relativo al proceso debido y a la tutela efectiva.

En cuanto a la promoción de un grupo informal de países de nuestra área cultural, desde el primer periodo de sesiones y durante todos los demás periodos de sesiones, incluido el último, se constituyó, por iniciativa de la delegación española, un grupo en el que la misión de México, primero, y la de Chile, después, se ofrecieron como sede de las reuniones, y en el que estaban integradas las delegaciones de todos los países de lengua española y de casi todos los países de lengua portuguesa (en particular Portugal, Brasil, Angola, Mozambique y Cabo Verde), además de Italia y

Andorra. La delegación de Francia, que inicialmente no participaba en este grupo, solicitó participar en los trabajos y deliberaciones del mismo.

Inicialmente este grupo se constituyó únicamente para trabajar en las Reglas de Procedimiento y Prueba, ya que en este punto teníamos una tradición jurídica común cuyos valores tratábamos de ver reflejados en el documento final. El buen clima generado en este grupo y los resultados obtenidos provocaron que lo que inicialmente se circunscribía a las Reglas de Procedimiento y Prueba abarcara también a lo relativo a los Elementos de los Crímenes, punto éste en el que existían diferencias de relieve entre los países que integran el grupo, debidas a particularidades históricas recientes y a las diversas circunstancias políticas que se viven en los mismos. Sin embargo, también en este campo se consiguió aunar posturas y presentar propuestas comunes.

Desde el primer período de sesiones se acordó dividir el trabajo de las distintas partes del Estatuto que había que desarrollar, las relativas a las Reglas de Procedimiento y Prueba, y encargar la coordinación de cada uno de los tres bloques en que se dividió el trabajo a las delegaciones de México, Colombia y España. Nuestra delegación tenía especial interés en coordinar la parte cuatro por contener esta parte lo relativo a los idiomas de trabajo de la Corte, y considerar un objetivo prioritario conseguir que el español fuera lengua de trabajo en aquellos supuestos en los que el Fiscal y la defensa lo solicitasen por ser ésta la lengua de los acusados o de las víctimas. Felizmente este fue el bloque cuya coordinación se encargó a la delegación de España.

En cumplimiento de este encargo se presentaron los documentos de trabajo PCNICC/1999/WGRPE/ DP 8, DP9, DP10, DP11 y DP12, de los que fueron ponentes en su redacción y discusión los miembros de la delegación española, y que antes habían sido objeto de discusión entre períodos de sesiones por las restantes delegaciones integrantes del grupo (vía Internet y personalmente en el encuentro «intersesional» celebrado en Siracusa entre el primero y segundo período de sesiones). Así, las propuestas españolas fueron firmadas también por las delegaciones de Colombia y Venezuela, y respaldadas también «in voce» por las restantes delegaciones del grupo y otras.

El principal resultado de este método de trabajo fue que casi un tercio de las intervenciones realizadas en las sesiones relativas a las sesiones de procedimiento y prueba tenían lugar en castellano.

Otro objetivo importante conseguido gracias a esta dinámica de trabajo es que la parte más sustancial de todas las propuestas de la delegación española se haya visto recogida en el documento final. De todas ellas, la

más importante conseguida es la obligación para la Corte de establecer como lengua de trabajo aquélla de las lenguas oficiales que aun no siendo por el Estatuto lengua de trabajo (francés e inglés) sea requerida por el Fiscal o la defensa de común acuerdo. Especialmente difícil resultó conseguir que junto con las Reglas se enviasen a la futura Asamblea de Estados Parte una recomendación cuyo contenido es el de invitar a la futura Corte a que cuando se dé esta circunstancia (que sea lengua de trabajo una lengua oficial distinta a las previstas en el Estatuto como lengua de trabajo) disponga la presencia, dentro de las salas jurisdiccionales, de al menos un magistrado conocedor de dicha lengua. En este punto tuvimos el respaldo de todos los integrantes del grupo (de especial relieve fue el apoyo de la delegación de Brasil, gracias a la estrechísima colaboración con Steiner –hoy magistrada de la Corte– y con el representante de Italia, el fiscal Monetti, con quien el entendimiento fue absoluto, y en el último período de sesiones también de los países de la Liga Árabe y de la Federación Rusa.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba no podían regular aspectos administrativos, como los criterios para designar a los magistrados integrantes de cada sala conocedora de un asunto concreto. Nosotros éramos conscientes de esta limitación y de que éste es un punto cuya adecuada regulación debe contener el Reglamento de la Corte. Sin embargo, queríamos dejar constancia desde este momento de las negociaciones en las que estaban representados todos los países de nuestra área cultural, (circunstancia ésta que podría no repetirse en los momentos iniciales de los trabajos de la Asamblea de Estados Parte, como así fue) (7), de nuestro deseo de que en ningún caso pudiera ocurrir que los acusados o las víctimas de un proceso usaran como propia lengua una de las lenguas oficiales de la Corte sin que ninguno de los magistrados fuera conocedor de la misma. Convenía garantizar los derechos del justiciable ofreciendo un plus de garantía que normalmente no se requiere en los tribunales internos, pero que aquí se hacía necesario.

Cuando el justiciable alegue discrepancia entre su declaración y el contenido de la interpretación o traducción aportada a la Corte durante la celebración de algún acto procesal, convenía dotar al órgano jurisdiccional de un medio inmediato de valoración no subordinado a ulteriores actos procesales, como pueden ser los informes periciales, y el mejor modo de

---

(7) No obstante, debemos congratularnos de que el continente sudamericano, junto con el europeo, fueron los únicos representados casi en su totalidad en aquel momento. Además, la mitad de los magistrados integrantes de la Corte en la actualidad conoce el castellano.

conseguir esto era garantizar la presencia en la Corte de personal juzgador conocedor de la lengua utilizada por el justiciable. Esta garantía era imposible de proyectar sobre todas las lenguas de la tierra, pero esta limitación no justificaba impedirla respecto de las seis lenguas oficiales de la Corte, que en su conjunto abarcan la casi totalidad del globo terráqueo en ausencia de una sola lengua verdaderamente universal.

De este modo, y a pesar de las dificultades objetivas de su incorporación a las reglas y de la fuerte oposición de algunos países, el respaldo a nuestra posición fue tan amplio y firme por más de veinte delegaciones, que en la nota explicativa que precedía al proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba, que constaba de solo tres párrafos, se dedicaba el tercero íntegramente a esta inquietud con el siguiente tenor literal:

«En relación con la regla 41, la Comisión Preparatoria consideró si la aplicación de esa regla se facilitaría con la inclusión de una disposición en el Reglamento de la Corte en el sentido de que por lo menos uno de los magistrados de Sala que conociera del caso supiera el idioma oficial utilizado como idioma de trabajo en un asunto determinado. Se invita a la Asamblea de Estados Partes a que considere más detenidamente este asunto.»

Además de este punto, que nos parecía decisivo para facilitar que la propia Asamblea de Estados Parte, a la hora de designar a los magistrados que habían de integrar la Corte, tuviese en cuenta que éstos deberán conocer en su conjunto todas las lenguas oficiales de la Corte aunque sólo el inglés y el francés sean lenguas de trabajo, de este modo garantizábamos también la presencia en la Corte de magistrados de tradición cultural hispana. Además de este objetivo aspirábamos a desarrollar el artículo 50 del Estatuto en el sentido de que el mayor número posible de actos y resoluciones fueran formulados en las lenguas oficiales, entre las que se encuentra el español y no sólo en las de trabajo, inicialmente sólo inglés y francés. En este sentido la Regla 40 establece:

«Publicación de las decisiones en los idiomas oficiales de la Corte.

1. A los efectos del párrafo 1 del artículo 50, se considerará que las decisiones siguientes resuelven cuestiones fundamentales:

- a) Todas las decisiones de la Sección de Apelaciones;
- b) Todas las decisiones de la Corte respecto de su competencia o de la admisibilidad de una causa de conformidad con los artículos 17, 18, 19 y 20;
- c) Todas las decisiones de una Sala de Primera Instancia acerca de la culpabilidad o inocencia, la condena y las reparaciones que se hayan de hacer a las víctimas de conformidad con los artículos 74, 75 y 76;
- d) Todas las decisiones de una Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57;

2. Las decisiones sobre la confirmación de los cargos de conformidad con el párrafo 7 del artículo 61 y sobre los delitos contra la administración de justicia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 70 serán publicadas en todos los idiomas oficiales de la Corte cuando la Presidencia determine que resuelven cuestiones fundamentales.

3. La Presidencia podrá decidir que se publiquen otras decisiones en los idiomas oficiales cuando se refieran a cuestiones importantes relacionadas con la interpretación o la publicación del Estatuto o a una cuestión importante de interés general.»

Durante las negociaciones del Estatuto en Roma, la delegación española consiguió que fuesen declaradas lenguas oficiales de la Corte todas las de Naciones Unidas (por tanto también el español) a pesar del encarecimiento que esta circunstancia podría suponer para el funcionamiento de la Corte, argüido por todos los países contrarios a la multiplicidad de idiomas en el funcionamiento de los organismos internacionales. Hubo de sacrificarse la posibilidad de incorporar el español como idioma de trabajo a fin de garantizar en la transacción al menos su presencia como idioma oficial. Se consiguió además dejar abierta la puerta de que las Reglas establecieran los criterios para declarar lengua de trabajo alguna otra de las lenguas oficiales. En Nueva York las delegaciones que más resistencia habían puesto en Roma a la anterior transacción pretendían no añadir nada a lo establecido en el Estatuto y que las Reglas fueran restrictivas en este punto, arguyendo motivos económicos que ocultaban en realidad motivos culturales particularmente irritantes para algunas potencias. Nuestra misión fue conseguir lo contrario. Procuramos establecer la obligación para la Corte de autorizar como idioma de trabajo algún otro idioma oficial, bien cuando éste sea comprendido y hablado por la mayoría de quienes participan en una causa y lo solicite alguno de los participantes, bien cuando lo soliciten el fiscal y la defensa.

A este respecto debemos decir que cuando durante la segunda sesión de la primera Asamblea de Estados Parte, celebrada en Nueva York, en febrero de 2003, procedimos a la elección de los primeros dieciocho magistrados de la Corte, cuatro, uno por encima de la cuota regional, resultaron pertenecer al grupo de países de América Latina y del Caribe, y entre los otros no pocos adujeron entre sus méritos el conocimiento del español. En estos momentos al menos un magistrado de cada una de las tres secciones de la Corte es conocedor de nuestra lengua. Esto es algo que sólo se puede decir de tres de las seis lenguas oficiales de la Corte.

Otros puntos en los que nuestra delegación fue particularmente beligerante fue en lo relativo a la garantía del juez imparcial como derecho



básico del justiciable (8). Así, no nos resultaba satisfactoria la ambigua y escueta propuesta que en materia de responsabilidad de los jueces, magistrados, fiscal y demás personal de la Corte, se contenía en las propuestas de Australia y Francia sobre las que se inició el trabajo de la Comisión preparatoria en el primer período de sesiones. De ahí que España, junto con Colombia y Venezuela, presentara propuestas formales que consiguieron una mayor articulación tanto de los supuestos en que cabe entender que se incurre en esa responsabilidad, como en al menos una somera tipificación de lo que se consideran faltas graves o menos graves, así como de los órganos competentes y del procedimiento que se debe seguir.

Lo mismo se puede decir en lo relativo a las normas de abstención y recusación de los jueces, magistrados, fiscales y demás personal de la Corte.

Asimismo la delegación española mostró particular empeño en conseguir que el procedimiento de designación de los jueces sustitutos fuera preestablecido como garantía del derecho al juez legal o natural predeterminado por la ley, exigencia constitucional que contiene nuestro ordenamiento y del que carecen muchos otros países, que preferían una total indeterminación en este punto. Tanto la regla 38, como la regla 39, son prácticamente en su integridad resultado de las propuestas de las delegaciones española e iberoamericanas (9).

En especial, los países del ámbito anglosajón opusieron una fuerte resistencia a la incorporación de estas propuestas al contenido de las Reglas, ya que en sus sistemas las decisiones se refieren siempre al caso concreto. La firmeza del grupo de nuestra área cultural en la defensa de sus posiciones, permitió que el resultado final se parezca más a las propuestas de España que a las de Australia, aunque el contenido, como suele ocurrir con la transacción, no sea plenamente satisfactorio para ninguna de las partes negociadoras.

Los debates fueron especialmente difíciles con relación a dos puntos en los que nuestra área cultural se hallaba especialmente interesada: el deber de declarar como testigo de cargo entre familiares, y el secreto de confesión de los sacerdotes.

El parecer de alguno de los países que coordinaban los debates, especialmente Francia y Canadá entre otros, era el de dar facultad a la Corte de decidir si en el caso concreto el sacerdote estaba exonerado o no de decla-

---

(8) Sobre el derecho al juez imparcial debe consultarse el muy ilustrativo trabajo de BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad judicial y recusación...*, cit.

(9) Vid. DE LA OLIVA, *Los verdaderos tribunales...*, cit.

rar sobre lo que un presunto autor de uno de los delitos competencia de la Corte le había confiado bajo confesión. Desde nuestro punto de vista esto suponía un riesgo para los más de treinta mil sacerdotes que España tiene situados en el exterior, precisamente en aquellas zonas donde más posibilidades hay de que ocurran hechos competencia de la Corte. Podría ocurrir que ante la regulación pretendida por aquellas delegaciones estos sacerdotes fueran objeto de persecución como posibles futuros testigos de esos hechos, dificultándoles la misión no solo espiritual sino también humanitaria que vienen desempeñando. Por otra parte, podría ocurrir que en el caso concreto, el sacerdote llamado a declarar diese prioridad a su obligación teológica asumiendo así el riesgo de ser condenado por ser un testigo que no coopera con la Corte. Ninguno de estos resultados resultaban deseables desde la óptica de países que conocen cómo funciona esta particularidad de las religiones que consideran la confesión como algo sagrado (10).

Se consiguió que las Reglas contuvieran un precepto rígido en virtud del cual en ningún caso los sacerdotes estarán obligados a declarar lo que han conocido bajo secreto de confesión.

Mayor dificultad aun presentó conseguir que los padres, los hijos y los esposos no estuviesen obligados a ser testigos de cargo entre sí. Especialmente los países del área anglosajona eran proclives a pensar que dada la entidad de los crímenes competencia de la Corte, un parentesco, aun tan estrecho, no podía exonerar al testigo de cargo de su obligación de declarar. La negociación fue tan dura que no fue posible una transacción hasta el último día de la última sesión, en el que conseguimos una regla según la cual los parientes anteriormente citados pueden declarar si lo desean sin que se vean obligados, ni sean sancionados si se niegan a hacerlo. En esta transacción y en aras del consenso nos vimos obligados a «sacrificar» a los hermanos, que sí deberán ser testigos de cargo entre sí.

Otro aspecto que nos supuso bastante dificultad fue lo relativo a la documentación de las actuaciones del proceso. Los sistemas anglosajones no están habituados al modelo continental, en el que la instrucción se documenta por completo y lo que no está en los autos no está en el mundo, y son más proclives a técnicas de actuación procesal en las que las partes enfrentadas se reservan informaciones importantes para el momento del

---

(10) Sobre la protección jurídica del secreto religioso consúltese el trabajo más completo escrito en castellano de PALOMINO, R., *Derecho a la intimidad y religión*, cit. Sobre la protección de las minorías religiosas en general, la obra más completa y reciente en nuestra lengua es la de RELAÑO PASTOR, E., *La protección internacional de las minorías religiosas*, cit.

juicio a fin de sorprender a su contrario (a pesar de que existe la obligación genérica de informarse mutuamente de los medios de prueba que obren en su poder, la práctica permite arriesgarse a esperar al momento del juicio arguyendo que hasta ese momento no se disponía de esa información si se piensa que la otra parte no va a poder demostrar lo contrario). La fórmula transaccional que resultó de las negociaciones no fue plenamente satisfactoria para ninguna, pero resalta la dificultad de hallar un consenso en un punto donde hay tan radicales diferencias culturales.

#### IV. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, Y EN EL ESTATUTO DE ROMA Y SUS NORMAS DE DESARROLLO

##### 1. LA IMPARCIALIDAD

Partimos de la definición que J. L. González Montes ofrece de la función jurisdiccional como aquélla «que tiene como contenido genérico la tutela e integración del derecho objetivo y como contenido específico la individualización del derecho para el caso concreto, y se lleva a cabo por órganos públicos independientes, imparciales, objetivamente desinteresados, a través de un procedimiento legalmente preestablecido, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (11). Esta función se lleva a cabo en nuestro país por una pluralidad de órganos que en su conjunto integran el poder judicial o jurisdicción, que con sujeción al título VI de la Constitución española tiene como garantías constitucionales la exclusividad, la unidad, la independencia, la inamovilidad, la irresponsabilidad, el sometimiento a la Constitución y a la ley, y el derecho del justiciable al juez legal o natural preestablecido por la ley.

De esta definición y de este contenido normativo constitucional nos interesa en este trabajo detenernos en las notas de la imparcialidad y la garantía del juez legal o natural, así como el derecho al procedimiento justo, debido, legal y preestablecido por la ley.

Como ya dijimos al inicio de este trabajo, lo absolutamente excepcional de la CPI es que por primera vez en la historia de la humanidad un órgano jurisdiccional permanente y con vocación de universalidad va a

---

(11) En *Introducción al Derecho Procesal*, p. 88.

enjuiciar la responsabilidad penal de personas físicas respetando la cuádruple garantía de legalidad en cuanto al órgano que decide, el proceso por el que decide, la sanción que se impone y la conducta que se sanciona.

Debemos celebrar por tanto como un hito de enorme trascendencia en la civilización la garantía de estos derechos, y que en el futuro un número creciente de naciones de todos los continentes y culturas gocen de esta nueva garantía jurisdiccional de carácter permanente y preestablecido, y con vocación de universalidad, que evite la impunidad que hasta nuestros días favorecían las distintas soberanías jurisdiccionales y las abiertas divisiones entre los Estados que provocaban la existencia de islas de impunidad para conductas que el conjunto de la humanidad no podía sufrir impasible.

Sin embargo, y sin menoscabo del reconocimiento y la enorme trascendencia que esta conquista ha supuesto, y especialmente su entrada en vigor una vez depositados los sesenta primeros instrumentos de ratificación (la entrada en vigor del Estatuto acaecería el día primero del mes siguiente a los sesenta días de la fecha de depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, cosa que ocurrió el 11 de abril de 2002, luego la entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de 2002), éste es el momento de comenzar a poner de relieve algunas de las carencias que en el plano de las garantías aquejan tanto al Estatuto como a las Reglas de Procedimiento y Prueba, para que, una vez puesto en funcionamiento este extraordinario instrumento de tutela jurisdiccional, sigamos avanzando en la tutela y reconocimiento de los derechos de los justiciables.

En efecto, como no podía ser de otro modo, en aras del consenso, sumamente complejo por cuanto entrañaba un punto de acuerdo entre los ordenamientos y sistemas jurídicos, en ocasiones antagónicos, de casi 200 naciones, algunos Estados, entre ellos España, hubieron de asentir a formulaciones cuyo contenido entrañaba un empobrecimiento del conjunto de garantías que su sistema constitucional otorga a los justiciables.

Uno de los puntos donde quizás se vea con mayor claridad ese aminoramiento de las garantías es el que atañe al régimen de dispensa (abstención) y recusación, así como al régimen de la responsabilidad disciplinaria en que pudieran incurrir los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, etc.

Con arreglo a nuestro sistema constitucional y a nuestra tradición jurídica todo derecho sancionador, y la exacción de responsabilidad lo es, ha de respetar la cuádruple garantía de legalidad a la que anteriormente hemos hecho referencia. Las conductas sancionables deben ser típicas, con carácter taxativo, e interpretadas del modo más favorable al imputado. La

vaguedad y amplitud con la que fueron tratados en el Estatuto dejaron insatisfecha a la delegación española, así como a las delegaciones del ámbito hispano-luso-americano.

Esto llevó a la delegación española a desarrollar durante los trabajos de la comisión preparatoria una intensa labor de negociación encaminada a desarrollar en mayor medida tanto las conductas típicas como el procedimiento en esta materia. Las delegaciones de España, Venezuela y Colombia presentaron con esa finalidad diversas propuestas, especialmente las contenidas en los documentos DP8 a DP12 del grupo de trabajo de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Un conjunto de países, especialmente en el ámbito anglosajón, presentó una ardua resistencia al carácter tasado y típico de las conductas y del procedimiento. Fruto de la transacción es la redacción que presentan las reglas 23 a 32 en lo relativo a la responsabilidad, y las reglas 33 a 35 en lo relativo a la dispensa y recusación.

En ambos conjuntos de normas las delegaciones del ámbito hispano-luso-americano debieron renunciar a su aspiración del carácter taxativo de las conductas que en un caso generaban responsabilidad y en el otro empañaban la imparcialidad. A cambio, se consiguió una mayor concreción de la definición de las conductas, aunque no fueran tasadas, y del procedimiento.

Las normativas contenidas en los procedimientos seguidos por los tribunales penales para Yugoslavia y Ruanda fueron un mal precedente. Hay que denunciar que estas normativas responden a los valores, no del conjunto de los sistemas jurídicos de la humanidad, sino de un solo sistema jurídico que en este punto es sumamente impreciso y vago y nos parece insuficiente en el plano de las garantías. Estos precedentes y el borrador elaborado por la delegación de Australia, y la posición del grupo de países afines a ese sistema, supusieron un grave escollo de lo que para nosotros en el plano de las garantías constituye un valor jurídico irrenunciable.

## 2. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Entre las instituciones jurídico-procesales que dan contenido a la exigencia de imparcialidad de los jueces y magistrados se encuentran la obligación de abstenerse de conocer de un asunto litigioso cuando en él concurra alguna circunstancia que empañe o pueda empañar ante la consideración pública la imagen de su imparcialidad, y el derecho del justiciable a recusar al juez o magistrado que espontáneamente no se haya abstenido de conocer.

No se trata sólo de garantizar la imparcialidad real, sino también la imagen de imparcialidad. Desde nuestro punto de vista, en una institución como la Corte Penal Internacional, que debe aspirar a gozar de prestigio y *auctoritas*, y no sólo de *potestas*, en todos los sistemas jurídicos, debía haberse regulado lo relativo a la abstención y recusación con un criterio maximalista, incluyendo todas las circunstancias que en cualquier sistema pudieran constituir un desdoro objetivo de la imparcialidad. Lamentablemente no es este el criterio seguido por la comisión preparatoria, que ha preferido un *numerus apertus* y un enunciado específico de aquellas circunstancias más comunes a todos los sistemas, y esto gracias a este grupo de países, dado que la tendencia general era reproducir las referencias genéricas contenidas en los arts. 41 y 42.7 del Estatuto.

Como es sabido, el contenido de las Reglas de Procedimiento y Prueba es un desarrollo del Estatuto que ha de ser interpretado y aplicado de conformidad con éste, de manera que el Estatuto constituye un pie forzado en el desarrollo de estos dos institutos jurídico procesales.

El Estatuto ha preferido regular la abstención bajo el nombre de dispensa, nombre a nuestro juicio desafortunado, ya que parece hacer referencia a un carácter graciable de la institución, cuando debe quedar claro, incluso en la denominación jurídica, que se trata de un deber de abstenerse, siempre que concurra una circunstancia objetiva y típica que empañe la imparcialidad. La infracción de este deber constituye una de las faltas muy graves en las que puede incurrir un juez o magistrado.

Del mismo modo, los jueces y magistrados tienen el deber de conocer, siempre que en ellos no concurra una de estas circunstancias u otras igualmente tipificadas, como la enfermedad, que impidan conocer aunque no exista menoscabo de la imagen de imparcialidad, de manera que no se trata de una facultad de la que gozan los jueces y magistrados que les permita dejar de conocer cuando les convenga por alguna razón y que la presidencia entonces pueda dispensar. De interpretarse así, encontraríamos un cómodo expediente para burlar la garantía del juez natural o legal predefinido por la ley, tal como lo interpretan los sistemas constitucionales más estrictos.

De este modo el art. 41.1, que ha de ser integrado con las reglas de procedimiento y prueba 33 a 35, no ha alcanzado en este punto la formulación más satisfactoria desde nuestro punto de vista.

El art. 41.1 comienza diciendo: «La presidencia podrá...». Este «podrá» claramente nos lleva a una facultad discrecional, cuando a nuestro juicio debiera tratarse de un «deberá» reglado. La presidencia debiera constatar que efectivamente en el juez o magistrado que pide su dispensa

concorre una circunstancia que empaña su imparcialidad y entonces debería otorgar la dispensa.

Este mismo artículo nos dice muy poco acerca del procedimiento. Tan sólo que será la presidencia la que otorgue la dispensa y que el sujeto legitimado para solicitarla es el magistrado. El órgano que ha de apreciar que existe un motivo de recusación es el pleno de los magistrados, y quienes pueden promoverla son el fiscal y la persona objeto de investigación o enjuiciamiento. Para el resto de los aspectos procedimentales el art. 41 se remite a las reglas y éstas son muy parcas en la regulación.

En lo relativo a la dispensa sólo se nos dice que se presentará un escrito motivado a la presidencia y que tanto la petición como los motivos de la decisión tendrán carácter confidencial (regla 33). En lo relativo a la recusación la regla 34.2 señala que la petición de recusación será por escrito, motivada, tan pronto como se tenga conocimiento de los motivos y adjuntando las pruebas, y será remitida al titular del cargo, que podrá formular observaciones por escrito. Cuando se trate del fiscal o del fiscal adjunto las cuestiones relacionadas con la recusación serán decididas por mayoría de los magistrados de la Sala de apelaciones.

Esta escueta regulación deja demasiados interrogantes abiertos. De entrada parece quedar claro que se trata de un incidente de tramitación escrita y que aparentemente se respeta la audiencia y la igualdad de partes. Pero, por ejemplo, en el procedimiento para otorgar la dispensa no se prevé la audiencia ni del fiscal ni de la persona sujeta a investigación o enjuiciamiento. Este trámite de audiencia pudiera tener sentido si la solicitud de dispensa estuviera encaminada a facilitar que otro magistrado entrase a formar sala en sustitución de aquel al que habría correspondido en aplicación de los criterios preestablecidos como juez legal o natural. Tanto el fiscal como el sujeto afectado pueden tener interés en hacer valer la imparcialidad del juez que ha solicitado su dispensa.

De igual manera, la previsión de que sea la mayoría de los magistrados del pleno quienes hayan de estimar que existe un motivo de recusación dificulta que este instituto procesal de garantía sea un instrumento ágil, eficaz y económico para velar por la imparcialidad de los jueces. Es casi un elemento disuasorio de la recusación.

Nada se nos dice de la posibilidad de las víctimas de cuestionar la imparcialidad.

Quizá la necesidad de remitir la recusación al propio cargo recusado ofrece una oportunidad dilatoria durante un tiempo mientras elabora sus observaciones por escrito, sin que tampoco se establezca un plazo para que lo haga.

Tampoco está previsto el trámite de audiencia de la otra parte afectada: el sujeto investigado si quien recusa es el fiscal, o viceversa. Echamos también en falta una previsión de que si el motivo de recusación fuere conocido antes del inicio de la investigación, el plazo preclusivo para hacerla valer debiera coincidir con el de la primera actividad procesal de parte.

En el expediente de recusación con frecuencia será necesario realizar una investigación complementaria a las pruebas aportadas por quien recusa y a las observaciones formuladas por el sujeto recusado, y seguramente quienes llevan a cabo esa investigación deben ser magistrados que luego no intervengan en la decisión, diferenciando entre instrucción del expediente y decisión. No podemos olvidar que si al final resulta estimado el motivo de recusación, el magistrado recusado que espontáneamente no solicitó la dispensa de conocer probablemente incurrió en una falta muy grave.

También echamos en falta una previsión en el sentido de que, formulada la recusación, no se interrumpan las actuaciones y que el magistrado suplente pase a integrar la sala y el recusado a ser suplente, en tanto se decide el incidente de recusación. Esta previsión contribuiría al resplandor del principio de imparcialidad sin merma del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a la exigencia de economía procesal. Todas estas previsiones se encuentran en la ordenación española del proceso (arts. 217-228 LOPJ).

### 3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Entre las garantías constitucionales de la jurisdicción en los sistemas avanzados se encuentran, junto con la exclusividad, unidad, inamovilidad e independencia el sometimiento a la Constitución y a la ley, de una parte, y la responsabilidad cuando éstas se vean quebrantadas, de otra.

En el sistema creado por el Estatuto de Roma estas garantías se han visto circunscritas a la inamovilidad e independencia por una parte, ya que la unidad y exclusividad se ven modalizadas por el carácter complementario de la Corte y el nuevo contenido concedido a la garantía del *ne bis in idem* y el alcance de la cosa juzgada; y, por otra, al sometimiento al Estatuto, normas de desarrollo del mismo y convenios internacionales y demás normativas directamente aplicables en virtud de éstos, así como al régimen de responsabilidad establecido en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba.



Un órgano jurisdiccional dotado de independencia e inamovilidad en el que no existiese ningún mecanismo de control del sometimiento a la norma de quienes la interpretan y aplican derivaría muy probablemente en un nuevo sistema de tiranía. La independencia sin responsabilidad, se dijo en los albores de la revolución francesa, constituye la tiranía de los jueces.

La responsabilidad abarca una triple dimensión: la civil, en lo que atañe a la indemnización de los daños y perjuicios generados por los jueces en el ejercicio de su cargo; la responsabilidad penal, derivada de los delitos de los que sean autores los jueces en el ejercicio de su cargo; y finalmente la responsabilidad de carácter disciplinario en que se incurra por el incumplimiento de las obligaciones de carácter profesional. En el caso de la CPI, y derivada del estatuto diplomático de los jueces, esta triple responsabilidad alcanza una nueva dimensión, al no verse circunscrita al ejercicio del cargo sino a la responsabilidad que puedan contraer dentro y fuera del mismo, y que pudiera verse cubierta por el régimen de inmunidades.

A la luz de estas consideraciones, nos planteamos si lo regulado las Reglas de Procedimiento y Prueba y en el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades satisface plenamente todas estas inquietudes.

La primera carencia que encontramos es que este conjunto normativo no distingue claramente los tres tipos de responsabilidad. Por otra parte, en el Estatuto sólo encontramos referencias a la separación del cargo (art. 46), a las medidas disciplinarias (art. 47), y a los delitos contra la administración de justicia (art. 70), de cuya redacción no parece derivarse con claridad que los delitos a los que se refiere puedan ser cometidos por los jueces, ya que de los apartados a) al e) del art. 70.1 claramente se desprende que son conductas cometidas por quienes intervienen ante la Corte como testigos o sujetos del proceso, y únicamente el apartado f) menciona la conducta de aceptar o solicitar un soborno en calidad de funcionario de la Corte. De una interpretación contextual del estatuto y las otras normas de desarrollo pudiera entenderse que funcionario no engloba la categoría de juez, lo que nos lleva a la situación absurda de que hacerlo cuando se es magistrado no sea un crimen contra la administración de justicia por la Corte.

En cualquier caso, y con independencia del contenido del concepto de «funcionario», se echa en falta la tipificación específica de la prevaricación y el cohecho. Es especialmente clamoroso que no se ha tipificado como delito dictar una resolución injusta a sabiendas de que lo es, a pesar de que esté contemplada la revisión de la decisión, en el supuesto del art. 84.1.c: «Uno o varios de los jueces... su separación del cargo de conformidad con el artículo 46».

Debiera haberse regulado diferenciadamente la posibilidad de ser separado del cargo por una responsabilidad criminal, y la responsabilidad derivada del incumplimiento grave de obligaciones profesionales que no entrañasen efectos penales por no constituir delito la conducta. El Estatuto ha establecido el art. 46 para la separación del cargo y el 47 para las medidas disciplinarias, sin decir con claridad si un resultado u otro se refiere a una conducta criminal y no simplemente disciplinaria. De la lectura atenta del contenido de ambos artículos se deriva que la responsabilidad puede ser disciplinaria en ambos. Baste leer los apartados a) y b) del art. 46.1. El apartado b) ni siquiera hace referencia a un supuesto de responsabilidad, sino que contempla más bien una causa sobrevenida de imposibilidad (incluida la incapacidad) que puede tener un origen médico o de cualquier otro tipo.

Por tanto el art. 47 se refiere sólo a la responsabilidad disciplinaria por faltas menos graves, y el art. 46 a la responsabilidad disciplinaria por faltas graves, junto con la imposibilidad de desempeñar las funciones que determinan en ambos casos como única y homogénea medida la separación, sin distinguir si la imposibilidad es transitoria o definitiva, generando un concepto jurídico indeterminado también muy problemático, al no contemplar el Estatuto la suspensión temporal de las funciones.

Esta parca regulación del contenido exige explícitamente su desarrollo en las Reglas, y esto es lo que se hace en las reglas 23 a 30.

El principio general se establece en la Regla 23, objeto de una ardua discusión, hasta el punto de ser considerada «ociosa» por un buen número de delegaciones. La delegación de España y el conjunto de delegaciones del área de países de cultura hispano-lusa fueron especialmente tenaces en el sostenimiento de esta regla, que no es otra cosa que la proclamación del principio de legalidad en el contexto del sistema de la Corte. Al establecer que «los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos, el secretario y el secretario adjunto serán separados del cargo o sometidos a medidas disciplinarias en los casos y con las garantías establecidas en el Estatuto y en las Reglas», nos dice que no cabe tipificar las conductas, las sanciones, el procedimiento a través del cual se impongan éstas por el órgano que decide *ex post factum* o con carácter reglamentario, sino que es el contenido del Estatuto y de las Reglas el que ha de satisfacer la cuádruple garantía a la que tantas veces hemos hecho referencia.

Las reglas 24 y 25 que tipifican las faltas graves, los incumplimientos graves y las faltas menos graves, lo hacen de un modo insatisfactorio, ya que aunque parecen tipificarse de un modo exhaustivo, porque no se incluyó el indeseado *inter alia* propuesto por muchas delegaciones, las con-

ductas definidas no son todo lo exhaustivas y típicas que un derecho sancionador hace deseable para permitir una interpretación restrictiva e *in dubio pro reo*, lejos de las interpretaciones extensivas, con abuso de discrecionalidad.

En cualquier caso, de la lectura de todas las conductas descritas en las Reglas 24 y 25 se deduce que se trata de incumplimiento de obligaciones profesionales y no de la comisión de delitos como la prevaricación o el cohecho, y que por un defecto de las delegaciones que no quisieron regular separadamente la responsabilidad penal y la disciplinaria, habrían de ser incluidas aquí mediante una interpretación poco sistemática o conducir al absurdo de interpretar que, por no ser susceptibles esos crímenes de interpretación o aplicación por parte de la Corte, no permitirían la separación del cargo.

En la tipicidad echamos en falta, como concreción de la garantía de independencia, la prohibición de la afiliación a partidos políticos o sindicatos, la provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades del Estado sede, o la intromisión mediante órdenes o presiones de cualquier clase en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por jurisdicciones respecto de las que la jurisdicción de la Corte es complementaria.

Echamos también en falta una tipificación de las actividades incompatibles con el ejercicio de las funciones en la Corte para aquellos casos en los que las funciones no se desempeñen con exclusividad.

Este último punto merece un cierto desarrollo adicional a lo que establece el artículo 40 del Estatuto. A su vez, el art. 35.1 establece el saludable precepto general que no debiera haber admitido excepciones en beneficio de una mayor independencia de la Corte. Este precepto, matizado por el 35.3, queda herido de muerte en su contenido, ya que nos tememos que la regla será el desempeño no exclusivo del ejercicio de sus funciones. Esta regulación, en la que gravita enormemente la cultura del derecho diplomático, trasladará a la primera jurisdicción con vocación de universalidad toda la problemática que en el ámbito del derecho diplomático se plantea respecto de qué actividades son a fin de cuentas compatibles con el estatuto diplomático.

En cualquier caso, precisamente por esto era urgente tipificar las conductas incompatibles, lo que por pereza, dificultad y escasez de tiempo no se ha sabido o querido hacer, pese a las insistentes peticiones de las delegaciones del ámbito hispano-luso. Esta es una pesada herencia que incidirá en el prestigio de la recién nacida Corte. Auguramos multitud de casos en que surgirá el problema no resuelto. A modo de ejemplo, ¿podrá un magistrado en régimen no exclusivo estar al frente de una fundación y per-

cibir remuneración a través de ésta por sujetos o países que puedan verse afectados por las actuaciones de la Corte?

Tampoco se establece un criterio de cuándo las ausencias injustificadas pueden constituir falta grave o menos grave. Ni se tipifica el exceso o abuso de autoridad, o falta grave o menos grave de consideración respecto de quienes intervienen en el proceso, lo cual podría afectar a la imagen de imparcialidad del órgano, tal como contempla el art. 418.5 de la LOPJ y la jurisprudencia del TEDH (Boeckmans, decisión de la Comisión, arreglo amistoso).

El carácter predeterminado del procedimiento para determinar si estamos o no ante un supuesto de responsabilidad disciplinaria tampoco es plenamente satisfactorio. El Estatuto sólo ha recogido un mínimo de aspectos de este procedimiento: la decisión de separar del cargo será adoptada por la Asamblea de los Estados Parte en votación secreta, en el caso de los magistrados por mayoría de dos tercios previa recomendación aprobada por mayoría de dos tercios de los demás magistrados; en el caso del fiscal por mayoría absoluta de los Estados parte, y en el del fiscal adjunto por igual mayoría, previa recomendación del fiscal. Además del órgano competente para adoptar la decisión se recogen unas garantías mínimas: a) presentar y obtener pruebas y presentar escritos; b) no podrá participar el interesado en el examen de la cuestión. En todo lo demás se remite a las Reglas. Estas realizan un escueto desarrollo en las Reglas 26 a 30:

- carácter confidencial de la denuncia,
- que deberá consignar los motivos, la identidad del denunciante y las pruebas,
- remisión de la denuncia a la Presidencia o inicio de oficio,
- filtro de admisibilidad,
- notificación del escrito al titular del cargo,
- derecho a la defensa letrada y a presentar pruebas y formular alegaciones por escrito y responder preguntas,
- posible suspensión temporal (a pesar de que el Estatuto no había contemplado esta posibilidad),
- regulación en las reglas 29 y 30 de los trámites de adopción de la medida y comunicación de la misma a la Asamblea de los Estados Parte, salvo en el caso de tratarse de una falta menos grave que podrá ser impuesta directamente por el plenario de los magistrados.

Cuando se trate simplemente de una medida disciplinaria que no lleve aparejada la separación del cargo el procedimiento se simplifica (véase la regla 30).

La principal crítica que merece el sistema resultante de la integración del Estatuto y las Reglas es su indeseable opción por un sistema extraordinariamente costoso y difícil que en la práctica puede equivaler a la ausencia de un régimen real de responsabilidad. Podemos decir que se ha caído en un nominalismo. Ciertamente el Estatuto ha previsto un sistema de exacción de la responsabilidad, las Reglas han realizado un cierto desarrollo, mayor del previsto en el borrador de la delegación australiana, en gran medida por el esfuerzo de las delegaciones hispano-luso-americanas, pero que en la práctica difícilmente llegará a tener un contenido real.

Difícilmente alguien presentará una denuncia por la conducta de un magistrado sabiendo que para que ésta prospere será necesario que dos tercios de los magistrados consideren que ha tenido lugar la infracción y además convocar a la Asamblea de Estados Parte y que una mayoría de dos tercios de los mismos así lo consideren. Este sistema merece ser calificado como disuasivo y prácticamente deja a merced del buen criterio de los magistrados el no abusar de sus funciones. No podemos pensar que el actual régimen normativo ofrezca una garantía de que el abuso no ocurra.

Al margen de esta crítica, que es la principal, también lamentamos que no se haya regulado la legitimación para promover el expediente de responsabilidad. ¿Puede promoverlo un magistrado respecto del fiscal o fiscal adjunto, o viceversa? ¿Tienen esta legitimación las víctimas, o sólo el acusado y su defensa? ¿Se le va a reconocer a los Estados Parte o a cualquier Estado o a cualquier ciudadano? La Regla 26 habla de la presentación de denuncias pero no de quién puede presentarlas, y esto parece lamentable.

Al menos es plausible que se haya previsto un filtro para que la Presidencia ejerza un control de admisibilidad de las denuncias más o menos fundadas para que no haya que convocar la Asamblea de los Estados Partes cada vez que se solicite la separación del cargo en una denuncia.

Aunque echamos en falta que la decisión de la Presidencia no sea luego fiscalizable por el plenario de los magistrados. Bien pudiera ocurrir que en un determinado caso la mayoría de dos tercios de los magistrados pudiera pensar que nos encontramos ante una conducta muy grave de las que provocan la separación del cargo, mientras la Presidencia integrara la minoría de magistrados que no lo considera así.

Echamos en falta que la decisión de la Presidencia en virtud de la regla 26.2 sea objeto de un segundo examen a instancia de parte interesada, o de oficio por cualquier magistrado que pudiera considerar que nos hallamos en el supuesto en el que la Presidencia ha tomado una decisión que puede no ser compartida por la mayoría de los Magistrados.

Esta ausencia de previsión puede dar lugar a una antinomia entre la Regla 26.2 y lo establecido en el art. 46.2.a).

También aplaudimos la previsión de que si la Presidencia ha de verse asistida por algún magistrado, ésta se establezca con criterios objetivos preestablecidos que eviten en lo posible designaciones arbitrarias que faciliten el amiguismo.

Meritoria nos parece la decisión de prever en las Reglas que el hecho de estar incurso en un procedimiento disciplinario puede justificar que el magistrado que se ve en esta situación no siga formando la sala que ha de impartir justicia, ya que su prestigio y *auctoritas* podrían verse empañados. A este respecto son plausibles dos cosas: 1.º, la previsión misma; 2.º, su carácter potestativo. Su automatismo habría conducido a un fácil mecanismo de fraude procesal: si no queríamos que un magistrado conozca de un determinado crimen basta con denunciarlo y provocar dicho automatismo.

Se requiere un cierto control acerca de la consistencia de los indicios para decidir cuándo procede la suspensión y cuándo no. Sin embargo la Regla 28 que regula este aspecto no nos dice quién puede adoptar esta decisión y, como se entenderá con claridad, las consecuencias para un proceso sin dilaciones indebidas y para la economía procesal son muy distintas si la decisión la toma la Presidencia, el pleno de los magistrados o la Asamblea de los Estados Parte.

A nuestro juicio lo más deseable habría sido prever que esta decisión fuera tomada por el mismo órgano que recibe las denuncias y realice el filtro de control. Esta decisión redundaría en un mayor respeto de la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, pero resulta difícil esta interpretación, porque la Regla 28 parece remitir al órgano competente para la solución final, lo que nos conduce a la Asamblea de los Estados Parte, solución absurda si queremos evitar un proceso sin dilaciones, que es un derecho fundamental por el que la Corte debe velar. La redacción de la Regla 28 es el resultado de una transacción y deja al intérprete futuro la decisión.

Debemos agradecer también que el principio de igualdad de armas procesales, no siempre claramente respetado en las Reglas, y el derecho a la defensa, se vean aquí reconocidos en la Regla 27, que prevé la posibilidad de recurrir a los servicios de un abogado en este expediente.

Un aspecto muy criticable es la situación, que puede ser lógica pero muy costosa, de que para imponer una pequeña multa al fiscal haya que convocar a la mesa de la Asamblea de Estados Parte. ¡Menos mal que es la Mesa y no la Asamblea misma la que debe ser convocada!

Consideramos que hubiera sido preferible que las normas de desarrollo del Estatuto hubiesen quedado habilitadas para crear y regular órganos específicos de control de la responsabilidad disciplinaria, como garantes del respeto a la legalidad derivada del Estatuto y su desarrollo por cuantos han de aplicarlos (magistrados, fiscal, fiscal adjunto). En definitiva, preferiríamos una regulación de la competencia del órgano, la legitimación y del procedimiento más viables y menos disuasorias. Aquí, como en tantas otras cuestiones, el futuro que auspiciamos prometedor y pluricentenario de la recién alumbrada Corte deberá deparar mejoras normativas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Hacia una Justicia Internacional*, XXI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (9 a 11 junio de 1999), Ministerio de Justicia/Banco Santander Central Hispano/Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- AMBOS, K./GUERRERO, O. J. (coords.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- BACHMAIER WINTER, L., «Imparcialidad judicial y recusación de jueces y magistrados fundada en manifestaciones extraprocesales», en el vol. col. *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, I, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.
- BASSIUONI, M. C., «A New Frontier for the Defence of Human Dignity: From the Ad Hoc Tribunal to an International Criminal Court. Competence and Jurisdiction of an ICC», en *Towards the Establishment of a Permanent International Criminal Court, Proceedings of the Conference held in Valletta (Malta) in september 1997*, No Peace Without Justice/University of Malta, 1998, pp. 27-57.
- *The Statute of International Criminal Court and Related Instruments: Legislative History 1994-2000*, Transnational Publishers, Ardsley (New York), 2001.
- BUENO ARÚS, F., «El Tribunal Penal Internacional», en AA. VV., *Consolidación del Derecho y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Seminario Conmemorativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pp. 365-382.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. (coord.), *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992.
- DE LA OLIVA SANTOS, A./DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOME GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J., «Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento a los números 1836-7, Madrid, 1999.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como institución internacional», en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 171-203.
- «El Principio de Complementariedad», en Yáñez-Barnuevo, J. A. (coord.), *La Justicia Penal Internacional...*, pp. 78-100.
- «Hacia una Justicia Penal Internacional. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en Abogacía General del Estado, *Hacia una Justicia Penal Internacional*, cit., pp. 499-526.
- «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», en Escobar Hernández, C. (coord.), *Creación...*, pp. 31-44.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, Núm. 4, Boletín Oficial del Estado/Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C./YAÑEZ BARNUEVO, J. A., «The International Criminal Court and the United Nations: A Complex and Vital Relationship», en Lattanzi, F./Schabas, W. A. (coords.), *Essays on the Rome Statute...*, Vol. II, Parte I, (en prensa).
- FLORES LIERA, S., «Single Judge, Replacement, and Alternative Judges», en Lee R. S., (coord.), *The International Criminal Court: Elements...*, cit., pp. 310-313.
- GARCÍA LABAJO, J. M., «Aspectos Procesales del Estatuto de la Corte Penal Internacional: el Juicio, el Recurso, la Cooperación Internacional y la Ejecución de las Penas», en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 473-489.
- GIMENO SENDRA, V., «Las experiencias de los Juicios de Núremberg y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional», en *La Ley*, Núm. 4457 (14 enero 1998), pp. 1-3.



- GÓMEZ GUILLAMÓN, R., «El Ejercicio de la Acción Pública en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en Pelladini, C. (coord.), *Adaptación...*, pp. 252-256.
- «La Creación de la Corte Penal Internacional: Antecedentes», en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 159-170.
- «La Instrucción (Investigación) en la Corte Penal Internacional», en *Estudio jurídico. Ministerio Fiscal*, Vol. IV, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, pp. 257-284.
- GÓMEZ COLOMER, GONZÁLEZ CUSSAC, CARDONA LLORÉNS, (coords.), *La Corte Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1993.
- HALL, C. K., «The First Five Session of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court», en *The American Journal of International Law*, Vol. 94, octubre 2000, pp. 773 y ss..
- LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, «Basic Principles. For an Independent and Effective International Criminal Court», en *International Criminal Court Briefing Series*, Vol. I, Núm. 9, Lawyers Committee Human Rights, Nueva York, mayo 1998.
- LEE, R.S., *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley (New York), 2001.
- LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. N., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.
- MORA SÁNCHEZ, J. M., *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Comares, Bilbao-Granada, 2001.
- OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- PALOMINO, R., *Derecho a la intimidad y religión*, Comares, Granada 1999.
- PELLADINI, C. (coord.), *Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el Derecho internacional humanitario*, Reunión de Expertos de Países Iberoamericanos, Madrid, 10-12 de marzo de 1999, Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, 2000.
- PIGNATELLI MECA, F., «Los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma», en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 229-380.

- RELAÑO PASTOR, E., *La protección internacional de las minorías religiosas*, C.E.P.C, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ CEDEÑO, V., «La Corte Penal Internacional. Un comentario sobre su competencia y el carácter complementario en relación con los órganos del Estado», en AA.VV., *Temas de Derecho Internacional*, Vol. I, San Juan de Puerto Rico, 1996, pp. 87-122.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Análisis del Tribunal Penal Internacional», en *Jornadas sobre Fuerzas Armadas y Derechos Humanos*, Sevilla, 1999, pp. 1-14.
- «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en Escobar Hernández, C. (coord.), *Creación...*, pp. 133-166.
- «Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Vol. IV, Centro de Estudio de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, pp.215-254.
- «El crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en AA.VV., *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*, XII Seminario Duque de Ahumada, Ministerio del Interior, Madrid, 2001.
- «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma», en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 381-439.
- «Un estudio sobre la Parte general del Derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales de Derecho penal», en Yáñez-Barnuevo, J.A. (coord.), *La Justicia Penal Internacional...*, pp. 127-156.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., (coord.), *Número Extraordinario Commemorativo y Monográfico sobre la Corte Penal Internacional de la Revista de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000.
- YAÑEZ-BÁRNUEVO, J. A., «De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional», en AA.VV., *50 Aniversario de la Declaración de Derechos Humanos*, Fundación el Monte, Sevilla, 1999, pp.45-64.
- «El Estatuto de Roma como Tratado y la Corte Penal como Institución», en Carrillo Salcedo, J. A. (coord.), *La Criminalización...*, pp. 141-155.
- «El papel del grupo de Estados afines en la elaboración y el desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en Corcuera, S./Guevara, J. A. (coord.), *Justicia...*, pp.165-177.
- «El proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma», en *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 75, enero-junio 2000, pp. 107-122; Id. en Yáñez-Barnuevo, J. A., (coord.), *La Justicia Penal Internacional...*, pp. 37-52.

- «Hacia la Puesta en Marcha de la Corte Penal Internacional», en Abogacía General del Estado, *Hacia una Justicia...*, pp. 703-710.
- «Situación actual del desarrollo del Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en AA.VV., *La privatización de la empresa pública en el ámbito de la defensa y otros estudios jurídico-militares*, I Jornada de Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de la Defensa, Ministerio de Defensa., Madrid, 2000, pp.483-493.
- «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas» en Escobar Hernández, C. (coord.), *Creación...*, pp.17-28.
- YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una Perspectiva Iberoamericana*, Ed. Casa de América, Madrid, 2001.

## RESUMEN

Este artículo trata de destacar el relieve histórico de que por primera vez la humanidad goce de un órgano jurisdiccional permanente y con vocación de universalidad para enjuiciar la responsabilidad penal de personas físicas por las conductas más graves y atentatorias contra la dignidad de la persona. En la primera parte se expone una síntesis de la estructura básica del proceso y de los órganos de la Corte Penal Internacional. En las partes siguientes se destacan algunas de las aportaciones de la delegación española a la regulación del proceso y se realiza un breve análisis de algunas garantías de la jurisdicción.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, proceso penal internacional.

## ABSTRACT

This article aims to highlight the historic importance that for the first time humanity enjoys a permanent, universal, jurisdictional institution to judge the criminal responsibility of physical persons for the most serious and damaging conduct against the dignity of the person. In the first part the author sets out a synthesis of the basic structure of the trial and of the organs of the International Criminal Court. In the subsequent parts he shows some of the contributions of the Spanish Delegation to the regulation of the trial, and gives a brief analysis of some guarantees of the jurisdiction.

Key words: International Criminal Court, international criminal trial.



**LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN PENAL  
DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN EL CONTEXTO  
DE LA REPRESIÓN DE LAS VIOLACIONES DEL DERECHO  
INTERNACIONAL HUMANITARIO\***

Julio JORGE URBINA  
*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Santiago de Compostela*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La dramática espiral de violencia desencadenada por los actuales conflictos armados, en los que asistimos a diario a una sucesión de matanzas de civiles inocentes, de torturas, de violaciones sistemáticas de mujeres o de desplazamientos forzados ante la indiferencia deliberada de los beligerantes, ha puesto nuevamente en evidencia las dificultades con las que tropieza la defensa de la dignidad humana en el mundo de hoy en día. En efecto, ya se trate de grupos armados o de fuerzas gubernamentales, las muertes indiscriminadas, las mutilaciones, la violencia y la explotación sexuales, los tratos humillantes y degradantes o los desplazamientos forzados no son consecuencias accidentales de los conflictos, sino que en la mayoría de los casos son el fruto de una política de terror con la que se busca acelerar el sometimiento del adversario, e incluso su aniquilación.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Repercusiones para España de las nuevas dinámicas e instrumentos de cooperación internacional en materia penal» (BJU2001-3202), subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Esta situación ha servido de acicate a la comunidad internacional para promover una aplicación efectiva del Derecho Internacional Humanitario al objeto de reducir la magnitud de los sufrimientos a los que se ven sometidas las víctimas de los conflictos armados. Para ello se ha insistido, entre otras medidas, en la necesidad de reforzar los mecanismos e instrumentos represivos a fin de que se pueda llevar ante la justicia a quienes hayan participado en la comisión de tales crímenes y, con ello, poner fin a la cultura de impunidad (1).

Pero este reforzamiento de los mecanismos destinados a castigar las violaciones graves de las normas humanitarias –por la doble vía de crear nuevas jurisdicciones penales internacionales *ad hoc* o de carácter permanente o de revitalizar los mecanismos de cooperación penal, facilitando la acción de los tribunales estatales sobre la base del principio de justicia universal– está planteando una serie de problemas de carácter jurídico y político cuando se ven envueltos en tales crímenes los más altos dirigentes del Estado, pues en tales casos esta pretensión de justicia, así como la necesidad de difundir el mensaje de que nadie está por encima de la ley, puede llegar chocar con las estructuras más tradicionales del ordenamiento jurídico internacional –que a pesar de los cambios experimentados siguen firmemente arraigadas–, basadas en el respeto de la soberanía e igualdad de los Estados, una de cuyas expresiones es la figura de la inmunidad.

Así, en la práctica reciente, diferentes asuntos planteados ante tribunales internos (como los casos *Pinochet*, ante los tribunales británicos, *Gadafi*, ante los tribunales franceses, o *Yerodia*, ante los tribunales belgas –con el corolario de la intervención del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) a través de su sentencia de 14 de febrero de 2002–) o internacionales (como los casos *Milosevic*, ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, o *Taylor*, ante el Tribunal Especial para Sierra Leona) han suscitado un vivo debate, tanto entre los jueces encargados de su resolución como entre la doctrina, en torno al alcance de las

---

(1) Así se ha puesto de relieve desde distintas organizaciones y conferencias internacionales. Dentro de las Naciones Unidas debemos referirnos a la posición expresada por el Consejo de Seguridad, entre otras, en la Declaración de su Presidente de 15 de diciembre de 2003 (S/PRST/2003/27); por la Comisión de Derechos Humanos, en su Resolución 2005/81 sobre impunidad, de 21 de abril de 2005. La Organización de Estados Americanos ha destacado, igualmente, esta obligación en la Resolución 2052 (XXXIV-O/04) de su Asamblea General, de 8 de junio de 2004, sobre promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario. En la misma línea se ha pronunciado la 28ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (2-6 de diciembre de 2003) en su Resolución 1, relativa a la adopción de la Declaración y el Programa de Acción Humanitaria.

inmidades de que gozan los distintos órganos del Estado, particularmente sus dirigentes políticos, y su compatibilidad con la búsqueda cada vez más extendida dentro de la propia comunidad internacional del enjuiciamiento sin excepciones de todas aquellas personas, al margen de su posición oficial, que hayan participado en la comisión de crímenes de guerra.

Nos encontramos, por tanto, ante un tema enormemente espinoso cuyo análisis se ve dificultado por la incertidumbre y ambigüedades que siguen rodeando al régimen jurídico, en buena medida consuetudinario, de la inmunidad del Estado y de sus órganos (2); y porque en él se ponen de relieve las tensiones a las que se ve sometido el Derecho internacional entre la estructura esencialmente interestatal de este ordenamiento jurídico y los desarrollos derivados de la afirmación de una serie de valores colectivos a cuyo respeto estarían sometidos los Estados (3). Por ello, en nuestra opinión, debe abordarse esta cuestión con una buena dosis de cautela, tratando de deslindar lo que serían nuestros deseos de reducir lo más posible la impunidad frente a las graves violaciones de las normas humanitarias, del panorama que sobre esta cuestión nos ofrece la práctica internacional.

A tenor de ello, examinaremos el alcance de las inmidades de jurisdicción penal de las que se benefician los agentes estatales –especialmente, sus más altos dirigentes políticos– con el propósito de determinar su relevancia en el contexto de la persecución de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (4), poniendo de manifiesto ya desde un principio que si bien las posibilidades de que esta figura pueda servir como una excusa se han visto sensiblemente reducidas, no es posible en la actualidad afirmar su completa superación en el caso de crímenes de guerra.

---

(2) En este sentido, *vid.* Santiago TORRES BERNÁRDEZ: «Acerca de las inmidades del Jefe del Estado o de Gobierno en Derecho internacional y de sus límites», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 643.

(3) En este sentido, Pierre-Marie DUPUY ha hablado del enfrentamiento de la *lógica del Lotus* y la *de Nuremberg*, que, en sus palabras, constituye «un nouvel épisode de la tectonique des fondements du droit international contemporain». «Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, n° 2, pp. 292-293.

(4) Por ello, no entraremos a analizar otros aspectos de esta figura que también están resultando polémicos, como es la posible alegación de inmunidad del Estado frente a reclamaciones civiles por violaciones de los derechos humanos ante tribunales extranjeros.

## II. LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. ALCANCE Y CONTENIDO

Tradicionalmente, en virtud del principio de igualdad soberana, expresión de una concepción horizontal de la sociedad internacional que aún sigue imperando en la actualidad (5), todos los Estados han aceptado en interés mutuo limitar la jurisdicción de sus tribunales cuando se trate de un Estado extranjero. Ello se ha traducido en el plano jurídico internacional en el reconocimiento a los Estados de una serie de inmunidades jurisdiccionales, que impiden que se puedan ver sometidos a la acción de tribunales extranjeros. En efecto, como ya reconociera el juez MARSHALL en el asunto *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others* (1812) «[d]ado que el mundo está compuesto de soberanías distintas, que poseen iguales derechos e igual independencia, y a cuyo beneficio mutuo contribuyen las relaciones que mantienen entre sí y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades requieren, todos los soberanos han aceptado en la práctica y en determinadas circunstancias una limitación de la jurisdicción absoluta y completa que les confiere la soberanía dentro de sus respectivos territorios» (6).

Esta restricción de la soberanía encuentra así su razón de ser en la salvaguardia de la igualdad e independencia de los Estados y no en el deseo de otorgarles una protección indiscriminada (7). De ello podemos deducir

---

(5) Así lo reconoció el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso *Blaskic* al afirmar que «[l]a communauté internationale est essentiellement composée d'États souverains, tous jaloux de leurs prérogatives et privilèges de souveraineté et insistant sur leur droit respectif à l'égalité et au respect total par les autres États de leur domaine réservé». TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur v. Tihomir Blaskic (Affaire n° IT-95-14)*, 29 Octobre 1997, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la Décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, párr. 40.

(6) Versión en español contenida en «Segundo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por le Sr. Kompong Sucharitkul, Relator Especial», Doc. A/CN.4/331 y Add.1, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, 1ª parte, párr. 75, p. 228.

(7) *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/2001 (Sala Segunda), de 17 de septiembre de 2001 (B.O.E. núm. 251, 19 de octubre de 2001). En efecto, ya en el antes citado asunto *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others* el juez MARSHALL tuvo oportunidad de concluir: «Esta perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos, y ese interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos, han dado lugar a una categoría de situaciones en las que se entiende que cada soberano renuncia al ejercicio de una parte de esa jurisdicción territorial plena y exclusiva de la que se ha dicho que es un atributo de todas las naciones». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, 1ª parte, párr. 75, p. 229.



que el propósito de esta figura es doble: garantizar al Estado el desarrollo de sus funciones en el plano interno e internacional sin interferencias externas y preservar su dignidad, que se vería mermada sensiblemente si tuviera que someterse a las exigencias de los tribunales de otro Estado (8).

Estas inmunidades jurisdiccionales reconocidas al Estado en su conjunto se extienden a todos sus órganos, entendidos éstos en un sentido amplio como todas las personas cuyos actos son internacionalmente atribuibles al Estado (9), de tal modo que los agentes estatales están igualmente amparados y en el ámbito penal gozarían de inviolabilidad y de inmunidad de jurisdicción (10). Esto significa que no se podría iniciar ningún procedimiento penal ante tribunales extranjeros contra ellos cuando hayan cometido una infracción en el ejercicio de sus funciones oficiales, sino que sus actos se atribuirían al Estado que, en su caso, respondería internacionalmente (11). Así se puso de manifiesto en su momento en el caso *McLeod* (12); posteriormente se ha alegado en los asuntos *Eichmann* –aunque ello no significó su admisión por el tribunal– (13), y, más recién-

---

(8) Cfr. Ian BROWNLIE: *Principles of Public International Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 328-329.

(9) Sobre el concepto de órgano a los efectos del reconocimiento de inmunidad, cfr. Joe VERHOEVEN: «Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», en VERHOEVEN, J. (dir.): *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 65-68.

(10) Vid. Victoria ABELLÁN HONRUBIA: «La responsabilité internationale de l'individu», *R.C.A.D.I.*, vol. 280, 1999, p. 220.

(11) Así, en su momento KELSEN afirmó que [t]he collective responsibility of a State for its own acts excludes, according to general international law, the individual responsibility of the person who, as a member of the government, at the command or with the authorization of the government, has performed the act. This is a consequence of the immunity of the State from the jurisdiction of another State. This rule is not without exceptions but any exception must be based on a special rule of customary or conventional international law restricting the former». «Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals», *California Law Review*, vol. 31, 1943, n° 5, pp. 540-541.

(12) Este caso se refería al enjuiciamiento de un militar británico detenido y acusado de las muertes ocasionadas por la fuerza británica enviada en 1837 a territorio norteamericano a capturar al buque *Caroline*. En este contexto, el Secretario de Estado de EE.UU., WEBSTER, se dirigió al Fiscal General el 15 de marzo de 1841, manifestando: «That an individual forming part of a public force, and acting under the authority of his Government, is not to be held answerable, as a private trespasser or malefactor, is a principle of public law sanctioned by the usages of all civilized nations». Al respecto, vid. Robert Y. JENNINGS: «The *Caroline* and *McLeod* cases», *A.J.I.L.*, vol. 32, 1938, n° 1, p. 94.

(13) A este respecto, el Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 29 de mayo de 1962 señaló: «The theory of 'Act of State' means that the act performed by a person as an organ of the state –whether he was the head of the state or a responsible official acting on the government's orders– must be seen as an act of the state only. It follows that the state

temente, el TPIY lo ha vuelto a afirmar en el caso *Blaskic* (14). En todo caso, es preciso aclarar que la protección que se les confiere no trata de garantizarles un estatuto de privilegio, ni exonerarles de la responsabilidad que pudiera incumbirles por las eventuales infracciones cometidas, sino preservar el libre ejercicio de sus funciones públicas sin interferencias que puedan obstaculizarlo (15).

Estas inmunidades, calificadas como *ratione materiae*, se basan en la distinción de los actos realizados por los órganos del Estado en razón de su carácter público o privado, de modo que la inmunidad abarcaría únicamente los primeros, mientras que los segundos podrían ser enjuiciados por cualquier tribunal extranjero. Asimismo, poseen un carácter permanente, lo que significa que tales personas no estarían sometidas a los órganos judiciales de otros Estados una vez que hayan cesado en el ejercicio de sus

---

alone bears responsibility therefore, and it also follows that another state has no right to punish the person who committed the act, save with the consent of the state whose mission he carried out. Were it not so, the first state would be interfering in the internal affairs of the second, which is contrary to the conception of the equality of states based on their sovereignty» (párr. 14) (Texto de la sentencia de apelación disponible en Internet <URL: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Appeal>>, 2 de febrero de 2005).

(14) En este asunto, los jueces de la Sala de Apelación afirmaron: «La Chambre d'appel rejette la possibilité que le Tribunal international puisse décerner des injonctions aux responsables officiels des États agissant ès qualités. Ces officiels ne sont que des agents de l'État et leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'État. Ils ne peuvent faire l'objet de sanctions ou de pénalités pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom d'un État. En d'autres termes, les responsables officiels des États ne peuvent subir les conséquences des actes illicites que l'on ne peut leur attribuer personnellement mais qui sont imputables à l'État au nom duquel ils agissent: ils jouissent d'une immunité dite fonctionnelle. C'est là une règle bien établie du droit international coutumier qui remonte aux dix-huitième et dix-neuvième siècles et qui, depuis, a été réaffirmée à de nombreuses reprises». *Le Procureur v. Tihomir Blaskic ...*, *cit.*, párr. 38.

(15) Así lo ha reconocido el TIJ en el asunto *Yerodia* en relación con las inmunidades otorgadas al Ministro de Asuntos Exteriores, pero que puede ser extendida al resto de los órganos del Estado. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, *CIJ Recueil*, 2002, párr. 53. Entre la doctrina, *vid.* Christian DOMINICÉ: «Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», *C.E.B.D.I.*, vol. II, 1998, p. 315.

En esta misma línea se expresó Lord BROWNE-WILKINSON en la Decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 en el asunto *Pinochet*: «Immunity *ratione materiae* applies not only to ex-heads of state and ex-ambassadors but to all state officials who have been involved in carrying out the functions of the state. Such immunity is necessary in order to prevent state immunity being circumvented by prosecuting or suing the official who, for example, actually carried out the torture when a claim against a head of state would be precluded by the doctrine of immunity». *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for Metropolis and Others, ex parte Pinochet; Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, House of Lords, 24 March 1999 (Pinochet n° 3), en *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, p. 594.

funciones oficiales, pues en este caso las inmunidades se ligan a la naturaleza del acto y no al cargo (16). El problema que se suscita en este caso, sin embargo, es deslindar cuando los agentes estatales están actuando en el desempeño de sus funciones públicas o a título privado.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el alcance de las inmunidades jurisdiccionales es diferente cuando nos encontremos ante determinados cargos públicos, como son el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores –sin que sea posible constatar una extensión de estas inmunidades a otros miembros del gobierno–, los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero y los miembros de una misión especial (17). En este caso nos encontramos ante inmunidades *ratione personae* que se confieren en virtud del cargo que desempeñan estas personas y se justifican en razón de que ostentan la máxima representación del Estado, constituyendo incluso una personificación de su soberanía e igualdad –sobre todo, en el caso del Jefe del Estado (18)–, y

---

(16) Entre la doctrina, *vid.* Paola GAETA : «Official capacity and immunities», en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 975-976; Antonio CASSESE : *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 266; Dapo AKANDE: «International law immunities and the international criminal court», *A.J.I.L.*, vol. 98, 2004, n° 3, pp. 412-413.

(17) Tales inmunidades, especialmente las de carácter diplomático, aparecen recogidas en diferentes instrumentos convencionales, como el art. 31, 1 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961; el art. 43, 1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963; el art. 30 de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal de 14 de marzo de 1975; los arts. 21, 1 y 31, 1 de la Convención sobre misiones especiales de 16 de diciembre de 1969 el art. 1, 1 del Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973; e, implícitamente, en el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004, para excluirlas de su ámbito de aplicación. En esta misma línea, el TIJ reconoció que «il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales». *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 51.

(18) Así, según señaló en su día en Tribunal de apelación de Argel «suivant un principe de droit international universellement admis, les souverains et les chefs d'Etat participent de l'indépendance de l'Etat dont il sont les représentants» (Cour d'appel d'Alger –1<sup>re</sup> ch.–, *Ben Aïad c. Bey de Tunis*, 22 janvier 1914, *Journal du Droit International Privé*, vol. 41, 1914, p. 1291). En esta línea, dentro de la doctrina, *vid.* Arthur WATTS: «The legal position in international law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *R.C.A.D.I.*, vol. 247, 1994-III, pp. 35-38; Eduardo VILARIÑO PINTOS: «La diplomacia directa. Su alcance y valor actual», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2000*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco/Tecnos, Madrid, 2001, p. 315.

son los más altos responsables del diseño y desarrollo de su política exterior (19).

Por ello, estas personas van a gozar de una inviolabilidad personal y de una inmunidad de jurisdicción penal absolutas mientras dure su mandato o sus funciones oficiales, con independencia de la naturaleza pública o privada de los actos que realicen, sin que sea posible apreciar en la práctica estatal ninguna excepción (20). Pero, frente a las inmunidades *ratione materiae*, poseen un carácter temporal, de modo que nada impediría el enjuiciamiento de actos realizados durante el desempeño de sus funciones una vez que hubieran dejado su cargo. Así, los antiguos Jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores solo van a gozar de inmunidad por los actos de carácter público llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones, no así en relación con los de carácter privado.

Es en este contexto, como tendremos oportunidad de comprobar, donde se debe valorar la relevancia del reconocimiento de la responsabilidad del individuo por la comisión de crímenes de guerra y el desarrollo de diferentes mecanismos para su persecución en tanto que límites al alcance de esta figura, teniendo en cuenta que la inmunidad no puede ser equiparada a irresponsabilidad, sino que constituye únicamente una excusa de carácter procesal que impide a un determinado tribunal extranjero el ejercicio de su jurisdicción, pero que no imposibilita totalmente el enjuiciamiento de los implicados en dichos crímenes, ni los exonera de responsabilidad.

### III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR CRÍMENES DE GUERRA COMO LÍMITE A LAS INMUNIDADES JURISDICIONALES

Una vez esbozado el alcance de las inmunidades jurisdiccionales de los órganos estatales –con las incertidumbres que siguen rodeando a esta figu-

---

(19) En efecto, como reconocieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, «immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system». *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, párr. 75. Entre la doctrina, *vid.* Christian DOMINICÉ: «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien Chef d'Etat», *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, n° 2, p. 301 ; Hazel FOX : *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 426-427.

(20) Al respecto, *vid.* Darryl ROBINSON: «The impact of the human rights accountability movement on the international law of immunities», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XL, 2002, pp. 161-162.

ra de naturaleza esencialmente consuetudinaria—, se nos suscita la cuestión de su compatibilidad con el reconocimiento de que las violaciones graves de las normas humanitarias no sólo son atribuibles al Estado en su conjunto —y, por tanto, susceptibles de generar una responsabilidad internacional de éste—, sino que, además, constituyen auténticos crímenes, que exigen una sanción penal a todas aquellas personas que hayan participado en la comisión de tales hechos, pues como admitió el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, «crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions on international law be enforced» (21).

Sin duda alguna, las dimensiones y la naturaleza particularmente aberrante de los crímenes de guerra han exigido, como reacción a las dramáticas consecuencias de los conflictos armados para sus víctimas, que el castigo por tales conductas alcance a todos los que hayan participado de un modo u otro en su planificación y ejecución, sin que la condición de agente estatal sirva como excusa suficiente para exonerarle de cualquier eventual castigo. Esto significaría, en principio, que la posibilidad de alegar las inmunidades que tradicionalmente se reconocían a los órganos del Estado para impedir que un tribunal considerado competente para conocer de hechos que podrían ser calificados como crímenes de guerra pueda entrar a su enjuiciamiento quedaría sensiblemente limitada.

Sin embargo, siguen persistiendo numerosas dudas en torno a la vigencia o no de la figura de las inmunidades (22), así como a su posible arrumbamiento por la creciente relevancia atribuida a la represión, entre otros, de los crímenes de guerra en un contexto internacional cada vez más consciente de la necesidad de poner fin a la impunidad en que se mueven quienes cometen estos actos (23). En este sentido, debemos plantearnos en qué medida el reforzamiento de los instrumentos conducentes a exigir la responsabilidad internacional del individuo han limitado o excluido la posibilidad de alegar las inmunidades jurisdiccionales o si, tal como se reconocía en el Derecho internacional clásico, la circunstancia de actuar en nombre y por cuenta del Estado sigue sirviendo en algún caso como excusa válida y suficiente para eludir un eventual castigo en caso de violaciones graves de las normas humanitarias.

---

(21) *International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences. October 1, 1946, A.J.I.L.*, vol. 41, 1947, n° 1, p. 221.

(22) En este sentido, vid. DUPUY, *op. cit.*, p. 293.

(23) En la línea de la incompatibilidad de la noción de crímenes de Derecho internacional y la figura de las inmunidades jurisdiccionales, vid. Andrea BIANCHI: «Immunity versus human rights: The Pinochet case», *E.J.I.L.*, vol. 10, 1999, n° 2, pp. 276-277.

A. EL FORTALECIMIENTO DE LOS MECANISMOS REPRESIVOS COMO REFLEJO DE LA IMPORTANCIA ATRIBUIDA A LA SANCIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA DENTRO DEL SISTEMA DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En el actual contexto internacional, la trágica reiteración de violaciones de los derechos humanos en los conflictos armados ha dejado patente de nuevo las dificultades con las que tropieza la aplicación del Derecho Internacional Humanitario ante la constatada falta de efectividad de los medios preventivos y de control establecidos convencionalmente. Ante esta situación, y a tenor de las graves consecuencias que acarrea su incumplimiento, trasciende de nuevo la importancia de dotar a este sector normativo de un conjunto de mecanismos e instrumentos que permitan garantizar la eficacia de sus normas (24). A tal efecto, se ha insistido, en particular, en el castigo de quienes hayan participado en la comisión de crímenes que repugnan al conjunto de la comunidad internacional por atentar contra las más elementales consideraciones de humanidad, pues, además de contribuir a la disuasión y la prevención de futuros crímenes, «[l]a acusación y el juicio imparciales de los distintos sospechosos pueden contribuir considerablemente a fomentar la confianza y facilitar la reconciliación en las sociedades después de los conflictos» (25).

Sin embargo esta preocupación por asegurar el respeto del Derecho Internacional Humanitario no es novedosa, sino que se reflejó en su momento en la introducción en los Convenios de Ginebra de 1949 –y reiterada en el art. 1, 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (Protocolo I de 1977)– del art. 1 común, por el cual todos los Estados asumen el compromiso colectivo de respetar y hacer respetar dichas normas en todas las circunstancias. Esta doble obligación, que durante mucho tiempo había sido vista, en palabras

---

(24) Sobre el alcance y relevancia de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, entre la amplísima bibliografía, *vid.* en la doctrina española: Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: «El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia», *R.E.D.M.*, nº 77, 2001, pp. 331-355; Esperanza ORIHUELA CALATAYUD: «El control del cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados», en *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 3-64; Joaquín CÁCERES BRUN: «El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO; J.L. (coord.): *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 623-644.

(25) *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001, párr. 11, p. 3.

de CONDORELLI, como «une sorte de clause de style, un coquille vide, dépourvue de portée juridique véritable» (26), desempeña un papel esencial dentro del proceso de aplicación de este sector normativo (27), pues es expresiva del interés que tienen todos los Estados, al margen de su implicación en un conflicto armado, en que las normas humanitarias sean respetadas por los contendientes (28), quedando habilitados –bien individualmente, bien de forma concertada en colaboración con las Naciones Unidas, según establece el art. 89 del Protocolo I de 1977 (29)– para adoptar las medidas que resulten apropiadas frente a cualquier violación de las mismas (30). Corresponde, por tanto, a los Estados la principal responsa-

---

(26) «L'évolution des mécanismes visant à assurer le respect du droit international humanitaire», en *L'évolution du droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Pedone, Paris, 1998, p. 129.

(27) En efecto, como ha reconocido la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, «la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos y el derecho humanitario incluye el deber de: prevenir las violaciones, investigarlas, tomar las medidas apropiadas contra los violadores y proporcionar recursos jurídicos y reparación a las víctimas». *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario, a obtener reparación*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996, p. 3. En esta misma línea, en la Declaración adoptada el 5 de diciembre

(28) Así tuvo oportunidad de recalcarlo el TPIY en su sentencia de 14 de enero de 2000 sobre el caso *Kupreskic* cuando afirmó que «[e]n raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques, à savoir d'obligation d'un État envers un autre. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* (qui porte précisément sur les obligations relatives aux droits fondamentaux de la personne), elles énoncent des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, ce qui fait que chacun des membres de cette communauté a un «intérêt juridique» à leur observation et, par conséquent, le droit d'exiger qu'elles soient respectées». TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, alias «Vlado» (affaire n° IT-95-16-T)*, Jugement, 14 janvier 2000, párr. 519.

(29) Aunque el alcance de este precepto no queda muy claro, sí podemos constatar, como hace CONDORELLI, que es expresión de la existencia de una obligación colectiva de toda la comunidad internacional y de las Naciones Unidas para actuar o reaccionar contra las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, según ha puesto de relieve la práctica reciente de la Organización en relación con los llamados conflictos armados de la posguerra fría («Le Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence», *C.E.B.D.I.*, vol. I, 1997, pp. 251-252). Así se reflejó en la Recomendación VII elaborada por el Grupo de Expertos Gubernamentales para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 23-27 de enero de 1995) (*R.I.C.R.*, n° 127, enero-febrero de 1995, pp. 40-41), que es asumida por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en su Resolución I (*R.I.C.R.*, n° 133, enero-febrero de 1996, pp. 60-62).

(30) En este sentido, *vid.* Jorge PUEYO LOSA: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, tribunales internos y Corte Penal Internacional», en PUEYO LOSA, J.; JORGE URBIANA, J. (coords.): *El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2002, p. 97.

bilidad de asegurar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, lo que significa, según PÉREZ GONZÁLEZ, que «sobre cada Estado recae, por una parte, el deber de hacer todo lo posible para que dichas disposiciones sean respetadas por sus órganos y en general por el conjunto de personas sujetas a su jurisdicción, y, por otra parte, el deber de actuar de modo apropiado para conseguir que tales disposiciones sean observadas por todos, en particular por los demás Estados» (31). Para dar un adecuado cumplimiento a este doble mandato deberán adoptar en su orden interno las medidas legislativas, administrativas o judiciales que resulten precisas a fin de garantizar la plena eficacia de dichas normas.

Pero es ante situaciones de violación sistemática y generalizada del Derecho Internacional Humanitario, donde se manifiesta de forma más palpable este interés colectivo por garantizar el pleno respeto dichas normas, pues, al margen de la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por tales hechos (32), se ha insistido en el compromiso que asumen todos los Estados de perseguir y castigar a quienes hayan participado en la comisión de estos crímenes en virtud de la obligación de «hacer respetar» el Derecho Internacional Humanitario en todas las circunstancias. En efecto, si bien los Estados en cuyo territorio se cometen estas graves infracciones son los principales responsables de su castigo, ante la evidencia del ambiente de impunidad que se produce con demasiada frecuencia por la incapacidad o la falta de voluntad de sus autoridades para adoptar las medidas apropiadas a este respecto, se habilita a todos los demás Estados y, en general, a la comunidad internacional en su conjunto para que pongan en marcha todos los mecanismos e instrumentos que permitan la represión de dichos comportamientos criminales (33).

---

(31) «Consideraciones sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario con especial referencia a su aplicación en el orden interno», en *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1099-1100. En el mismo sentido, *vid.* Lawrence BOISSON DE CHAZOURNES; Luigi CONDORELLI: «Common article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests», *R.I.C.R.*, vol. 82, n° 837, mars 2000, p. 69.

(32) Así se contemplaba en el art. 3 del IV Convenio de La Haya de 1907, viéndose reafirmado en el art. 91 del Protocolo I de 1977. Sobre esta cuestión, en la doctrina, entre otros, *vid.* Allan ROSAS: «International monitoring mechanisms in situations of armed conflict», en BLOED, A.; LEICHT, L.; NOWAK, M.; ROSAS, A. (eds.): *Monitoring Human Rights in Europe. Comparing International Procedures and Mechanisms*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 224; Marco SASSÒLI: «State responsibility for violations of international humanitarian law», *R.I.C.R.*, vol. 84, n° 846, juin 2002, pp. 401-433.

(33) Esta responsabilidad colectiva de la comunidad internacional para hacer frente a situaciones de impunidad ha sido destacada por el Secretario General de las Naciones Unidas. *Cfr. Informe presentado por el Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, S/2004/431, 28 de mayo de 2004, párr. 39, p. 13.



Además, para evitar cualquier esfera de impunidad se reconoce que el castigo no se circunscribe a los autores materiales de estos actos delictivos, sino que se extiende a quienes los han ordenado, planificado, impulsado o tolerado. Por ello, en consonancia con el especial papel atribuido a los superiores jerárquicos como garantes del respeto del Derecho Internacional Humanitario (34), se establece una cláusula orientada a evitar que queden exonerados de responsabilidad por infracciones de sus subordinados si aquellos tuvieran conocimiento de la infracción y, teniendo autoridad para hacerlo, no tomaran las medidas a su alcance para impedir la o reprimirla (art. 86, 2 del Protocolo I de 1977) (35). En muchos casos esta responsabilidad podría alcanzar incluso a los máximos dirigentes políticos del Estado, sobre todo, en el caso de regímenes autoritarios donde tales crímenes suelen estar promovidos desde el poder.

Para que esta obligación general de represión sea efectiva, y ante la imposibilidad de que en la mayoría de los casos se produzca el castigo en el Estado en el que se produjeron las violaciones, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977, además de tipificar las conductas que bajo la denominación de «infracciones graves» son susceptibles de ser consideradas como crímenes de guerra (36), articulan un mecanismo de cooperación penal que permite a todos los demás Estados, como ya hemos

---

(34) En efecto, en el art. 87 del Protocolo I de 1977 se establecen las obligaciones de los jefes militares en relación con el respeto del Derecho Internacional Humanitario, que van desde la difusión de tales normas entre sus subordinados, como medida preventiva para evitar que las eventuales infracciones puedan ser debidas a ignorancia, hasta la adopción de las medidas que resulten necesarias para evitar cualquier violación cometida por sus subordinados de la que tengan conocimiento, denunciando tales hechos a las autoridades competentes y, en su caso, promoviendo una acción penal o disciplinaria contra sus autores. Sobre esta cuestión, *vid.* Stéphane BOURGON: «La responsabilité des commandants militaires et la mise en œuvre du droit international humanitaire», en BOUSTANY, K.; DORMOY, D. (dirs.): *Perspectives humanitaires. Entre conflits, droit(s) et action*, Brierlyant, Editions de l'ULB, Bruxelles, 2002, pp. 157-178.

(35) En relación con la responsabilidad del superior jerárquico, entre otros, dentro de la doctrina española, *vid.* José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Hitos y experiencias de la justicia penal internacional», en *Hacia una justicia internacional*, Ministerio de Justicia/Civitas, Madrid, 2000, pp. 299-304.

(36) No obstante, es preciso aclarar que la noción de crimen de guerra no se limita a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, sino que comprende otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, incluidas las cometidas en conflictos armados internos, tal como se deriva de los Estatutos y de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y del art. 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que pueden considerarse expresión del alcance de esta figura en la actualidad. Al respecto, *vid.* Georges ABI-SAAB: «The concept of 'war crimes'», en YEE, Sienho; WANG, Tiewa (eds.): *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, pp. 99-118.

avanzado, la persecución y castigo de los responsables, sirviéndose para ello de los órganos judiciales nacionales. Ello supone que deben adoptar medidas legislativas eficaces para garantizar en la esfera interna del Estado la plena operatividad de estas obligaciones de carácter represivo –en línea con la obligación general prevista en el párrafo primero de los arts. 49, 50, 129 y 146 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respectivamente–, tipificando las conductas consideradas como crímenes de guerra, reconociendo la competencia de los tribunales nacionales para conocer de tales infracciones e imponiendo un régimen de penas adecuado (37).

Este deber de cooperación en la represión de las infracciones graves, se concreta en la atribución a todos los Estados –al margen de su participación en el conflicto armado–, en virtud de un principio de jurisdicción universal (38), de la competencia para la persecución y enjuiciamiento de los autores, con independencia de su nacionalidad o del lugar de comisión del crimen (39). No obstante, debemos entender que la obligación enunciada en el párrafo segundo de los arts. 49, 50, 129 y 146 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949 se limita a la persecución y enjuiciamiento de los presuntos delincuentes que se hallen en el territorio del Estado que busca ejercer la jurisdicción. En efecto, como afirma PUEYO LOSA, la fórmula empleada en estos instrumentos convencionales no puede inter-

---

(37) A este respecto, y en relación con la práctica española, *vid.* Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: «Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno: La adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho Internacional Humanitario», en MARINO MENÉNDEZ, *El Derecho internacional en los albores ...*, *cit.*, pp. 533-544.

(38) Al respecto, entre otros, *vid.* PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, pp. 110-130; 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, Madrid, 2003, pp. 63-66; Ángel SÁNCHEZ LEGIDO: *Jurisdicción universal y Derecho internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 142-164.

(39) En efecto, como señaló el Tribunal de Distrito de Jerusalén en el asunto *The Attorney General v. Adolf Eichmann* «The abhorrent crimes defined in this Law are crimes not under Israeli law alone. These crimes which offended the whole of mankind and shocked the conscience of nations are grave offences against the law of nations itself («delicta juris gentium»). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, in the absence of an International Court, the international law is in need of the judicial and legislative authorities of every country, to give effect to its penal injunctions and to bring criminals to trial. The jurisdiction to try crimes under international law is universal» (párr. 12). Texto de la sentencia disponible en Internet: <URL: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Judgment>>, 2 de febrero de 2005.

pretarse en el sentido de que cada Estado parte estaría obligado a poner en marcha la maquinaria de la justicia para conocer de todos y cada uno de los crímenes de guerra que son cometidos en todas y cada una de las partes del mundo, mediante una persecución *urbi et orbi*, pues sería una interpretación tan irrazonable como inoperativa (40). Pero ello no excluye la posibilidad de que de forma facultativa los tribunales internos de un Estado inicien la instrucción de un proceso sin contar con la presencia del presunto culpable en su territorio (jurisdicción universal facultativa) (41). De esta forma, aunque el *locus delicti* es la conexión más natural para la persecución de estos crímenes, no es la única y exclusiva, y, por ello, no sería correcto vincular el principio de persecución universal a la presencia del presunto autor del delito en el territorio del Estado si con ello se pretende afirmar que dicha circunstancia es una condición inexcusable exigida por el Derecho internacional para ejercer su jurisdicción (42).

Para facilitar la cooperación entre los diferentes Estados interesados en el castigo de estos crímenes, junto a este principio de justicia universal –y ligado a él–, se enuncia el principio *aut dedere aut iudicare*, lo que significa que todo Estado parte en cuyo poder se encuentre un presunto responsable de infracciones graves asume la obligación de hacerlo comparecer ante sus propios tribunales internos o entregarlo para que sea juzgado por otro Estado parte que esté en condiciones de hacerlo (arts. 49, 50, 129, 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respectivamente) (43).

Todo ello pone de relieve que los Convenios de Ginebra de 1949, como una manifestación más del *desdoblamiento funcional* a que hiciera referencia SCELLE, dejan la represión de las infracciones graves en manos de los Estados a través de la acción de sus tribunales, que al perseguir estos crímenes no sólo actúan como órganos del Estado, sino en tanto que garantes del respeto del Derecho internacional.

Sin embargo, ante la evidencia cada vez más alarmante, como ya hemos señalado, de crímenes generalizados en los conflictos armados más recientes –unido a la escasa predisposición de muchos Estados a asumir su

---

(40) «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.; REMACHA Y TEJADA, J.R. (eds.): *Cooperación jurídica internacional*, AEPDIRI/BOE/Escuela Diplomática, Madrid, 2001, p. 195.

(41) *Ibidem*, p. 196.

(42) *Vid.* Antonio REMIRO BROTONS: «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», *C.E.B.D.I.*, vol. V, 2001, p. 151.

(43) Sobre esta cuestión. *vid.* M. Cherif BASSIOUNI; Edward M. WISE: *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, pp. 98-102.

compromiso de reprimir estas conductas recurriendo al tradicional mecanismo de cooperación penal basado en el principio de jurisdicción universal (44)–, la comunidad internacional, en virtud de ese interés colectivo plasmado en el art 1 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el art, 89 del Protocolo I de 1977 ya aludidos, ha adoptado en el marco de las Naciones Unidas diversas medidas para promover el respeto del Derecho Internacional Humanitario y hacer frente a la impunidad que esta situación ha generado (45). Fruto de estas iniciativas, hemos asistido a importantes desarrollos en la represión de los crímenes de guerra, tanto en el plano sustantivo –esto es, en cuanto a la definición de las conductas susceptibles de generar responsabilidad internacional del individuo–, como institucional –es decir, en relación con el establecimiento de nuevos órganos y procedimientos para la exigencia de dicha responsabilidad–, que han abierto el camino a un proceso de institucionalización de la sanción penal de estas graves violaciones (46).

Entre las iniciativas destinadas a promover el castigo en un plano internacional de los crímenes de guerra destaca, como sabemos, la creación por parte del Consejo de Seguridad de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que constituyen un hito fundamental en la lucha contra la impunidad (47). En efecto, a pesar de los

---

(44) En relación con los obstáculos que dificultan la represión de los crímenes de guerra a través de los tribunales internos, *vid.* Marco SASSÒLI: «Le rôle des tribunaux pénaux internationaux dans la répression des crimes de guerre», en LATTANZI, F. ; SCISO, E. (eds.) : *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996, pp. 115-118.

(45) Sobre las diversas medidas colectivas adoptadas por las Naciones Unidas para promover el respeto del derecho Internacional Humanitario *vid.* nuestro trabajo *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 301-378.

(46) Al respecto, entre la amplísima bibliografía, *vid.* Mariano J. AZNAR GÓMEZ: «¿Hacia un nuevo régimen internacional penal? Reflexiones sobre el desarrollo reciente de la cuestión en Derecho Internacional Humanitario», en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 126-138; M<sup>a</sup> Dolores BOLLO AROCENA: *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 423-424.

(47) Además, de estos tribunales internacionales hemos de mencionar otras iniciativas dirigidas a promover el castigo de diferentes crímenes de Derecho internacional en diferentes situaciones que han adoptado una forma mixta o híbrida, pues se trata más bien de jurisdicciones nacionales internacionalizadas. Bajo esta denominación incluimos al Tribunal Especial para Sierra Leona (establecido en virtud de un Acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona de 16 de enero de 2002) y a las Salas Especiales establecidas en los Tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática (creadas por una Ley de 10 de agosto de 2001, que ha sido

problemas que suscitó su modo de creación, la labor desarrollada por ambos tribunales, y en particular su jurisprudencia, ha sido esencial en el desarrollo de los medios de sanción penal de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, pues han ampliado las conductas susceptibles de ser calificadas como crímenes de guerra y, en particular, han extendido su represión a los conflictos armados internos, admitiéndose que las violaciones de las normas humanitarias cometidas en este contexto también generan responsabilidad internacional de quienes las hayan cometido, ya sean autoridades gubernamentales o grupos armados (48).

Además, la experiencia de estos tribunales contribuyó de forma decisiva a dar un impulso definitivo al hibernado proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, adoptado en 1994, relativo al establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente (49). En efecto, tras décadas de discusiones infructuosas, este proyecto cobró renovados bríos y en un tiempo relativamente corto se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998, en el seno de una Conferencia diplomática celebrada en Roma. La creación de este nuevo órgano judicial

---

enmendada el 27 de octubre de 2004 para adaptarla al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al Derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática de 6 de junio de 2003, que figura como anexo de la Resolución 57/228B, de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003). Ambos supuestos comparten características de las jurisdicciones internacionales y de los tribunales nacionales, tanto en su composición como en su competencia, que se extiende a los crímenes tipificados tanto en el Derecho internacional como en los respectivos Derechos nacionales o en el no reconocimiento de las inmunidades de los dirigentes políticos, como veremos más adelante. Sobre estos tribunales mixtos o híbridos, *vid.* Daryl A. MUNDIS: «New mechanisms for the enforcement of international humanitarian law», *A.J.I.L.*, vol. 95, 2001, n° 4, pp. 934-952; Yann KERBRAT: «Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées: Les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone», en TAVERNIER, P. (dir.): *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 263-273.

(48) En relación con esta cuestión, *vid.* Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: «El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados internos (Aprovechando el Asunto TADIC)», *R.E.D.M.*, 1996, n° 68, pp. 13-60; Francisco Javier QUEL LÓPEZ: «La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en QUEL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, AEPDIRI/Escuela Diplomática, Madrid, 2000, pp. 79-104; Gabrielle Kirk McDONALD: «Contributions of the International Criminal Tribunals to the development of substantive international humanitarian law», en SIENHO YEE; WANG TIEYA, *International Law ...*, *cit.*, pp. 446-472.

(49) Al respecto, entre otros, *vid.* Antoni PIGRAU SOLE: «Las experiencias de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda», en *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia/BSCH/Civitas, Madrid, 2000, pp. 440-443.

constituye un paso decisivo en el fortalecimiento de los mecanismos de represión, entre otros, de los crímenes de guerra, aunque su competencia material se extiende más allá del Derecho Internacional Humanitario (50).

Pero es preciso recordar que estos importantes avances no eximen a los Estados de sus obligaciones en relación con la represión de los crímenes de guerra, pues como ha reconocido el Secretario General de las Naciones Unidas, «[e]l enjuiciamiento de personas es, ante todo y sobre todo, responsabilidad del Estado de que se trate. La justicia internacional sólo puede complementar esos esfuerzos cuando los Estados están verdaderamente en la imposibilidad de investigar y enjuiciar o no quieren hacerlo» (51). Por ello, se debe insistir, tal como enfatiza el Preámbulo del Estatuto de Roma, en la necesidad de que los Estados sigan tomando medidas precisas para dotar a sus tribunales de competencia para la persecución de estos crímenes y de que ejerzan efectivamente su jurisdicción sobre quienes los hayan perpetrado sin escudarse en la acción de los tribunales internacionales (52). A este respecto, la creación de la Corte Penal Internacional, cuya jurisdicción es complementaria de los tribunales nacionales, ha tenido, sin duda, un efecto dinamizador de dichas obligaciones estatales en relación con la persecución y el castigo de los crímenes de guerra, pues ha servido de aliciente a los Estados para acomodar sus legislaciones a sus compromisos jurídico internacionales, tanto desde la perspectiva de las adaptaciones legislativas sustantivas, como en cuanto al establecimiento de su capacidad competencial por la vía del principio de justicia universal (53).

En todo caso, ya sea a través del recurso a medios represivos internos o internacionales, el fortalecimiento experimentado en el último decenio de las expectativas de persecución de los responsables de la comisión de

---

(50) En relación con la Corte Penal Internacional, dentro de la amplísima bibliografía, *vid.* Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ: «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una justicia...*, *cit.*, pp. 499-526; Isabel LIROLA DELGADO; Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Madrid, 2001; BOLLO AROCENA, *op. cit.*, pp. 517-624; Fernando PIGNATELLI MECA: «La Corte Penal Internacional», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *Derecho Internacional...*, *cit.*, pp. 531-560; Carmen QUESADA ALCALÁ: *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

(51) *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001, párr. 12, p. 3.

(52) Al respecto, *vid.* Luigi CONDORELLI: «La Cour pénale internationale: Un pas de géant pourvu qu'il sois accompli ...», *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, nº 1, pp. 19-20; REMIRO BROTONS, «Desvertebración ...», *cit.*, p. 172.

(53) *Vid.* Jorge PUEYO LOSA: «Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia», *R.E.D.M.*, nº 83, 2004, pp. 44-45.

violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario suscita una serie de interrogantes de carácter jurídico y político, entre los que destacamos la posibilidad de que estos individuos, acusados de crímenes particularmente odiosos, puedan recurrir a su condición de órganos del Estado –y, por tanto, al cargo oficial que desempeñan o han desempeñado– para escapar de cualquier tipo de sanción al amparo de las inmunidades que les concede el Derecho internacional.

#### B. LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN CONSUECUDINARIA DEL PRINCIPIO DE LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL EN RELACIÓN CON LOS CRÍMENES DE GUERRA

El reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de guerra aparece desde sus orígenes íntimamente ligado a la irrelevancia del cargo oficial como posible causa de exoneración de responsabilidad, pues la admisión de esta circunstancia haría imposible el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cuando las personas que se vean implicadas en estas infracciones aleguen que actúan por cuenta del Estado o en el ejercicio de sus funciones oficiales. De este modo, todos los agentes estatales, incluidos los más altos dirigentes, van a ser responsables internacionalmente por la comisión de crímenes de guerra, de forma que, como veremos, no podrán ampararse en la inmunidad *ratione materiae*, aunque en relación con los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Asuntos Exteriores la exigencia de responsabilidad se verá mediatizada por la persistencia de las inmunidades *ratione personae*.

El principio de la improcedencia de cargo oficial ya figuraba de forma implícita en el Tratado de Paz de Versalles de 1919, en el que se preveía el enjuiciamiento del ex-kaiser Guillermo II ante un tribunal internacional, acusado de «suprema ofensa a la moral internacional y a la santidad de los Tratados» (art. 227), y de otros miembros del Gobierno o del Ejército alemanes que hubieran cometido violaciones de las leyes y usos de la guerra ante tribunales militares de las Potencias aliadas (art. 228). En ninguno de los dos casos se contemplaba la posibilidad de que los acusados pudieran alegar el ejercicio de funciones públicas por cuenta del Estado como causa de exoneración de responsabilidad.

Al margen de este antecedente, es en el art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, contenido en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, donde se recoge por vez primera este principio. En

dicho precepto se establece que «[l]a posición oficial de los acusados, sea como jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo». Desde entonces hasta la actualidad se ha repetido una disposición similar en los Estatutos de todos los tribunales internacionales creados para la represión, entre otras, de las violaciones graves de las normas humanitarias. Así, se recogió en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y, más recientemente, se ha reiterado en el art. 7, 2 del Estatuto del TPIY, en el art. 6 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), en el art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; y en ciertos tribunales mixtos o híbridos, como el Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 6, 2 de su Estatuto) y las Salas Especiales constituidas en los Tribunales de Camboya (art. 29 de la Ley sobre el establecimiento de Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática de 2001 y art. 2, 1 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y Camboya de 6 de junio de 2003).

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, reconociendo la validez de esta norma en el Principio III de los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg* (1950) y en el art. 3 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1954) (54). Más recientemente, en el art. 7 del *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (1996) se vuelve a incluir una disposición similar, alegando que «[s]ería paradójico permitir a individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales» (55).

---

(54) Texto del proyecto de Código contenido en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su sexto periodo de sesiones (3 de junio a 28 de julio de 1954)*, Asamblea General. Documentos Oficiales: Noveno periodo de sesiones. Suplemento N° 9 (A/2693), Naciones Unidas, Nueva Cork, 1954, p. 12.

(55) Comentario al art.7. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, 2ª parte, p. 29.



Esta misma idea aparece recogida en ciertos proyectos de codificación privada, como *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, elaborados en 2001, en cuyo el Principio 5 se señala que «[w]ith respect to serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), the official position of any accused person, whether as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment». A pesar de su amplia redacción, que incluye tanto a los Jefes de Estado como a los de Gobierno, esta circunstancia constituye un límite para las inmunidades funcionales, pero no se aplica a las de carácter personal (56).

Del mismo modo, en ciertos tratados internacionales se contienen preceptos en los que se excluye el cargo oficial como circunstancia eximente. Así aparece recogido de forma expresa en el art. IV del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, en el art. II del Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 o en el art. III de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 1973, y de forma implícita en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.

Por su parte, aunque en los Convenios de Ginebra de 1949 no se establece ninguna disposición específica al respecto sería un contrasentido que una vez afirmada la responsabilidad internacional por la comisión de infracciones graves –que en el contexto de conflictos armados internacionales van a ser cometidas en su mayor parte por combatientes y, por tanto, por agentes estatales– se permitiera a sus autores ampararse en tal condición para eludir cualquier tipo de sanción, cobijándose bajo el paraguas protector de la inmunidad *ratione materiae* frente a la acción de cualquier tribunal extranjero. Ello en la práctica dejaría en papel mojado las disposiciones destinadas a reprimir las violaciones graves de los citados Convenios y, en particular, haría inoperante el ejercicio del principio de justicia universal (57).

---

(56) Así se encarga de precisarlo el propio comentario de los citados principios. *Cfr.* *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs. Princeton University, Princeton, 2001, p. 48 (Documento disponible en internet: <URL: [http://www.princeton.edu/~lapa/unive\\_jur.pdf](http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf)>, 3 de mayo de 2005).

(57) En este sentido, *vid.* Steffen WIRTH: «Immunities, related problems, and article 98 of the *Rome Statute*», en CARLIZZI, G.; DELLA MORTE, G.; LAURENTI, S.; MARCHESI, A. (a cura di): *La Corte Penale Internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, Napoli, 2003, p. 247; AKANDE, *op.cit.*, p. 415.

Asimismo, dentro de la práctica estatal, hemos de destacar que en algunos manuales militares, como el de EE.UU. (58), el de Canadá (59) o el del Reino Unido (60), se reconoce, en relación con la represión de los crímenes de guerra, que la posición oficial de la persona que hubiera participado en su comisión no le exonera de responsabilidad. Esta misma regla figura en ciertas legislaciones estatales referidas a la represión, entre otros, de los crímenes de guerra, como la de Bélgica (61).

Pero este principio no queda reducido a una mera formulación teórica contenida en diferentes instrumentos internacionales o legislaciones estatales, sino que se ha aplicado en diversas ocasiones, por tribunales internacionales e internos. Como prueba de ello se debe destacar la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, que en su sentencia de 1 de octubre de 1946 ya tuvo oportunidad de proclamar:

«The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings. Article 7 of the Charter expressly declares: 'The official position of defendants, whether as heads of state, or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility, or mitigating punishment.' On the other hand, the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the state, if the state, in authorizing action, moves outside its competence under international law» (62).

---

(58) *Cfr. The Law of Land Warfare*, FM 27-10, Department of the Army, 18 July 1956, Secc. 510.

(59) *Cfr. The Law of Armed Conflicts at the Operational Level*, B-GG-005-027/AF-021), Office of the Judge Advocate general, September 5, 2001, Chapter 16, Secc. 25.

(60) *Cfr. The Manual of the Law of Armed Conflict*, 1 July 2004, Secc. 16.38.1, en UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 438.

(61) *Cfr.* Art. 5, 3 de la Ley de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, reformada por las Leyes de 10 de febrero de 1999 y de 23 de abril de 2003. Esta ley ha sido derogada por el art. 27 de la Ley de 5 de agosto de 2003 sobre violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (*Moniteur belge*, nº 286, du 7 août 2003).

(62) *International Military Tribunal ...*, *cit.*, p. 221.

En la misma línea, el TPIY ha reconocido que la progresiva aparición de normas que prohíben y sancionan los crímenes de guerra ha dado lugar a la correspondiente restricción de las posibilidades de invocar las inmunidades frente a las jurisdicciones estatales o internacionales, aunque tales crímenes hayan sido cometidos por sus autores en el ejercicio de funciones oficiales (63), llegando incluso a atribuir valor consuetudinario a este principio en los asuntos *Furundzija* y *Milosevic* (64). Ello ha llevado al Tribunal a concluir que «la doctrine de ‘l’acte de l’Etat’ (*act of State*), qui dégage la responsabilité individuelle de celui qui a commis un acte au nom de l’État ou en tant qu’agent de l’État, ne constitue pas un moyen de défense recevable en droit international pénal» (65).

Asimismo, el TIJ, en su sentencia sobre el caso de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, ha admitido la relevancia del principio de la improcedencia del cargo oficial, como se deduce, por una parte, del hecho de que no es objeto de litigio entre las partes (66); y, por otra, del reconocimiento que hace el propio tribunal de que «[l]’immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l’égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en

---

(63) «La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l’égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*). Les rares exceptions concernent une conséquence particulière de cette règle. Ces exceptions naissent des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l’humanité et le génocide. D’après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l’immunité à l’égard des juridictions nationales ou internationales, même s’ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles.». *Le Procureur v. Tihomir Blaski ...*, *cit.*, párr. 41.

(64) *Cfr.* TPIY, La Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Anto Furundzija (Affaire n° IT-95-17/1-T)*, Jugement du 10 décembre 1998, párr. 140; TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Slobodan Milosevic (Affaire n° IT-99-37-PT)*, 8 novembre 2001, Décision relative aux exceptions préjudicielles, párrs. 28-29.

(65) TPIY, La Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic (Affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T)*, Jugement du 22 février 2001, párr. 494.

(66) En efecto, el Congo no cuestiona «l’existence d’un principe de droit international pénal, qui trouverait son origine dans la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, selon lequel la qualité officielle de l’accusé au moment des faits ne pourrait constituer une ‘cause d’exonération de sa responsabilité pénale ou un motif de réduction de sa peine’ devant quelque juridiction que ce soit, interne ou internationale», y, por tanto, reconoce que «le fait qu’une immunité fasse obstacle à l’exercice de poursuites devant un juge déterminé, ou durant une période déterminée, n’empêche pas que les mêmes poursuites pourront être exercées, le cas échéant, devant un autre juge non lié par l’immunité, ou à un moment où il n’y aura plus lieu de tenir compte d’une telle immunité. Il conclut qu’immunité ne signifie pas impunité». *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 48.

bénéficie de toute responsabilité pénale» (67). Del mismo modo, los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal han afirmado en su opinión separada a la mencionada sentencia que en el caso de crímenes de Derecho internacional, aun cuando hayan sido cometidos por altos dirigentes en uso del poder de que han sido investidos dentro del Estado, «immunity is never substantive and thus cannot exculpate the offender from personal criminal responsibility» (68).

Por su parte, diferentes tribunales nacionales han reconocido que los agentes estatales, con independencia del cargo que ostenten o hayan ostentado, no pueden ampararse en el ejercicio de sus funciones oficiales para eludir su responsabilidad por la comisión de crímenes de Derecho internacional. A este respecto, podemos referirnos, entre otros, a asuntos como *Eichmann* (69), *Bouterse* o *Pinochet* (70).

De la práctica analizada se deriva que el progresivo reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra ha supuesto la introducción de importantes límites al alcance de las inmunidades jurisdiccionales, al reconocerse que esta figura no puede servir como una excusa para excluir el castigo de todos aquellos agentes estata-

---

(67) *Ibidem*, párr. 60.

(68) *Joint Separate Opinion ...*, *cit.*, párr. 74.

(69) El Tribunal de Distrito de Jerusalén afirmó al respecto: «It is true that under international law Germany bears not only moral, but also legal, responsibility for all the crimes that were committed as its own 'Acts of State,' including the crimes attributed to the Accused. But that responsibility does not detract one iota from the personal responsibility of the Accused for his acts» (párr. 28). Por su parte, el Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 29 de mayo de 1962 señaló sobre la aplicación de la doctrina del «acto de Estado»: «Of such heinous acts it must be said that they are completely outside the 'sovereign' jurisdiction of the state that ordered or ratified their commission, and therefore those who participated in such acts must personally account for them and cannot seek shelter behind the official character of their task or mission, or behind the 'Laws' of the state by virtue of which they purported to act ... In other words, international law postulates that it is impossible for a state to sanction an act that violates its severe prohibitions, and from this follows the idea which forms the core of the concept 'international crime': that a person who was a party to such a crime must bear individual responsibility for his conduct» (párr. 14).

(70) En relación con este caso, en el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1998, por el que se solicitaba la extradición de Pinochet al Reino Unido, se afirmó que «muchas autoridades de tribunales locales de varios países mantienen hoy en día que los actos de Estados extranjeros que representen una clara violación del Derecho Internacional no tienen derecho a la protección de la doctrina del Acto de Estado, entre otras razones porque la comunidad internacional no tiene ningún interés en proteger Actos de Estado extranjeros que violen claramente las leyes internacionales» (Texto del Auto recogido en Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS; Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ; Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 431).

les, incluso los más altos dirigentes, que hayan participado de una u otra forma en la comisión de graves violaciones de las normas humanitarias, amparándose en el ejercicio de funciones oficiales o de actuar en nombre del Estado, tanto frente a jurisdicciones penales internacionales como ante tribunales extranjeros que actúen en ejercicio del principio de jurisdicción universal (71). Por eso, se ha afirmado que la inmunidad no equivale a impunidad.

Ahora bien, de ello no se puede deducir la exclusión total de cualquier tipo de inmunidad frente a la comisión de crímenes de guerra. El principio de la irrelevancia de cargo oficial lo que nos confirma es únicamente que ninguna persona que actúe por cuenta del Estado podrá alegar las inmunidades *ratione materiae* en caso de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, pues el reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo por este tipo de comportamientos constituye una excepción a la aplicación de esta figura. Lo cual por sí sólo no impide reconocer, como nos pone de relieve la práctica, que cuando la persecución de estos crímenes se lleve a cabo a través de tribunales extranjeros se siga admitiendo la posibilidad de alegar las inmunidades *ratione personae* por parte de las categorías de agentes estatales que están amparados por ellas, especialmente los más altos representantes (Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores) (72). Es precisamente en relación con ellos, según veremos, donde se ponen de manifiesto las fricciones que experimenta el ordenamiento jurídico internacional y donde se hace necesario acomodar –por difícil que pueda parecer– la lucha contra la impunidad, como expresión del enorme valor otorgado a la protección de la dignidad humana en la comunidad internacional, y la pervivencia de las inmunidades en determinados supuestos, como reflejo de la importancia que se sigue otorgando al pleno respeto de la soberanía y al mantenimiento de las relaciones entre los Estados sin ningún tipo de interferencia extranjera (73).

---

(71) Sobre la configuración de los crímenes de Derecho internacional como excepciones a las inmunidades *ratione materiae*, entre la doctrina, *vid.* CASSESE, *International Criminal ...*, *cit.*, pp. 267-268; Micaela FRULLI: «Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux», en CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (dir.): *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 223-224.

(72) Al respecto, *vid.* FRULLI, *op. cit.*, p. 225.

(73) Así lo reconocieron los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada a la sentencia del TIJ de 14 de febrero de 2002 en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*: «On the one scale, we find the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members;

#### IV. INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ÓRGANOS CENTRALES DEL ESTADO Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS PARA LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA

El reconocimiento de que la comisión de graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario ha supuesto, como hemos visto, la introducción de excepciones a la posibilidad de que los agentes estatales puedan ampararse en las inmunidades *ratione materiae*, en aplicación del principio de la improcedencia del cargo oficial, no ha despejado todas las dudas que se siguen suscitando en torno al alcance de las inmunidades cuando la responsabilidad alcance a los máximos dirigentes del Estado, porque de una u otra forma se hayan visto implicados en la comisión de tales crímenes, frente a la acción de tribunales extranjeros.

Esta polémica cuestión, que se ha planteado en el contexto de la aplicación del principio de jurisdicción universal, nos debe llevar a examinar la práctica desde una perspectiva de prudencia al objeto de tratar de precisar en qué medida el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores, siguen gozando de una inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad totales o si, en el caso de crímenes de guerra, se puede hablar de la aparición de una nueva norma consuetudinaria que impediría la alegación de las inmunidades *ratione personae* y, por tanto, permitiría a los tribunales internos el enjuiciamiento por graves violaciones de los derechos humanos de los altos dirigentes de cualquier Estado en nombre de la lucha contra la impunidad.

Al abordar este tema, como ya hemos señalado, se debe obrar con suma cautela, pues si bien la comunidad internacional ha tomado plena conciencia de que la defensa de la dignidad humana es uno de sus valores fundamentales y, en consecuencia, de la necesidad de poner fin a la impunidad, castigando a todos los que hayan tomado parte en la comisión de las más graves vulneraciones de los derechos humanos con independencia del cargo que ocupen, incluidos los más altos dirigentes del Estado, no es posible desconocer que el respeto de la soberanía e igualdad del Estado, que encarnan sus máximos líderes políticos, sigue siendo también un valor de enorme importancia en el orden internacional. En este sentido, no pueden

---

on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. *A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community*» (las cursivas son nuestras). *Joint Separate Opinion ...*, cit., párr. 75.

dejar de tenerse en cuenta los enormes problemas, sobre todo de carácter diplomático, que se plantean en la práctica cuando se pretende el enjuiciamiento de cualquier dirigente estatal en ejercicio por parte de tribunales extranjeros, lo que en ciertos casos ha llegado a causar importantes tensiones entre los Estados implicados (74).

Por todo ello, y desde una perspectiva de acomodo de valores e intereses tan contrapuestos, no se puede deducir de la práctica que las inmunidades *ratione personae* se hayan visto totalmente desplazadas en el caso de la comisión de crímenes de guerra. Sin embargo, la importancia que ha adquirido la protección de los derechos humanos dentro de la sociedad internacional ha influido en el alcance de esta figura, que se ha visto, sin duda, limitado al introducirse una distinción en cuanto a su régimen jurídico según que el dirigente estatal haya abandonado el cargo cuando se inician las actuaciones por parte de un tribunal extranjero o se encuentre en el ejercicio de sus funciones oficiales (75).

#### A. LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS DIRIGENTES DEL ESTADO CUANDO SE ENCUENTRAN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

En virtud del principio de la improcedencia del cargo oficial, las inmunidades *ratione materiae*, como sabemos, no pueden ser alegadas por ningún agente estatal, incluidos sus más altos dirigentes y representantes, cuando sean acusados de la comisión de crímenes de guerra. Pero un repaso a la práctica nos recuerda que las inmunidades *ratione personae* siguen operando ante los tribunales extranjeros respecto de los dirigentes estatales en ejercicio, tal como ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina (76), así como la mayor parte de las legislaciones y la jurisprudencia de tri-

---

(74) Sobre las tensiones surgidas entre EE.UU. y Bélgica en razón de las diversas demandas presentadas ante tribunales belgas, entre otros, contra el Presidente George W. Bush, *vid.* «U.S. reaction to Belgian universal jurisdiction law», *A.J.I.L.*, vol. 97, 2003, n° 4, pp. 984-987.

(75) *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 341-342.

(76) En esta línea, entre otros, *vid.* Antonio REMIRO BROTONS: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 117; Michel COSNARD: «Les immunités du chef d'Etat», en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Le chef d'Etat et le droit international*, Pedone, Paris, 2002, pp. 259-260; PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, pp. 131-132; M. Cherif BASSIOUNI: *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, New York, 2003, pp. 81-82; Beatrice I. BONAFE: «Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo», *Rivista di Diritto Internazionali*, vol. 87, 2004, n° 2, p. 398.

bunales nacionales e internacionales, con la chocante excepción de Bélgica, que no obstante al final a terminado acomodándose a la práctica mayoritaria, como tendremos oportunidad de comprobar.

A este respecto, es significativa la polémica sentencia en el asunto relativo a la *orden de detención de 11 de abril de 2000* (caso *Yerodia*), pues en ella el TIJ estima que los altos dirigentes políticos del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores) gozan de inmunidad de jurisdicción penal y de inviolabilidad (77), afirmando, además, que de la práctica no se puede deducir «l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité» (78). Ello significa que en estos casos cuando se trate de tribunales extranjeros, que actúen sobre la base del principio de justicia universal, las inmunidades jurisdiccionales prevalecerán frente a la obligación de represión de los crímenes de Derecho internacional (79).

No obstante la rotundidad con la que parece expresarse el TIJ, en un asunto tan espinoso como este hubiera sido útil que el Tribunal no hubiera pasado de puntillas por algunos aspectos y se hubiera detenido un poco más en fundamentar su decisión, precisando más claramente cual es el alcance del Derecho consuetudinario en un ámbito como el que nos ocupa, que sigue rodeado de grandes incertidumbres, y en armonizar la aplicación del principio de justicia universal con el ejercicio de las inmunidades jurisdiccionales de los dirigentes estatales (80).

Con todo, es preciso reconocer que esta sentencia, aun con las críticas que se le puedan hacer sobre su deficiente argumentación, coincide con la práctica estatal en la materia. Así se refleja en algunas legislaciones nacionales (81), en declaraciones públicas de miembros de algunos gobiernos, como

---

(77) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 51.

(78) *Ibidem*, párr. 58.

(79) En este sentido, *vid.* PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *op. cit.*, p. 134.

(80) Al respecto, *vid.* Francisco JIMÉNEZ GARCÍA: «Justicia universal e inmunidades estatales: Justicia o impunidad: ¿Una encrucijada dualista para el Derecho internacional?», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 113-114.

(81) En este sentido, ver las legislaciones de Países Bajos (Sección 16 de *Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law -International Crimes Act-*) o Gran Bretaña (Sección 23 de *International Criminal Court Act 2001*). Texto de las legislaciones disponible en internet: <URL: [http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/hrlc\\_enacted%20legislation.htm](http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/hrlc_enacted%20legislation.htm)>, 6 de mayo de 2005.



el chileno (82), o en las posiciones expresadas por las asesorías jurídicas de los ministerios de asuntos exteriores de otros Estados, como Suiza (83).

Por su parte, los tribunales internos han venido a reconocer en su jurisprudencia la continuada relevancia de la inmunidad jurisdiccional penal de los dirigentes estatales en ejercicio. A este respecto, en el proceso desarrollado ante la Cámara de los Lores en relación con la extradición de Pinochet a España, ninguno de los jueces –hasta los que se mostraron más proclives a rechazar la alegación de inmunidad en este caso por no encontrarse ya en el desempeño de sus funciones (84)– dudó en reconocer que la inmunidad *ratione personae* se aplica a los Jefes de Estado en ejercicio por cualquier acto, de naturaleza pública o privada, que lleven a cabo (85).

---

(82) *Vid.* Declaración del Ministro Secretario General de Gobierno, Francisco Vidal, el 16 de febrero de 2005, en la que reconoció que «los Tribunales nacionales han resuelto que las reglas internacionales que regulan la convivencia entre los Estados impiden que pueda verse afectada la inmunidad absoluta que privilegia a un jefe de Estado extranjero». Texto de la declaración disponible en internet: <URL: <http://www.gobiernodechile.cl/noticias/impresion.asp?idarticulo=20205>>, 2 de marzo de 2005.

(83) *Vid.* Lucius CAFLISCH: «La pratique suisse en matière de droit international public 2003», *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, 2004, n° 5, pp. 684-688.

(84) En este sentido, en el Comité de Apelación que adoptó la Decisión de la Cámara de los Lores de 25 de noviembre de 1998, Lord NICHOLS señaló que «there can be no doubt that if Senador Pinochet had still been head of the Chilean State, he would have been entitled to immunity»; y Lord STEYN afirmó que «[i]t is common ground that a Head of State while in office has an absolute immunity against civil or criminal proceedings in the English courts. If general Pinochet had still been Head of State of Chile he would be immune from the present extradition proceedings» (*I.L.M.*, vol. 37, 1998, pp. 1332 y 1336 respectivamente). En el Comité de Apelación que adoptó la Decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999, Lord BROWNE-WILKINSON reconoció que «his immunity enjoyed by head of state in power and an ambassador in post is a complete immunity attaching to the person of the head of state or ambassador and rendering him immune from all actions or prosecutions whether or not they relate to matters done for the benefit of the state»; Lord HOPE OF CRAIGHEAD afirmó que «[a] head of state is still protected while in office by the immunity *ratione personae*»; Lord SAVILLE OF NEWDIGATE admitió que «under customary international law serving heads of state enjoy immunity from criminal proceedings in other countries by virtue of holding that office. This form of immunity is known as immunity *ratione personae*»; Lord MILLET señaló que «[i]mmunity *ratione personae* is a status immunity. An individual who enjoys its protection does so because of his official status. It ensures for his benefit only so long as he holds office»; y, finalmente, Lord PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS, en la misma línea, sostuvo que «[i]f Senador Pinochet were still the head of state of Chile, he and Chile would be in a position to complain that the entire extradition process was a violation of the duties owed under international law to a person of his status» (*I.L.M.*, vol. 38, 1999, pp. 592, 626, 641, 644 y 653 respectivamente).

(85) *Vid.* REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet ...*, *cit.*, p. 122; Bruce BROOM-HALL: *International Justice and the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 133; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, p. 356.

Esta misma postura se halla recogida en la propia legislación británica, ya que en la sección 20 de la *State Immunity Act 1978* se equipara la figura del Jefe del Estado a la del jefe de una misión diplomática, lo que significa la aplicación analógica de las disposiciones del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961.

La jurisprudencia de los tribunales españoles es igualmente ilustrativa del reconocimiento de la inmunidad del Jefe del Estado en ejercicio. Esta postura se puso en evidencia en los asuntos *Obiang Nguema y Hassan II*, y se ha visto confirmada por el Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1998 en el caso *Pinochet*, en el que se señala:

«Es indiscutible que los jefes de Estado en funciones gozan de esta inmunidad por la misma razón que el Estado extranjero goza de inmunidad soberana para actos de gobierno de naturaleza no privada. La situación es muy distinta, sin embargo, con respecto a ex jefes de Estado. El Derecho Internacional no obliga a su protección, y por los mismos principios aplicables a la doctrina del Acto de Estado, que no se extiende a los crímenes bajo el derecho internacional. En este sentido, todo el Derecho Penal Internacional moderno rechaza, sea expresamente o implícita pero claramente, las defensas basadas en doctrinas de actos oficiales y en inmunidades de jefes de Estado o similares» (86).

En el mismo sentido, en el Auto de 4 de marzo de 1999 relativo al caso *Fidel Castro* la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no admitió a trámite la querrella presentada contra el líder cubano, basándose en que:

«si España reconoce la soberanía del pueblo cubano y mantiene con dicho país relaciones diplomáticas, la jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrella se refiere) en cuanto que uno de los querrellados es el excelentísimo señor don F.C.R. que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano» (87).

---

(86) *Cfr.* GONZÁLEZ CAMPOS; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *op. cit.*, p. 431.

(87) *Ibidem*, p. 445.

También los tribunales franceses han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el asunto *Gadafi*, donde el Tribunal de Casación en su sentencia de 13 de marzo de 2001 anuló la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 20 de octubre de 2000 –en la que había admitido que la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio no podría cubrir los actos terroristas (88)–, afirmando que «la coutume internationale s’oppose à ce que les chefs d’Etat en exercice puissent, en l’absence de dispositions internationales contraires s’imposant aux parties concernées, faire l’objet de poursuites devant les juridictions pénales d’un Etat étranger» (89).

En la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, tanto en relación con Jefes de Estado como de Gobierno en ejercicio (90), extendiendo incluso este reconocimiento a aquellos que se encuentran en el exilio, como ocurrió en el asunto *Lafontant v. Aristide* (91). Más recientemente, los tribunales norteamericanos

---

(88) En efecto, el Tribunal de Apelación de París reconoce la existencia de una práctica generalizada, aceptada, en su opinión, por todos los Estados, según la cual «d’immunité ne couvre que les actes de puissance publique ou d’administration publique accomplis par le chef de Etat, à condition qu’ils ne soient pas considérés comme des crimes internationaux», lo cual le va a llevar a concluir que los actos de terrorismo «entraient dans la catégorie des crimes internationaux, et ne pourraient, en tout état de cause, être considérés comme ressortant des fonctions d’un chef d’Etat». Los mencionados pasajes de la sentencia a lo que parecen apuntar es, aunque no se diga expresamente, a la inmunidad *ratione materiae*. De ser así, el razonamiento sería correcto; lo que ocurre es que el Tribunal no ha tenido en cuenta que los Jefes de Estado en ejercicio gozan, además, de unas inmunidades *ratione personae* que, por el momento, les protegen de cualquier acción judicial emprendida por tribunales extranjeros.

(89) Texto de la sentencia recogido en *R.G.D.I.P.*, vol. 105, 2001, pp. 473 y ss. Sobre este caso, entre la doctrina, *vid.* Salvatore ZAPPALÀ: «Do heads of state in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The *Ghaddafi* case before the French *Cour de Cassation*», *E.J.I.L.*, vol. 12, 2001, nº 3, pp. 595-612.

(90) En relación con los Jefes de Gobierno, la *United States District Court for the District of Columbia* afirmó en su sentencia de 23 de diciembre de 1988 relativa al asunto *Saltany v. Reagan* que «the United States has suggested to the Court the immunity from its jurisdiction of Prime Minister Thatcher as the sitting head of government of a friendly foreign state» (Texto de la sentencia disponible en internet: <URL: [http://homepage.ntl-world.com/jksonc/docs/saltany\\_702FSupp319.html](http://homepage.ntl-world.com/jksonc/docs/saltany_702FSupp319.html)>, 4 de marzo de 2005).

(91) En efecto, la *United States District Court, E.D. New York*, admitió en su sentencia de 27 de enero de 1994 que «[a] head-of-state recognized by the United States government is absolutely immune from personal jurisdiction in United States courts unless that immunity has been waived by statute or by the foreign government recognized by the United States. A visiting head-of-state is generally immune from the jurisdiction of a foreign state’s court». En este caso, la concesión de inmunidad a Aristide a pesar de estar en el exilio se vincula a la falta de reconocimiento por parte de EE.UU. del gobierno militar que le sustituyó en Haití (Texto de la sentencia disponible en internet: <URL: [http://217.206.124.227/xp\\_resources/material/Cases/USA/Aristide/Aristide-District%20Court%20Decision.doc](http://217.206.124.227/xp_resources/material/Cases/USA/Aristide/Aristide-District%20Court%20Decision.doc)>, 3 de marzo de 2005).

han tenido oportunidad de reiterar su doctrina sobre las inmunidades jurisdiccionales en la sentencia de 8 de septiembre de 2004 de la *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit* relativa al asunto *Jiang Zemin* en la que se reconoció la inviolabilidad absoluta y la inmunidad de jurisdicción penal del entonces Presidente chino. En el mismo sentido se expresó la *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* en su sentencia de 6 de octubre de 2004 sobre el caso *Mugabe* (92).

No obstante, dentro de la práctica norteamericana sobre esta cuestión se debe destacar como peculiaridad que no son los órganos judiciales quienes determinan si los dirigentes estatales gozan o no de inmunidad en EE.UU., sino que en virtud de la propia jurisprudencia de su Tribunal Supremo esta tarea se encomienda al poder ejecutivo, correspondiendo al Departamento de Estado formular «sugerencias de inmunidad» que son vinculantes para los jueces sin que estos puedan entrar a valorar su pertinencia o no (93). Sólo en caso de que no exista tal pronunciamiento gubernamental, podría el juez decidir por sí mismo si el acusado reúne todas las condiciones para tener derecho a la inmunidad (94). Ello supone que los intereses diplomáticos y de política exterior van a prevalecer por encima de cualquier otra consideración de carácter jurídico-internacional a la hora de determinar si frente a EE.UU. un determinado dirigente político va a gozar de inmunidad de jurisdicción.

---

(92) Sobre ambos asuntos, *vid.* Sara ANDREWS: «U.S. Courts rule an absolute immunity and inviolability of foreign heads of state: The cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin», *ASIL Insight*, November 2004 (Disponible en Internet: <URL: <http://www.asil.org/insights/2004/11/insight041122.html>>, 3 de diciembre de 2004).

(93) Así lo proclamó el Tribunal de Apelación en el caso *Wei Ye v. Jiang Zemin* al afirmar que «[t]he obligation of the Judicial Branch is clear –a determination by the Executive Branch that a foreign head of state is immune from suit is conclusive and a court must accept such a determination without reference to the underlying claims of a plaintiff», justificando esta posición en el hecho de que «[t]he determination to grant (or not grant) immunity can have significant implications for this country's relationship with other nations. A court is ill-prepared to assess these implications and resolve the competing concerns the Executive Branch is faced with in determining whether to immunize a head of state».

(94) Así ha ocurrido en el asunto *Abiola v. Abubakar*. En él, la *U.S. District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, frente a la práctica mayoritaria –y en línea con la posición adoptada por la *High Court of Justice for England and Wales* en su Decisión de 28 de octubre de 1998-, no dudó en reconocer inmunidad al antiguo Presidente de Nigeria en su sentencia de 17 de junio de 2003, en la que rechazó cualquier tipo de restricción en la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado, basándose en que «the rationale for head-of-state immunity is no less implicated when a former head of state is sued in a United States court for acts committed while head of state than it is when a sitting head of state is sued». Texto de la sentencia en internet: <URL: <http://217.206.124.227/index/72648.80994>>, 3 de mayo de 2005.

A esta posición favorable al reconocimiento de las inmunidades personales de los dirigentes políticos en ejercicio también se han sumado ciertos proyectos de codificación privada. Además de los ya mencionados trabajos llevados a cabo en la Universidad de Princeton (*The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*) (95), se debe destacar la labor del Instituto de Derecho Internacional, tal como se desprende de la Resolución sobre las *inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en Derecho internacional*, adoptada en su sesión de Vancouver (26 de agosto de 2001) (96). En ella se reconoce que los Jefes de Estado –y los de Gobierno, según el art. 15, 1– en ejercicio gozarán de inviolabilidad en el territorio de un Estado extranjero –no pudiendo ser sometidos a ninguna forma de arresto o detención– (art. 1) y de inmunidad de jurisdicción penal ante cualquier tribunal de un Estado extranjero por toda infracción que hubiera podido cometer, cualquiera que sea su gravedad (art. 2). Con ello se pone de relieve que los altos dirigentes del Estado en ejercicio se encuentran así a cubierto de cualquier persecución penal por parte de tribunales extranjeros y que, a este respecto, la comisión, en particular, de crímenes de guerra no constituye una excepción a estas inmunidades (97).

La única significativa excepción a esta práctica generalizada venía constituida por la legislación y la jurisprudencia belgas, que sostenían la posición contraria. En efecto, la reforma que se introdujo en 1999 a la *ley belga de 1993 sobre represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario* incorporó un nuevo art. 5, 3 en virtud del cual la inmunidad vinculada a la condición oficial de una persona no impide la aplicación de dicha ley (98). Sin embargo, a raíz de la sentencia del TIJ,

---

(95) *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Program in Law and Public Affairs. Princeton University, Princeton, 2001, pp. 48-49.

(96) *Cfr. Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 69, 2000-2001, pp. 742-755. El Instituto de Derecho Internacional ha vuelto a reiterar más recientemente esta interpretación del alcance de las inmunidades en la Resolución sobre la *jurisdicción universal en materia penal con respecto al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, aprobada en su sesión de Cracovia el 6 de agosto de 2005.

(97) Al respecto, *vid. TORRES BERNÁRDEZ, op. cit.*, pp. 661-664; Hazel FOX: «The Resolution of the Institute of International Law on the immunities of heads of state and government», *I.C.L.Q.*, vol. 51, 2002, n° 1, pp. 120-121.

(98) En virtud de este precepto el juez de instrucción Damien VANDERMEERSCH del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas dictó una orden internacional de arresto el 11 de abril de 2000 contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo Abdulaye YERODIA NDOMBASI (que motivó la posterior demanda del Congo ante el TIJ), afirmando que «la qualité de ministre des Affaires étrangères que possède à l'heure actuelle l'inculpé n'entraîne pas d'immunité de juridiction et d'exécution et le tribunal de céans est, par conséquent, pour prendre la présente décision».

las autoridades belgas se decidieron a modificar el citado precepto a través de una ley de 5 de abril de 2003 por la cual se estableció que «l'immunité internationale attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche l'application de la présente loi que *dans les limites établies par le droit international*» (las cursivas son nuestras). Con ello se reconocía implícitamente la relevancia de las inmunidades personales. Este cambio se ha visto confirmado plenamente en la reforma posterior llevada a cabo por la *ley de 5 de agosto de 2003 relativa a la represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario* –por la que se derogó la ley de 1993–, en la que introdujo un nuevo art. 1bis en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal por el que se excluía de cualquier acción penal a los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros durante el periodo de ejercicio de sus funciones oficiales, así como a otras personas a las que el Derecho internacional les reconozca inmunidad.

No obstante, los propios tribunales belgas se habían encargado de limitar el alcance del art. 5, 3 en su redacción original, tal como se refleja en la sentencia de 12 de febrero de 2003 del Tribunal de Casación en el asunto *Sharon*, en la que tras afirmar que «la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etats et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux Etats concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger», reinterpreta el mencionado precepto en el sentido de que «cette règle de droit interne contreviendrait au principe de droit pénal coutumier précité si elle était interprétée comme ayant pour objet d'écarter l'immunité que ce principe consacre; que ladite règle ne peut donc avoir cet objet mais doit être comprise comme excluant seulement que la qualité officielle d'une personne puisse entraîner son irresponsabilité pénale à raison des crimes de droit international» (99).

En todo caso, es necesario precisar que esta inmunidad *ratione personae* no impide de forma total y absoluta el enjuiciamiento de los dirigentes estatales en ejercicio por la comisión de crímenes de guerra, pues posee un límite temporal –el de la duración del cargo oficial, como veremos a continuación– y cabe la posibilidad de la existencia de excepciones, que permitirían el enjuiciamiento de estos dirigentes políticos estatales, aún durante el desempeño de sus funciones. A este respecto, el TIJ en su sen-

---

(99) Sobre la práctica belga, *vid.* Pierre D'ARGENT: «L'expérience belge de la compétence universelle: Beaucoup de bruit pour rien?», *R.G.D.I.P.*, vol. 108, 2004, n° 3, pp. 618-628.

tencia sobre el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* reconoce que el enjuiciamiento de estas personas no está totalmente excluido, abriendo a tal efecto algunas posibilidades: que sean juzgadas por los tribunales del propio Estado, que el propio Estado renuncie a la inmunidad de su dirigente político para que sea juzgado por tribunales extranjeros o que el enjuiciamiento lo lleve a cabo un tribunal penal internacional (100).

Ahora bien, sigue estando presente la cuestión de si la comisión de algún crimen de Derecho internacional –y en particular las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario– podría configurarse como una excepción a las inmunidades *ratione personae* de que gozan, como sabemos, los altos dirigentes políticos del Estado. Tanto el Tribunal de Casación francés en el asunto *Gadafi* como el Tribunal de Casación belga en el caso *Sharon* aceptaron de una manera un tanto críptica la posibilidad de que pudiera haber tales excepciones cuando existan disposiciones internacionales en este sentido, pero ninguno de los dos órganos judiciales precisó algún supuesto. Por ello, y a tenor de la práctica que hemos venido analizando, esta posibilidad parece resultar por el momento más ficticia que real (101). En efecto, el objetivo de evitar la desestabilización institucional a que se podría ver sometido un Estado cuyos máximos dirigentes se vean enjuiciados por tribunales extranjeros o una posible utilización abusiva de la justicia penal frente a los líderes políticos de otro Estado explican que aún hoy en día la inmunidad *ratione personae* siga prevaleciendo sobre el enjuiciamiento de los crímenes de guerra por tribunales extranjeros competentes en virtud del principio de jurisdicción universal (102).

---

(100) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 61. Así lo reconoce también la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno en Derecho internacional. En concreto, se contempla la renuncia del Estado a la inmunidad ( art. 7), el establecimiento por parte del Estado de derogaciones a las inmunidades de sus Jefes de Estado (art. 8) o la competencia de tribunales penales internacionales (art. 11, 3).

(101) En este sentido, el Tribunal de Casación belga en el asunto *Sharon* tuvo ocasión de interpretar el art. VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, entendiendo que la exclusión de las inmunidades contenida en este precepto –entendemos que en relación con las personales- se refiere únicamente a los supuestos contemplados en la propia disposición, esto es, ante los tribunales del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos o ante la corte penal internacional. Para el resto de tribunales estatales el Convenio no prevé esta posibilidad.

(102) En esta línea, *vid.* Brigitte STERN: «Les dits et les non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique», *Forum du Droit International*, vol. 4, 2002, p. 109.

## B. ALCANCE DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS DIRIGENTES DEL ESTADO UNA VEZ QUE HAN CESADO EN SUS FUNCIONES

En consonancia con la finalidad perseguida por esta figura, trasciende el hecho de que los altos dirigentes del Estado (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores) van a gozar de las inmunidades *ratione personae* –inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad– en tanto se encuentren en el desempeño de su cargo; en el momento en que cesen en sus funciones, sólo estarán amparados por las inmunidades *ratione materiae*, que, como sabemos, impedirían el inicio de una acción penal únicamente por los actos públicos realizados durante el ejercicio de la alta magistratura estatal, excepto cuando puedan ser calificados como crímenes de Derecho internacional, entre los que se cuentan las violaciones graves de las normas humanitarias, según se desprende de la afirmación consuetudinaria del principio de improcedencia de cargo oficial (103).

En esta línea se ha pronunciado el TIJ en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* al reconocer que el antiguo Ministro de Asuntos Exteriores continúa disfrutando de inmunidad por todos los actos públicos y que sólo podrá ser enjuiciado por los actos realizados a título privado durante el desarrollo de sus funciones (104). Nuevamente, el Tribunal vuelve a hacer gala de una excesiva parquedad en una cuestión que, pese a todo, sigue rodeada por la incertidumbre y, por ello, ha perdido una valiosa oportunidad para precisar el alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes del Estado. En efecto, si bien es correcta la apreciación que hace el TIJ de las inmunidades del Ministro de Asuntos Exteriores –que es extensiva a los Jefes de Estado o de Gobierno– cuando cesa en sus funciones, debiera haber añadido que esta regla no impide el enjuiciamiento de dicho cargo oficial por todos aquellos actos que constituyan crímenes de Derecho internacional, ya que, en virtud del principio de la improcedencia de cargo oficial ya analizado, las inmunidades *ratione materiae* de que disfruta no comprenden este tipo de actos. Esta omisión, que ha sido fuertemente criticada por alguno de los jueces y por la doctrina por ir en contra del Derecho consuetudinario en la materia, podría dar a entender que los antiguos dirigentes políticos del Estado sólo podrían ser perseguidos por tribunales extranjeros por los actos de carácter privado realizados durante el desarrollo de sus funciones oficiales, no así por los

---

(103) Al respecto, *vid.* PUEYO LOSA, «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, p. 135; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 342-343.

(104) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 61.



de carácter público (105). Este razonamiento, en opinión de PUEYO LOSA, «nos sitúa, una vez más, ante la ambigua, mal fundada y desfusada distinción entre *actos oficiales* y *actos privados*, no contribuyendo, por tanto a clarificar si la comisión de crímenes internacionales por las autoridades de gobierno ha de ser considerado como acto oficial (o privado)» (106). Ello nos podría llevar a la artificiosa construcción de que tales crímenes son cometidos a título privado (107) o, lo que sería aún más grave, a reconocer que en tanto en cuanto dichos crímenes son cometidos en ejercicio de sus funciones oficiales, se seguirían beneficiando de la inmunidad incluso después de haber abandonando el cargo (108).

Frente a la vaguedad y confusión que caracteriza los razonamientos del TIJ, la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre *inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en el Derecho internacional* ya aludida resulta meridianamente clara a la hora de excluir en el art. 13 cualquier tipo de inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción penal en relación con los Jefes de Estado y de Gobierno (en virtud, estos últimos, del art. 16), salvo por los actos realizados durante el desarrollo de su cargo y que participen del ejercicio de sus funciones oficiales. Pero, además, se debe destacar que para evitar cualquier tipo de duda o de interpretación abusiva el Instituto precisa expresamente que «[i]l peut toutefois y être poursuivi et jugé lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international, lorsqu'ils ont été accomplis principalement pour satisfaire un intérêt

---

(105) En este sentido, se deben destacar las fundadas y razonables críticas realizadas por la juez *ad hoc* Van den Wyngaert por la falta de precisión de la sentencia cuando se refiere al alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos acusados de las comisión de crímenes de Derecho internacional, pues en su opinión, que nosotros compartimos plenamente, hubiera debido aclarar que este tipo de comportamientos no deben estar amparados por la inmunidad, al margen de que se les considere como actos realizados a título oficial o de carácter privado. *Cfr. Opinión disidente de Mme. Van den Wyngaert*, párr. 36. Entre la doctrina, desde una perspectiva crítica, *vid.* Antonio CASSESE: «When may senior state officials be tried for international crimes? Somme comments on the Congo v. Belgium case», *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, nº 4, pp. 867-874; FRULLI, *op. cit.*, pp. 233-234.

(106) «Hacia un fortalecimiento ...», *cit.*, p. 136.

(107) *Vid.* CASSESE, «When may senior ...», *cit.*, p. 870; Steffen WIRTH: «Immunity for core crimes? The ICJ's judgement in the Congo v. Belgium case», *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, nº 4, p. 890-891. En este sentido, como de forma gráfica ha señalado REMIRO BROTONS, este tipo de crímenes «[l]ejos de inscribirse en un ejercicio mal entendido de las funciones públicas, constituyen un aprovechamiento inicuo de las prerrogativas anejas a dichas funciones para facilitar la ejecución de gravísimos delitos que nada tienen que ver con ellas». *El caso Pinochet ...*, *cit.*, p. 122.

(108) *Vid.* CASSESE, «When may senior ...», *cit.*, p. 874; STERN, «Les dits ...», *cit.*, p. 110.

personnel ou lorsqu'ils sont constitutifs de l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'Etat» (109). Ello supone desvincular la aplicación de las inmunidades *ratione materiae* de los antiguos dirigentes del Estado en el caso de crímenes de Derecho internacional de la confusa distinción de actos oficiales y privados, sino que se atiende a la naturaleza de estas conductas, a las que el Derecho internacional ha atribuido una serie de consecuencias en razón de su especial gravedad, entre las que se cuenta la responsabilidad individual de todos aquellos que hayan participado en su comisión con independencia de su posición o cargo oficial.

La práctica judicial de los tribunales internos ha venido a confirmar el limitado alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos. A este respecto, son especialmente significativas las ya mencionadas Decisiones de los dos Comités de Apelación constituidos en la Cámara de los Lores –frente a la Decisión de la *High Court* de Londres de 28 de octubre de 1998, en la que se reconoció la inmunidad de Pinochet–, pues en ambas una mayoría de jueces admitieron, basándose en razones no siempre coincidentes, que el antiguo Jefe de Estado chileno, no gozaba en Gran Bretaña de inmunidad por la comisión de crímenes de Derecho internacional (torturas) (110).

En cuanto a la práctica de otros tribunales, en España, la Audiencia Nacional, en los Autos tanto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 3 de noviembre de 1998 relativo al caso *Pinochet*, como en el de la Sala de lo Penal de 4 de marzo de 1999, sobre el asunto *Fidel Castro*, se reconoce la diferente apreciación de las inmunidades del Jefe del Estado según esté en ejercicio o haya cesado en sus funciones. Del mismo modo, se debe mencionar el caso *Bouterse*, donde el Tribunal de Apelación de Ámsterdam en una decisión de 20 de noviembre de 2000 negó la inmunidad de antiguo Jefe de Estado de Surinam acusado de graves crímenes (tortura, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad) (111).

Por todo ello, se puede afirmar la consagración por vía consuetudinaria de la regla según la cual los antiguos dirigentes del Estado que durante el ejercicio de sus funciones hayan participado en la comisión de crímenes de Derecho internacional –y en particular violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario– no podrán ampararse en ningún tipo

---

(109) Al respecto, *vid.* TORRES BERNÁRDEZ, *op. cit.*, pp. 663-664.

(110) Sobre este asunto y las razones de los diferentes jueces, *vid.* REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet ...*, *cit.*, pp. 123-167; WIRTH: «Immunities ...», *cit.*, pp. 229-235; SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 346-348.

(111) Sobre este asunto, *vid.* Matthias RUFERT: «Pinochet follow up: The end of sovereign immunity?», *N.I.L.R.*, vol. 48, 2001, p. 176.

de inmunidad frente a la acción penal emprendida por cualquier tribunal extranjero competente en virtud del principio de jurisdicción universal. De modo que, en este caso la represión de tales crímenes debe prevalecer sobre la inmunidad, pues ya no se pone en tela de juicio la soberanía e independencia de los Estados.

No obstante esto, es necesario precisar, como ya se avanzó al aludir a la sentencia del TIJ en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000*, que la razón de ser de esta limitación del alcance de las inmunidades de los antiguos dirigentes políticos deriva del hecho de que las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario constituyen una excepción a la posibilidad de alegar la inmunidad y no porque tales conductas puedan ser consideradas como actos realizados a título particular. Aunque la práctica judicial parece inclinarse por hacer depender de la naturaleza del acto la atribución de inmunidad a los antiguos dirigentes políticos del Estado (112), esta construcción –aunque conduce al mismo resultado de negar la inmunidad *ratione materiae*– es a todas luces forzada, pues resulta enormemente extraño que los altos dirigentes políticos de un Estado puedan participar en la comisión de crímenes de guerra a título privado (113).

En el fondo, esta interpretación se sitúa en una lógica que privilegia la inmunidad, pues no contempla la posibilidad de que existan excepciones a la misma en situaciones de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y, por tanto, se ve obligada a encajar un poco forzosamente estos crímenes dentro de los actos particulares (114), olvidando que el

---

(112) Así se puso de relieve en el asunto *Pinochet*, en el que la mayoría de los jueces que compusieron los dos Comités de Apelación de la Cámara de los Lores y que negaron la inmunidad del ex-dictador chileno se basaron en que los crímenes de los que se le acusaba nunca podrían ser considerados como parte de las funciones encomendadas a los Jefes de Estado. En este sentido, debemos mencionar, en relación con la Decisión de 28 de octubre de 1998, a Lord NICHOLLS OF BIRKENHEAD (*I.L.M.*, 1998, pp. 1333-1334) o a Lord STEYN OF HADLEY (*I.L.M.*, 1998, p. 1337). Esta interpretación viene sin duda influida por la propia legislación británica –*State Immunity Act 1978*–, en la que, según hemos apuntado, se asimila la situación del Jefe del Estado al de una misión diplomática (*Vid.* Colin WARBRICK; Elena MARTIN SALGADO; Nicholas GOODWIN: «The Pinochet cases in the United Kingdom», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 94-95). Del mismo modo, en el caso *Bouterse*, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam recurrió a este argumento para rechazar la alegación de inmunidad.

(113) En esta línea, *vid.* CASSESE, «When may senior ...», *cit.*, p. 868; Marco SASSOLI: «L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *R.G.D.I.P.*, vol. 106, 2002, n° 4, p. 803; GAETA, «*Ratione materiae* immunities ...», *cit.*, p. 189.

(114) Al respecto, *vid.* ABELLÁN HONRUBIA, *op. cit.*, p. 228 (n. 150).

reconocimiento de la responsabilidad internacional del individuo en relación con los crímenes de guerra lleva aparejado, según hemos podido constatar, la irrelevancia del cargo oficial desempeñado por el acusado como causa de eximente, lo que pone de relieve que, en estos casos, a la hora de determinar el alcance de las inmunidades *ratione materiae* de los antiguos dirigentes estatales, no se debe atender a la naturaleza pública o privada del acto, sino a la gravedad del crimen y a su especial trascendencia para la comunidad internacional (115).

## V. IRRELEVANCIA DE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES ANTE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. UNA REGLA DE ALCANCE LIMITADO

La problemática que, como acabamos de ver, plantea la aplicación de las inmunidades jurisdiccionales en el contexto de la acción de los tribunales nacionales en ejercicio del principio de justicia universal no se plantea del mismo modo cuando resulta competente algún tribunal penal internacional, pues, según hemos señalado, al residir la razón de ser de esta figura en el respeto de la independencia e igualdad de los Estados en sus relaciones mutuas, no se producirá su vulneración cuando interviene algún tribunal internacional (116), constituido, bien en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas –en cuyo caso el juego de las inmunidades se vería desplazado por la aplicación del art. 103 de la

---

(115) En esta línea, *vid.* el Auto de 6 de noviembre de 1998 del Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas relativo al caso *Pinochet* (Texto contenido en internet: <URL: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/OrdonnanceVdm.html>>, 2 de febrero de 2005). En la doctrina, *vid.* ABELLÁN HONRUBIA, *op. cit.*, pp. 227-228; COSNARD, p. 315; Santiago VILLALPANDO: «L'affaire Pinochet : Beaucoup de bruit pour rien ? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999», *R.G.D.I.P.*, vol. 104, 2000, n° 2, p. 424 ; DOMINICÉ, «Quelques observations ...», *cit.*, p. 306. Comentarios de J. SALMON al informe provisional del relator VERHOEVEN, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2000-2001, p. 575.

(116) Al respecto, *vid.* Gerry J. SIMPSON: «War crimes: A critical introduction», en McCORMACK, T.L.H.; SIMPSON, G.J. (ed.): *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 15. En efecto, como señaló el Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Taylor*, «the principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community». Special Court for Sierra Leona, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor (Case Number SCSL-2003-01-I)*, 31 May 2004, Decision on immunity from jurisdiction, párr. 51.

Carta de las Naciones Unidas (117)—, bien a través de un tratado internacional. En estos casos, no cabe alegar ningún tipo de inmunidad, ni funcional, ni personal, de forma que los máximos dirigentes del Estado podrán ser enjuiciados por crímenes de guerra, aún cuando se encuentren todavía en el desempeño de sus funciones (118).

Esta regla encuentra su antecedente en el frustrado intento de enjuiciamiento de Guillermo II —pese a que para aquel entonces ya había abdicado—, según se preveía en el art. 227 del Tratado de Paz de Versalles de 1919; y está contenida, como hemos avanzado (119), en los Estatutos de los TMI de Nuremberg y de Tokio. Más recientemente, con ocasión de la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda se volvió a plantear la posible relevancia de las inmunidades, constatando el Secretario General de las Naciones Unidas la existencia de un cierto consenso en torno la necesidad de incorporar «disposiciones que especifiquen que no se podrá invocar la inmunidad en razón de ser Jefe de Estado o de que el inculcado cometió el acto en cumplimiento de sus funciones oficiales» (120). Así, según quedó reflejado en los Estatutos de ambos Tribunales —y se ha reiterado en iniciativas posteriores como el Tribunal Especial para Sierra Leona o las Salas Especiales constituidas en los Tribunales de Camboya—, toda persona que ocupe un cargo público, al margen de su posición dentro de la estructura del Estado, será individualmente responsable de dar la orden de realizar cualquier acto que pueda ser constitutivo de un crimen de guerra o si tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer o habían cometido tales crímenes y no adoptó medidas razonables y necesarias para impedirlos o reprimirlos (121).

---

(117) *Vid.* GAETA, *op. cit.*, p. 989. Esta postura se ha visto reflejada en el art. 11, 1, a) de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las *inmunidades de jurisdicción y ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en Derecho internacional*, en el que se señala que las disposiciones contenidas en dicha Resolución no afectarán a las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, *vid.* TORRES BERNÁRDEZ, *op. cit.*, p. 666.

(118) *Vid.* CASSESE: «When may senior ...», *cit.* pp. 865-866; AKANDE, *op. cit.*, pp. 416-417.

(119) *Vid. supra* epígrafe III, B.

(120) *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704*, 20 de mayo de 1993, párr. 55, p. 15.

(121) *Ibidem*, párr. 56, p. 15. De esta forma, se relaciona en los Estatutos de ambos tribunales la responsabilidad del superior jerárquico y la ausencia de inmunidad de las personas que aleguen actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales, especialmente, cuando los superiores jerárquicos sean al mismo tiempo dirigentes políticos del Estado. Esta vin-

Como confirmación de esta práctica, resulta especialmente significativo el art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues tras recoger en el párrafo 1 el principio de la improcedencia de cargo oficial, que como sabemos, permite excluir las inmunidades *ratione materiae*, en el párrafo 2 señala que «las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella». Ello supone excluir también la posibilidad de alegar las inmunidades *ratione personae*, así como las establecidas en los propios Derechos nacionales (122).

Esta misma posición ha sido adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su Resolución sobre *inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en el Derecho internacional*, al señalar en el art. 11, 3 que «[r]ien dans la présente Résolution n’implique ni ne laisse entendre qu’un chef d’Etat jouisse d’une immunité devant un tribunal international à compétence universelle ou régionale». No obstante, la propia Resolución ha establecido una distinción entre los tribunales creados por resolución del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el art. 11, 1, b) cuando prevé que las disposiciones de la misma no afectarán a las obligaciones «qui résultent des status des tribunaux pénaux internationaux ainsi que de celui, pour les Etats qui y sont parties, de la Cour pénale internationale». La referencia a los Estados partes alude al origen convencional de su Estatuto y al hecho de que los compromisos derivados del mismo no pueden crear obligaciones para Estados que no

---

culación ha sido también puesta de relieve en la propia jurisprudencia de TPIY al afirmar en el caso *Celebici* que «rien dans cet article [7, 3 du Statut] ne vient expressément limiter la portée de ce type de responsabilité aux chefs militaires ou aux situations apparues sous un commandement militaire. En revanche, l’emploi, dans cet article, du terme générique de ‘supérieur’ indique clairement, tout comme sa juxtaposition avec l’affirmation, dans l’article 7 2), de la responsabilité pénale individuelle des ‘chefs d’État ou de gouvernement’ ou des ‘haut(s) fonctionnaire(s)’ que, par delà les chefs militaires, ce sont les hauts responsables politiques et autres supérieurs civils investis d’une autorité qui sont visés». TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic alias «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo alias «Zenga»* (Affaire n° IT-96-21-T), Jugement, 16 novembre 1998, párr. 356. Sobre esta cuestión, en la doctrina, *vid.* Alvaro BORGHI: *L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, pp. 259-260.

(122) En este sentido, *vid.* José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO: «Un estudio sobre la parte general del Derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de Derecho penal», en YÁÑEZ-BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América/Cruz Roja española, Madrid, 2001, pp. 132-133; GAETA, *op. cit.*, pp. 990-991; BROOMHALL, *op. cit.*, pp. 138-139; AKANDE, *op. cit.*, pp. 419-420.

sean partes en él, como veremos a continuación en relación con el art. 98 del Estatuto de Roma.

Asimismo, en la jurisprudencia encontramos un pronunciamiento favorable a la ausencia de cualquier tipo de inmunidad ante tribunales penales internacionales. Esta es la posición que ha adoptado el TIJ en el asunto de la *orden de detención de 11 de abril de 2000* al admitir que ésta sería una de las posibilidades de exigir responsabilidad a un Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio por crímenes de guerra (123). Del mismo modo, el TPIY no dudó en abrir procedimientos penales contra dirigentes estatales en ejercicio, tal como ocurrió con *Milosevich* (124); y el Tribunal Especial para Sierra Leona adoptó la misma postura en relación con el entonces Presidente de Liberia *Charles Taylor* (125). En ambos asuntos se reconoció la imposibilidad de alegar ningún tipo de inmunidad de las que se reconocen al Jefe del Estado –ni aun las *ratione personae*– para sustraerse al enjuiciamiento.

Ahora bien, el alcance de esta regla de la irrelevancia de las inmunidades *ratione personae* de los dirigentes políticos en los procesos penales abiertos ante tribunales internacionales con competencia para exigir responsabilidad a quienes hayan participado en la comisión, entre otros, de crímenes de guerra se va a ver mediatizado por el método de creación del órgano judicial en cuestión. En el caso de que se haya optado por un tratado internacional –a diferencia de lo que ocurriría, según hemos visto, con una resolución del Consejo de Seguridad–, se suscitan dudas en torno a la aplicación de esta norma a los Estados que no lo hayan ratificado (126).

Esta situación se ha planteado con la Corte Penal Internacional, a tenor de su origen convencional, por la existencia aún de un significativo grupo de Estados que no son partes en el Estatuto de Roma. A este respecto, la amplia redacción del art. 27 no supone una supresión total de las inmunidades *ratione personae* de que gozan los Jefes de Estado y de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio según el Derecho interno o el Derecho internacional consuetudinario, sino que establece «un régimen que permite desactivar con carácter general las inmunidades para el supuesto de que la Corte tenga que ejercitar su com-

---

(123) *Affaire relative au mandat ...*, *cit.*, párr. 61.

(124) *Cfr. Le Procureur c. Slobodan Milosevic ...*, *cit.*, párr. 28.

(125) *Cfr. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor ...*, *cit.*, párr. 53.

(126) En este sentido, como ha reconocido AKANDE, en principio, «a treaty establishing an international tribunal cannot remove immunities that international law grants to officials of states that are not party to the treaty». *Op. cit.*, p. 417.

petencia sobre una persona que, en principio, pudiera beneficiarse de las mismas» (127).

Por ello, en nuestra opinión, los dirigentes políticos de aquellos países que aún no hayan ratificado el Estatuto de Roma no podrían alegar sus inmunidades *ratione personae* para impedir a la Corte ejercer su jurisdicción y, eventualmente, dictar una orden de procesamiento contra un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Asuntos Exteriores, en aquellos supuestos en que pueda ser competente para enjuiciar a nacionales de Estados no partes en el Estatuto, esto es, cuando el asunto le sea remitido por el Consejo de Seguridad (art. 13, *b*), como ha ocurrido con la situación de Darfur en virtud de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, o en el caso de que los acusados hayan realizado u ordenado cometer los crímenes en el territorio de un Estado parte en el Estatuto (art. 12, 2, *a*) (128). Sin embargo, desde un punto de vista práctico, esta decisión no resultará operativa mientras el dirigente político en cuestión siga en el poder, pues, como veremos a continuación, la Corte no podrá forzar a los Estados partes a que colaboren con ella, entregándole una persona –nacional de un país que aún no ha ratificado el Estatuto– que, según el Derecho internacional consuetudinario, goza de inmunidad.

En efecto, al regular las obligaciones de cooperación de los Estados, el Estatuto de Roma dispone en su art. 98, 1, en aparente contradicción con el art. 27, 2, que «la Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma

---

(127) LIROLA DELGADO; MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte ...*, *cit.*, p. 145.

(128) En este sentido, *vid.* Philippe SANDS: «Immunities before international courts», en *Guest Lectura Series of the Office of the Prosecutor*, 18 November 2003, The Hague, párr. 16 (Texto disponible en Internet: <URL: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/Sands.pdf>>, 26 de septiembre de 2005). Si bien el Estatuto de Roma, por su carácter convencional, sólo podría producir obligaciones jurídicas para los Estados partes, ello no excluye, a tenor de sus peculiares características, que pueda producir ciertos efectos para aquellos Estados que no lo hayan ratificado aún –y sin que suponga una vulneración del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*–, pues «nos encontramos ante efectos que derivan de la prestación del consentimiento por un Estado Parte aunque puede llegar a incidir de forma indirecta en interés de terceros Estados, para los que –sin embargo– no se genera ninguna obligación jurídicamente exigible en virtud del Estatuto» (QUESADA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 127). Tal sería el caso de la posibilidad de que la Corte pueda ejercer su jurisdicción en relación con un acusado que tenga la nacionalidad de un Estado no parte. Por ello, admitido el sometimiento a la Corte de tales acusados, con independencia de su posición oficial, sin que quepa alegación alguna de su condición de nacionales de un Estado no parte, en nuestra opinión, tampoco sería razonable que, en contradicción con el art. 27 del Estatuto, puedan ampararse en ningún tipo de inmunidad, pues de ser así la virtualidad de los citados nexos jurisdiccionales se vería reducida sensiblemente. A favor de la postura contraria, entre otros, *vid.* WIRTH, «Immunities ...», *cit.*, pp. 250-251.



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 un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad». Con ello, el Estatuto está reconociendo la posibilidad de que los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores en activo puedan seguir invocando la inmunidad ante las jurisdicciones nacionales (129); lo cual parece introducir una cierta confusión, pues si ciertamente los dirigentes estatales pueden recurrir a esta figura para impedir su entrega a la Corte por parte del Estado en cuyo poder están, las posibilidades de que este tribunal actúe de forma eficaz se reducen sensiblemente.

Por eso, es preciso realizar una interpretación sistemática e integradora de ambos preceptos que tenga en cuenta, desde una perspectiva teleológica, que el objetivo de esta jurisdicción penal internacional es asegurar el castigo de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. Desde esta óptica, se debe considerar que la mención a un «tercer Estado» que se hace en el art. 98, 1 se refiere únicamente a Estados no partes en el Estatuto (130). De este modo, los Estados partes no podrían invocar las inmunidades personales para denegar una solicitud de entrega en relación con sus propias autoridades o las de otro Estado parte, mientras que sí podrían denegar la entrega a la Corte Penal Internacional si la persona reclamada goza de inmunidad y pertenece a un Estado no parte en el Estatuto, salvo que renuncie a la misma (131), o que el asunto le sea remitido por el Consejo de Seguridad en virtud de Capítulo VII y se disponga expresamente esta obligación de entrega (132).

---

(129) Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ: «La lucha contra la impunidad en el Derecho internacional: La Corte Penal Internacional», en *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. X, 2001, p. 36.

(130) Al respecto, *vid.* BORGHI, *op. cit.*, p. 275.

(131) Sobre la relación entre los arts. 27, 2 y 98, 1 del Estatuto de Roma, *vid.* GAETA, *op. cit.*, pp. 992-996; BROOMHALL, *op. cit.*, pp. 139-146; AKANDE, *op. cit.*, pp. 421-430; Isabel LIROLA DELGADO; Magdalena M<sup>a</sup> MARTÍN MARTÍNEZ: «La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: El Estatuto de Roma y la Orden Europea», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XX, 2004, p. 221.

(132) En este sentido, *vid.* QUESADA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 297. A este respecto, en la Resolución 1593 (2005), sobre la situación en Darfur, el Consejo de Seguridad, al referirse a la cooperación de los Estados no partes en el Estatuto con la Corte, distingue dos supuestos. Por un lado, en relación con Sudán, el Consejo dispone que debe «cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución»; y, por otro, reconoce que el resto de los Estados no partes no tienen obligación alguna con arreglo al Estatuto, pero los exhorta a que cooperen plenamente.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La práctica nos pone de relieve que los desarrollos experimentados en orden a un fortalecimiento de los mecanismos de represión de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario han limitado de forma sensible el alcance de las inmunidades jurisdiccionales penales atribuidas tradicionalmente los órganos del Estado como consecuencia de la configuración consuetudinaria del principio de la improcedencia del cargo oficial, lo que impide a los agentes estatales ampararse en el paraguas protector del Estado para eludir cualquier persecución a cargo de tribunales extranjeros o internacionales por la comisión de crímenes de guerra.

Sin embargo, cuando aparezcan implicados en tales crímenes los más altos dirigentes del Estado la situación no va a resultar tan clara, pues la relevancia que se sigue otorgando al respeto de la soberanía en la sociedad internacional (que encarnan, en particular, los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores) va a permitir a estas personas que sigan amparándose en la inmunidad frente a cualquier procedimiento penal emprendido por tribunales extranjeros sobre la base del principio de jurisdicción universal. Ello va a suponer la introducción de un claro obstáculo a la completa operatividad de este principio y puede dar lugar al resultado contradictorio de que se pueda enjuiciar a los agentes estatales de rango inferior por la comisión de crímenes de guerra planificados y ordenados por unos dirigentes políticos que temporalmente van a quedar a resguardo de cualquier castigo.

Esta situación, que *a priori* no resulta plenamente satisfactoria desde una perspectiva de lucha contra la impunidad –pese a que es ampliamente reconocida en la práctica–, en todo caso, no es definitiva, pues estas inmunidades *ratione personae* de que gozan los dirigentes del Estado les amparan en tanto desempeñen sus funciones oficiales, no así cuando cesen en su cargo, en cuyo caso podrían ser enjuiciados por cualquier tribunal extranjero. Lo cual ofrece un pequeño resquicio para lograr el castigo de los dirigentes políticos del Estado por la comisión de este tipo de crímenes, pero está claro que se dificulta enormemente su persecución por parte de tribunales extranjeros, ya que en el caso de regímenes autoritarios el dictador de turno tratará de mantenerse en el poder de forma vitalicia, salvo su posible derrocamiento, que en muchos casos es una vana esperanza y un pobre consuelo para las víctimas.

De ahí que, frente a las dificultades que el juego de las inmunidades *ratione personae* plantea a la posible persecución por parte de tribunales extranjeros de altos dirigentes políticos del Estado por crímenes de guerra,

trasciende el relevante papel que están llamados a jugar los tribunales penales internacionales, pues frente a ellos no es posible alegar ningún tipo de inmunidad y, por tanto, cabe el enjuiciamiento de cualquier dirigente político estatal, al no ponerse en tela de juicio en este caso la independencia e igualdad de los Estados. Sin embargo, esta regla se ve limitada en el caso de tribunales, como la Corte Penal Internacional, creados mediante un tratado, pues en este caso, los dirigentes de Estados no partes, si bien no podrán alegar ante la Corte las inmunidades *ratione personae* de las que gozan cuando esta sea competente para enjuiciarlos, podrán servirse de ellas ante un Estado parte en el Estatuto en cuyo poder se encuentran para impedir su entrega. Ello pone de relieve la relevancia que siguen teniendo las inmunidades, aun ante tribunales penales internacionales.

Por tanto, es preciso constatar que los límites introducidos a la relevancia de las inmunidades por la afirmación de la responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra no han supuesto la postergación total de esta figura, sino que la necesidad de armonizar intereses y tendencias tan contrapuestos han llevado a que sólo se siga garantizando la inmunidad de los altos dirigentes del Estado por crímenes de guerra mientras se encuentren en el desarrollo de sus funciones, frente a la acción de tribunales extranjeros basada en la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Esta situación, que plenamente acogida por la práctica, no resulta convincente y nos debe llevar a plantearnos las limitaciones del recurso a la responsabilidad internacional del individuo –a pesar de su enorme trascendencia, que no puede ser negada– como único mecanismo para asegurar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, frente a la clamorosa –e incluso podríamos decir bochornosa– ineficacia de otros medios que debieran evitar que las violaciones a tales normas ocurran. Por ello, habría que insistir nuevamente en la necesidad de que la comunidad internacional, además de tomar conciencia en abstracto de la gravedad de tales crímenes, hiciese efectiva esa responsabilidad colectiva a la que se hace referencia en el documento final de la Cumbre Mundial de 2005, adoptando «medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad». La adopción de tales medidas, si son verdaderamente eficaces, deberán permitir reaccionar anticipadamente para

evitar, de ser posible, la comisión de crímenes de guerra generalizados y poner fin a los mismos. En este contexto es donde los mecanismos represivos deben contribuir a la aplicación de las normas humanitarias, con carácter complementario a otras medidas de carácter político, diplomático o económico que deben adoptar los Estados para poner fin a violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y para exigir responsabilidad al Estado que haya tolerado o promovido la comisión de estos crímenes.

# **CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO: EL IMPACTO DEL ESTATUTO DE ROMA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Carmen Quesada Alcalá  
*Doctora en Derecho*  
*Profesora Ayudante*  
*UNED*

## *SUMARIO*

INTRODUCCIÓN.-1.-La conveniencia u obligatoriedad de adaptar las legislaciones internas al Estatuto: una manifestación del principio de complementariedad. 2.- La revisión del Código Penal español a la luz del Estatuto de Roma: 2.1.- Los distintos sistemas estatales de adecuación de las normas sustantivas al Estatuto de Roma. 2.2.-La revisión del Código Penal español, necesaria pero incompleta. 3.- La legislación española de cooperación con la Corte Penal Internacional: 3.1.-La obligación de promulgar leyes de cooperación con la CPI. 3.2.- Un análisis crítico de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. 4.-Jurisdicción penal internacional y jurisdicción universal. Hacia una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial española: 4.1.-La relación entre jurisdicción penal internacional y jurisdicción universal. 4.2.-Los efectos de la Ley española de cooperación con la CPI sobre el principio de jurisdicción universal consagrado en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

## **INTRODUCCIÓN**

La ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) por los Estados genera importantes consecuencias para los mismos. Así, como manifestación de los principios de complementariedad y cooperación que

inspiran las relaciones de la Corte con los Estados, se ha desencadenado un proceso de adaptación de las legislaciones internas al Estatuto. Dicho proceso de adaptación se proyecta en el seno de los distintos ordenamientos internos, tanto en el ámbito de las normas sustantivas como en el ámbito de las normas procesales. De este modo, como consecuencia de la ratificación del Estatuto de Roma, en España se han producido ciertas alteraciones en el Código Penal, al tiempo que se ha puesto de relieve la necesidad de una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo al principio de jurisdicción universal consagrado en la misma. Igualmente, se ha llevado a cabo la promulgación de una Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional que permita la interrelación y el apoyo necesario entre los órganos de nuestro sistema y los pertenecientes al sistema jurisdiccional de la CPI.

En consecuencia, y a la vista del gran impacto que el Estatuto de Roma ha tenido en nuestro ordenamiento, en este trabajo nos proponemos realizar un análisis de dicho fenómeno, situándolo en el marco más amplio de las relaciones entre la CPI y el Derecho interno de los Estados. Por lo tanto, comenzaremos con un estudio general de los distintos sistemas de adaptación de las legislaciones nacionales al Estatuto, deteniéndonos en la conveniencia u obligatoriedad de ciertas reformas. Posteriormente, examinaremos cómo se ha producido la revisión del Código Penal español, en lo relativo a los delitos contra la Comunidad Internacional, a la luz del Estatuto de Roma. A continuación, realizaremos un análisis crítico de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, que responde a la obligación asumida por los Estados Partes de promulgar leyes de cooperación. Y, finalmente, abordaremos la compleja relación entre la jurisdicción penal internacional y el principio de jurisdicción universal recogido en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como demuestra la Ley española de Cooperación con la Corte, al poner de manifiesto la existencia de graves incongruencias entre ambas leyes.

## 1. LA ADAPTACIÓN DE LAS LEGISLACIONES INTERNAS AL ESTATUTO: UNA MANIFESTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE COMPLEMENTARIEDAD Y COOPERACIÓN

Si los Estados quieren preservar el ejercicio de su *ius puniendi* sobre los individuos bajo su jurisdicción en relación con la Corte Penal Internacional, no cabe la menor duda de que, entonces, la complementariedad, tal y como

está contemplada en el Estatuto (1) pasará a tener serias repercusiones en sus ordenamientos. De este modo, la complementariedad de la jurisdicción de la CPI tendrá gran incidencia en los ordenamientos internos, por su efecto «*boomerang*» o de estímulo, ya que impulsará a los Estados a proveerse de herramientas jurídicas que les permitan un ejercicio eficaz de su juris-

---

(1) El presupuesto principal del Estatuto es la responsabilidad primordial de los Estados de juzgar los crímenes contenidos en el mismo. El principio de complementariedad es el punto de partida desde el Preámbulo del Estatuto «Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales» (Párrafo 6.º del Preámbulo (N.U. Doc. A/CONF.183/9), pero el Preámbulo especifica aún más claramente el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales al establecer expresamente que «(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (párrafo 10). Ya en el texto dispositivo, el Estatuto de Roma, en su artículo 1 establece que la CPI «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». La redacción de este artículo, a la luz de lo establecido en el Preámbulo, aporta luz sobre el verdadero carácter del modelo jurisdiccional consagrado en el Estatuto. Asimismo, la consagración de la complementariedad no sólo en el texto preambular sino también en el dispositivo nos muestra la importancia de este principio, que acaba siendo el eje vertebral que opera a lo largo de todo el Estatuto.

La complementariedad es, así, incorporada en las normas dispositivas del Estatuto, en concreto, no sólo en el artículo 1.º, sino también en los artículos 17 a 20 que concretan el significado y alcance de este principio. El artículo 17 está destinado a regular las cuestiones de admisibilidad y nos proporciona los criterios para determinar cuándo un Estado no quiere o no puede investigar o enjuiciar un asunto concreto. El artículo 18 regula las decisiones preliminares relativas a la admisibilidad y el procedimiento a seguir en estos casos. Conforme al art. 19, se establece el procedimiento referente a la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa. Y, finalmente, el art. 20 recoge el principio de cosa juzgada o *ne bis in idem*. Sobre la complementariedad, ver: BLEICH, J.L.: «Complementarity», *D.J.I.L.P.*, Vol.25, N.º 2, Winter 1997, pp. 281-292; HOLMES, J.T.: «The Principle of Complementarity», en LEE, R.: *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute-Issues, Negotiations, Results-*, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, pp. 43 y ss.; LATTANZI, F.: «Compétence de la Cour Penale Internationale et consentement des Etats», *R.G.D.I.P.*, N.º 2, 1999, pp. 426 y ss.; LAUCCI, C.: «Compétence et Complémentarité dans le Statut de la future Cour Pénale Internationale», *L'Observateur des Nations Unies*, N.º 7, 1999, pp.174 y ss.; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de «ingeniería jurisdiccional»?», en CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord.): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, C.G.P.J, Madrid, 2000, pp. 398-423; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, mayo de 2000, pp. 78-100; HOLMES, J.T.: «Complementarity. National Courts versus the ICC», en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D.; ESER, A.; GAJA, F.; KIRSCH, Ph.; PELLET, A. & SWART, B. (eds.): *The Statute of Rome of the ICC: Commentary*, Oxford University Press, USA, 2002, pp. 676 y ss.; SOLERA, O.: «Complementary Jurisdiction and international criminal justice», *R.I.C.R.*, Vol.4, n.º 845, March 2002, pp.165 y ss.

dicción (2). Se va a originar, así, un triple impacto en los ordenamientos internos. Por una parte, se van a producir una serie de desarrollos y reformas en las legislaciones penales sustantivas, de acuerdo con los compromisos internacionales derivados del Derecho Internacional Penal y las disposiciones del Estatuto de la CPI. Por otra parte, se van a dar una serie de reformas en los ordenamientos generales para que, con la base de la jurisdicción universal, los Estados puedan ejercer su jurisdicción. Y, finalmente, se va a impulsar la promulgación de una serie de leyes de cooperación con la Corte, como consecuencia de la misma ratificación del Estatuto.

En consecuencia, es conveniente que los Estados que pretendan firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al Estatuto de Roma lleven a cabo un examen de su propia legislación interna de cara a realizar las reformas necesarias para asegurar la aplicación efectiva de la complementariedad (3), ya que ésta va a depender en cierto grado de la incorporación del Estatuto de Roma en el derecho interno de los Estados.

Las modificaciones demandadas por la propia dinámica de los Estados al ratificar el Estatuto son reconducibles a dos niveles básicamente. Dejando de lado la jurisdicción universal, los dos ámbitos en los cuales son *necesarias* (y no en todos los casos *obligatorias*), las reformas internas habrán de proyectarse necesariamente sobre el ámbito del Derecho penal sustantivo y el del Derecho procesal (4). En el primero de los campos, *es conve-*

---

(2) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, mayo de 2000, pp. 78-100; LATTANZI, F.: «The International Criminal Court and National Jurisdictions», en POLITI, M. & NESI, G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Ashgate, Dartmouth, 2001, pp. 177-223; PUEYO LOSA, J.: «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REMACHA Y TEJADA, J.R.: *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, N.º 5, Madrid, 2001, p.155.

(3) AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary Checklist for Effective Implementation*, Informal document prepared for participants in «Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional: Desarrollo y aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional», Casa de América, 22 y 23 de mayo de 2000, pp. 1-30; BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court: A checklist for implementation», *Nouvelles études pénales*, N.º 13, 1999, pp.113 y ss; HUMAN RIGHTS WATCH: *Corte Penal Internacional. Asegurando el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Guía para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI en la legislación interna de los Estados Partes*, septiembre de 2001, pp.1-39.

(4) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, pp. 93-100; TRIFFTERER, O.: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 4-5.



niente una definición de los tipos penales y una recepción de éstos de modo muy similar al previsto en el Estatuto de la Corte (5), a la luz del principio de complementariedad (6). Esta recepción será beneficiosa, en tanto en cuanto aumentará tanto el efecto preventivo como el represivo del Estatuto de Roma, impidiendo en todo caso la impunidad (7). En este mismo ámbito, será necesario que los Estados enmienden su legislación relativa a delitos contra su sistema de justicia penal para incluir los delitos prohibidos por el artículo 70.1 del Estatuto de la Corte, y, así, asegurarse de que los delitos establecidos en sus legislaciones nacionales y sus definiciones cubren el total de las conductas prohibidas en dicha disposición (8). Del mismo

---

(5) En el campo de las definiciones, es de destacar que no es necesaria una absoluta identidad en la definición de los crímenes en los distintos ordenamientos internos y en el Estatuto de Roma, pero sí es preciso asegurar que se da una identidad en cuanto a los elementos esenciales del tipo penal y al bien jurídico protegido, así como respecto de la gravedad de la conducta en cuestión (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, p.96). De no ser así, el juego de la complementariedad se puede ver dificultado. Así, por ejemplo, si se considera que un acto es un delito de derecho común conforme a la legislación nacional, mientras que en el Estatuto es calificado de crimen internacional. Dado que este supuesto concreto no es considerado causa de inadmisibilidad ante la Corte conforme a su Estatuto, ésta habrá de estimar si dicha tipificación del crimen como común responde a un propósito de protección del reo o supone la intención de impedir la comparecencia de éste ante la justicia. Sólo en este último caso la Corte declarará la admisibilidad del asunto. Aún así, se puede dar el supuesto de que la Corte declare admisible un asunto basándose en la inacción de las autoridades judiciales nacionales, caso que se dará cuando el Estatuto prohíba una serie de conductas de un modo más amplio que el catálogo de conductas y crímenes recogido en la legislación interna del Estado. La medida a adoptar sería la introducción de reformas legislativas tales que asegurasen que el derecho interno prohíba el mismo catálogo de actos que el Estatuto de la Corte (BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, p.156). Este desfase podrá suplirse en el caso de los crímenes comunes anteriormente mencionados mediante la imposición de penas especiales cuando estos delitos están acompañados de circunstancias que hacen posible su encasillamiento en el catálogo de crímenes del Estatuto, y en el resto de los casos se solucionará a través de la incorporación de las definiciones del Estatuto y sus penas a los ordenamientos nacionales. El mecanismo más simple será, pues, incorporar las definiciones estatutarias de modo íntegro, ya sea a través de la incorporación del Estatuto mismo en el derecho interno, o dictando una legislación tal que reproduzca las definiciones.

(6) ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional...», *op.cit.*, p.398.

(7) YAÑEZ BARNUEVO, J.A. & ROLDÁN, A.: «Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 205-206.

(8) Los delitos serían: falso testimonio; presentación de pruebas falsas; corrupción, obstrucción de la comparecencia de un testigo, tomar represalias contra éste; obstrucción, intimidación o corrupción de un funcionario de la Corte o toma de represalias contra éste. Ver: AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp. 29-30.

modo, los sistemas jurídicos internos han de prever la cooperación con la Corte en la investigación y persecución de delitos contra la administración de justicia, incluyendo la asistencia internacional y la extradición de personas sospechosas o acusadas de tales delitos a otros Estados o a la Corte, si ésta lo requiere. En realidad, éste el único supuesto en que la reforma legislativa es obligatoria conforme al Estatuto, ya que las condiciones para asegurar la cooperación internacional con la Corte respecto de dichos delitos se regirán por el Derecho del Estado requerido, de acuerdo con el artículo 70.2 del Estatuto. E incluso el artículo 70.4 estipula que todo Estado Parte deberá extender su Derecho penal hacia la penalización de delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación, o contra todo proceso judicial por delitos contra la administración de justicia cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.

Asimismo, sería *adecuada* la recepción de los supuestos de autoría del Estatuto y de las causas de exclusión o modificación de responsabilidad penal (9), y, en última instancia, la correlación entre las penas

---

(9) En conexión con este tema, se ha suscitado igualmente el problema de si el hecho de que el derecho interno no recoja determinados principios generales del Estatuto va a dar lugar a la exclusión de la responsabilidad penal del individuo en determinados supuestos y a que las sentencias no tengan el mismo efecto en ambos órdenes (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, p.2). Así, las carencias en el ámbito interno respecto a ciertos principios de Derecho penal pueden redundar en una falta de disposición de los tribunales internos para someter al acusado a un enjuiciamiento o a un enjuiciamiento imparcial y justo, lo que daría lugar a la admisibilidad del asunto ante la CPI (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp.16-17; DUFFY, H. & JUSTON, J.: «Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, p. 33. De este modo, sería deseable que todo Estado examinara su ordenamiento nacional de acuerdo con el Estatuto de la Corte y lo adecuara a los principios generales contenidos en la Parte III (artículos 22-23) y a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal (artículo 31), de manera que los principios de responsabilidad penal en la legislación nacional fueran «al menos» tan estrictos como en la Parte III del Estatuto de Roma (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp.5-6; BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *op.cit.*, p.158). Así, los principales problemas de inadecuación entre los ordenamientos internos y el Estatuto de Roma respecto de los Principios Generales de Derecho Penal, con importantes consecuencias a efectos de la complementariedad, se pueden dar en relación con las normas relativas a la autoría y a las reglas de exención y modificación de la responsabilidad penal, como sería el caso de responsabilidad de los superiores jerárquicos, las inmunidades, y las leyes de amnistía (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, p.97; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en QUÉL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, pp. 133-162; RODRÍGUEZ-VILLA-

previstas en el Estatuto y las configuradas en los ordenamientos internos (10).

Un problema que merece mención aparte es el relativo a la jurisdicción militar. En principio, el Estatuto de Roma no diferencia entre los sistemas de justicia militar o civil, por lo que en ambos supuestos se tendrá que actuar de acuerdo con los criterios de buena fe, justicia, independencia e imparcialidad. En definitiva, convendría que los Estados Partes revisaran la relación entre las jurisdicciones militares y los tribunales nacionales para evitar la impunidad, de modo que los crímenes hayan de ser juzgados bien por una instancia civil o bien por una instancia militar (11). Un asunto enjuiciado por un tribunal militar no tiene porqué ser considerado admi-

---

SANTE Y PRIETO, J.L.: «Los Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75, enero-junio 2000, pp. 381-440; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Un estudio sobre la parte general del Derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de Derecho Penal», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, 2001, pp. 127-154).

(10) Los fallos y las penas impuestas a nivel interno van a ser también indicativas de la voluntad de enjuiciar en dichos sistemas. Así, dichas penas han de tomar en consideración el hecho de que estos crímenes sean «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», como estipula el artículo 5 del Estatuto de Roma. Para la Corte, será un supuesto de admisibilidad de un asunto el que a nivel interno se considerasen normas sin relevancia para imponer una pena o se dictasen sentencias que fueran significativamente desproporcionadas con la gravedad de los crímenes de la competencia de la Corte. De este modo, será conveniente que los Estados, en sus Códigos Penales nacionales, dispongan penas de gravedad equivalente a las recogidas en el Estatuto respecto de los crímenes de competencia de la Corte (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, p.98).

El tema de las legislaciones nacionales de Estados Partes que prevén la aplicación de la pena de muerte ha suscitado profundas discusiones en la Conferencia de Roma, dado que el Estatuto tan sólo reconoce como pena máxima la reclusión a perpetuidad. Cabe preguntarse si, conforme al Estatuto de Roma, existe la obligación de suprimir la pena de muerte en los ordenamientos internos. Comprobamos cómo el artículo 77 del Estatuto prevé que la máxima pena a imponer por la Corte será la de prisión. A posteriori, el artículo 80 del mismo instrumento señala que ninguna disposición de esta Parte VII afectará a la aplicación por los Estados de las penas previstas por sus legislaciones nacionales, ni siquiera cuando el Derecho interno de éstos no prevea las penas prescritas en esta Parte. Teniendo en cuenta que la pena de muerte viola los artículos 3 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y dada la inconveniencia de que los Estados apliquen una pena más severa para un crimen internacional que la prevista por la misma Comunidad Internacional, resulta obvio que la pena de muerte quedaría excluida de aplicación en los ordenamientos nacionales. No obstante, alguna solución tendrán que dar las autoridades de aquellos Estados Partes en cuyas legislaciones internas esté prevista la pena de muerte para solventar esta contradicción (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp. 7-8).

(11) BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, p.162.

sible ante la Corte Penal Internacional a menos que el procedimiento no se lleve a cabo de buena fe y no se aplique la responsabilidad penal de acuerdo con las definiciones correspondientes, las garantías de la defensa y los principios generales contenidos en el Estatuto. En definitiva, tanto en el supuesto de las jurisdicciones civiles como en el de las jurisdicciones militares, se prestará atención a las normas internacionales sobre independencia, imparcialidad y debido proceso (12). La consecuencia lógica de este proceso de adaptación será la producción de una serie de «efectos indirectos sobre la justicia y la práctica militar» por parte del Estatuto de Roma, que se van a dar fundamentalmente en el ámbito sustantivo (13).

Por otra parte, situándonos en el nivel procesal, nos enfrentamos a la necesidad del establecimiento de una serie de parámetros uniformes y de una adecuación correcta de la estructura procesal en el orden interno y en el internacional. Así por ejemplo, en el campo de la investigación, la calidad de la legislación de implementación nacional va a repercutir decisivamente en su eficacia. Finalmente, se precisará de una legislación que suponga una aproximación flexible a los poderes autónomos del Fiscal previstos en el artículo 99 del Estatuto; y del establecimiento de una serie de procedimientos flexibles en el ámbito interno para la ejecución de los actos de la Fiscalía.

---

(12) BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, p.163.

(13) Vamos a analizar algunas disposiciones del Estatuto con posible influencia en las disposiciones de los códigos y reglamentos militares. En cuanto a la terminología, el ataque, las órdenes superiores o el uso de armas son conceptos que, de acuerdo con su caracterización en el Estatuto, pueden ser sometidos a modificaciones en los manuales militares y de entrenamiento militar y prácticas educativas como medidas de carácter más bien preventivo. Centrándonos en disposiciones concretas, el artículo 8.1 del Estatuto de la Corte recoge la comisión de crímenes de guerra «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política». Se estimará que podrán ser elementos probatorios de una política para cometer un crimen de guerra los actos de política, regulación, normas de focalización para el ataque o documentos similares referentes a la conducta prohibida en el mencionado artículo 8. Lo mismo se aplicará al supuesto del artículo 7.2.a) en el caso de los crímenes contra la humanidad. De tal manera que la política y regulaciones militares, códigos disciplinarios, alineaciones para la focalización del ataque y manuales de entrenamiento deberán ser sometidos a revisión para que puedan contener determinados actos. Los actos que deberán contemplar los códigos militares y sus reglamentos para su adecuación al Estatuto de la Corte Penal Internacional serán: el traslado forzoso de personas; las detenciones; la prevención de la tortura; la focalización del ataque; el trato adecuado de las personas y bienes protegidos; las necesidades militares, los medios de guerra, la necesidad y proporcionalidad; el dar y obedecer órdenes, es decir, la responsabilidad de mando; y la actuación de los paramilitares. En este último supuesto, los Estados Partes habrán de verificar que si sus fuerzas se comprometen con paramilitares o fuerzas irregulares no lo hayan de hacer de modo que conlleve la imposición a éstos de responsabilidad penal de acuerdo con el Estatuto (BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, pp. 163-166).

Desde la perspectiva de la obligatoriedad o conveniencia de las reformas en las legislaciones internas, hemos de señalar que, en el ámbito sustantivo, no existe la obligatoriedad de modificación y adecuación de las legislaciones internas al Estatuto, pero sí su conveniencia, con el fin de evitar desajustes que impidan el adecuado funcionamiento de la Corte, y la correcta aplicación del principio de complementariedad (14). En cambio, en el ámbito procesal sí existe la obligación jurídica de adoptar normas que articulen la cooperación de los Estados con la Corte, de conformidad con los artículos 86 y 88 del Estatuto (15). No obstante, es difícil deslindar la conveniencia de adaptación de las legislaciones sustantivas y la obligatoriedad de adaptación que se cifra en las leyes de cooperación, si tenemos en cuenta que un buen número de leyes de implementación del Estatuto son, simultáneamente, leyes de cooperación, leyes penales sustantivas y leyes jurisdiccionales y procesales.

En cualquier caso, la ratificación de un tratado, en este caso del Estatuto de Roma, sin modificar la legislación existente en los ordenamientos jurídicos internos no constituye por sí misma una violación del tratado (16). En consonancia, y a pesar de la previsión del art. 88 del Estatuto, conforme al cual «[l]os Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte», en este instrumento no se prevén consecuencias directas para los Estados Partes derivadas de la no implantación de sus obligaciones de modo suficiente en sus ordenamientos jurídicos internos. Sólo si se produce un fracaso de este sistema respecto del cumplimiento de un caso específico de cooperación, se darán consecuencias para los Estados no cooperantes con la Corte (17).

---

(14) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional, n.º 75, enero-junio 2000, pp. 185-188.

(15) El artículo 86 titulado «Obligación general de cooperar» reza así: «Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.» El artículo 88 parte de una concreción de esa obligación general de cooperar del artículo 86 al estipular que: «Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte».

(16) DUFFY, H. & JUSTON, J.: «Implementation of the ICC Statute...», *op.cit.*, p.34.

(17) TRIFFTERER, O.: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 24-25.

Con la articulación de todo este sistema en el Estatuto, los principios de complementariedad y de cooperación se ven plenamente respetados y garantizados.

## 2. LA REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA

### 2.1. LOS DISTINTOS SISTEMAS ESTATALES DE ADECUACIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS AL ESTATUTO DE ROMA

Antes de abordar el impacto del Estatuto de Roma en la legislación sustantiva española, es preciso apuntar a las distintas fórmulas de adecuación de los ordenamientos internos a las normas del Estatuto de Roma (18). En la práctica, se han dado diversas situaciones en aras a la adecuación de los ordenamientos internos a las normas del Estatuto de Roma. Vamos a examinar sólo las soluciones adoptadas por algunos Estados, en atención a la relevancia de sus leyes o proyectos de leyes. No obstante, conviene poner de manifiesto, desde este primer momento, que la mayoría son Estados del ámbito geográfico europeo y latinoamericano, puesto que aquí donde se han dado los desarrollos más significativos.

Primeramente, ciertos Estados han apostado por la promulgación de leyes que contemplan distintos aspectos, sustantivos, procesales y de cooperación en su adaptación al Estatuto de Roma, como es el caso de Nueva Zelanda (19), Noruega (20), Reino Unido (21) y Sudáfrica (22). Proyectos de leyes de carácter omnicompreensivo han sido elaborados igualmen-

---

(18) Ver: *Represión nacional de los crímenes de guerra y la competencia de la Corte Penal Internacional*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Delegación Regional para México, América Central, Haití y el Caribe Hispanohablante, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, Universidad LaSalle, San José, Costa Rica, 29 de octubre de 2002, pp.18.

(19) *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(20) *Loi n.º 65 du 15 Juin 2001 relative à la transposition dans le droit norvégien du Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 en CONSEIL DE L'EUROPE: Les implications pour les Etats Membres du Conseil de l'Europe de la ratification du Statut de Rome de la Cour Penale Internationale* (Consult/ICC (2001) 43).

(21) *International Criminal Court Act 2001* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(22) *International Criminal Court Bill* (Minister for Justice and Constitutional Development [B42-2001]). Ver: <http://www.iccnw.org/resourcetools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>.

te por Italia (23) y Uruguay (24). Un caso especial es el de los Países Bajos (25), que ha optado por una multiplicidad de leyes diferentes que recogen los distintos aspectos: una ley de cooperación, una ley de reforma de su Código Penal y Código Procesal Penal, y una Ley específica sobre los crímenes.

Otros Estados han procedido a promulgar leyes específicas referentes a los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y el genocidio, así como a los delitos contra la administración de justicia, en definitiva, a los crímenes de la competencia de la Corte, separándolas claramente de las leyes anteriormente mencionadas de carácter general, así como de las leyes de cooperación. De este modo, han aprobado una ley relativa a los crímenes de competencia de la Corte, Alemania (26), Australia (27), Bélgica (28), Canadá (29), Finlandia (30), y Países Bajos (31). Mientras, se

---

(23) *Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale (Progetto di Legge, n.º 2724, XIV Legislatura)*. Este proyecto de Ley ha sido presentado ante el Senado italiano el 24 de julio de 2002, para pasar a ser examinado por una Comisión de Estudio, cuya tarea fue prorrogada hasta diciembre de 2003, dando como resultado un proyecto de articulado definitivo y un informe, aún pendiente de aprobación. Sobre la trayectoria de este proyecto, ver: [http://www.giustizia.it/uffici/inaug\\_ag/ag2004MG\\_ndx.htm](http://www.giustizia.it/uffici/inaug_ag/ag2004MG_ndx.htm).

(24) *Proyecto de Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. El último proyecto ha sido circulado el 19 de mayo de 2005, y se halla a la espera de ser aprobado. Sobre los intentos realizados por Uruguay para adaptarse al Estatuto de Roma, ver: GONZÁLEZ, J.L.: «Informes nacionales. Uruguay», en AMBOS, K. & MALARINO, E. (eds.): *Persecución penal nacional...*, op.cit., pp.495-534.

(25) *Act of 20 June 2002 to implement the Statute of the International Criminal Court in relation to co-operation with and the provision of assistance to the International Criminal Court and the enforcement of its decisions (ICC Implementation Act)*, en *Bulletin of Acts, Orders and Decrees* 2002, n.º 314; *Act of 20 June 2002 to Adjust the Penal Code, the Code of Criminal Procedure and Some Other Acts to the ICC Implementation Act (ICC Adjustment Act)*, en *Bulletin of Acts, Orders and Decrees* 2002, n.º 316; *Act of 19 June 2003 containing Rules Concerning Serious Violations of International Law (International Crimes Act)*, en *Bulletin of Acts, Orders and Decrees* 2003, n.º 270. Ver: [http://www.coe.int/T/E/Legal\\_Affairs/Legal\\_co-operation/Transnational\\_criminal\\_justice/International\\_Criminal\\_Court/Documents/2Country\\_Information](http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Transnational_criminal_justice/International_Criminal_Court/Documents/2Country_Information).

(26) *Act to Introduce the Code of Crimes against International Law of 26 June 2002* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(27) *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(28) *Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, en The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 11).

(29) *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant lamise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, 29 juin 2000 (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(30) *Crimes Legislation: Act n.º 1285/2000* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(31) *Act of June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, 19 June 2003, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 4).

hallan tramitando proyectos de leyes sobre los crímenes de la competencia de la Corte diversos Estados, entre los que destacan Argentina (32), Ecuador (33), Panamá (34), y la República Democrática del Congo (35). Otra alternativa de la que los Estados han hecho uso ha sido la de incorporar la tipificación de los crímenes competencia de la Corte al hilo de un esfuerzo de reforma de sus códigos penales y de justicia militar, como en el caso de Macedonia (36), Perú (37), Puerto Rico (38), Venezuela (39) y España (40).

Comenzando por las leyes que contemplan los distintos aspectos, tanto sustantivos como procesales, derivados de la implementación del Estatuto de Roma, incidimos, en la Ley irlandesa sobre la Corte Penal

---

(32) *Proyecto de ley sobre Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional*. Este Proyecto fue remitido, el 9 de octubre de 2002, por el Presidente de la República al Congreso, de modo que la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado se halla, en estos momentos, discutiendo el texto para aprobarlo. El mismo itinerario se halla siguiendo en estos momentos el *Proyecto de Ley sobre Jerarquía Constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Sobre ambos proyectos, ver: RAIMONDO F.: «Comentario a los Proyectos de Ley Redactados por la Comisión Interministerial Argentina de Implementación del Estatuto de Roma», *Revista del Instituto de Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de La Plata (Argentina), n.º 22, 2002.

(33) *Proyecto de ley sobre delitos contra la humanidad* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(34) *Anteproyecto de Ley de represión nacional de crímenes de guerra* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(35) *Projet de loi portant la mise en oeuvre du statut de la cour pénale internationale tel que modifié par le plaidoyer organisé par le Ministère de la Justice de la République Démocratique du Congo du 21 au 23 Octobre 2002 à Kinshasa et les 24 et 25 Octobre 2002 à Lubumbashi* (<http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>).

(36) «Progress Report by the Former Yugoslav Republic of Macedonia», en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 13).

(37) La Ley n.º 27.837 de 4 de octubre de 2002 ha creado la Comisión Especial Revisora del Código Penal con la atarea de realizar la «adecuación de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Del mismo modo, mediante el decreto supremo (DS) n.º 005-2003-Ministerio de Justicia (JUS) de 14 de marzo de 2003 del Ministerio de Justicia se creó la Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismo para implementar el Código Procesal Penal.

(38) Propuesta a ser presentada ante la Comisión de lo Jurídico del Senado de Puerto Rico para incluir los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código Penal (AMNISTÍA INTERNACIONAL, Sección de Puerto Rico, Red Internacional de Profesionales del Derecho).

(39) Reforma del Código Penal de 20 de octubre de 2000 (Gaceta Oficial n.º 5494 extraordinaria).

(40) *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. (B.O.E. n.º 283, 26 de noviembre de 2003).



Irlandesa, de 11 de agosto de 2003 (41). El mencionado instrumento fue precedido de una enmienda constitucional aprobada por mayoría en el referéndum que tuvo lugar en junio de 2001. En dicha ley se establecen los parámetros mediante los cuales los tribunales irlandeses habrán de interpretar y aplicar el Estatuto de Roma, en relación con los mismos crímenes recogidos en el mismo, incluyendo los delitos con la Administración de Justicia. Igualmente, se establecen una serie de disposiciones sobre cooperación con la CPI respecto de la investigación, enjuiciamiento e imposición de penas. Esta ley ha sido redactada siguiendo la estela dejada por la ley de Reino Unido y Escocia (lógicamente), así como por Noruega y Nueva Zelanda, que pretenden, en definitiva, asegurar la complementariedad de sus jurisdicciones con la de la Corte, estableciendo las pautas de comportamiento de sus tribunales nacionales, al tiempo que aseguran una relación fluida de cooperación y asistencia con el tribunal internacional. En el caso de la Ley británica se establece –incluso– que los tribunales nacionales tendrán en cuenta no sólo los Elementos de los Crímenes sino también la futura jurisprudencia de la Corte en relación con el enjuiciamiento nacional de los crímenes de la competencia de la instancia internacional.

De entre los Estados que han decidido establecer una ley sobre los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma, hay que resaltar el caso de los Países Bajos, con su Ley de junio de 2003 sobre violaciones de derecho internacional humanitario (42). Dicho instrumento legislativo se hace eco de las principales novedades reconocidas en el Estatuto de Roma, aunque sin recoger los delitos contra la administración de justicia. Así, incluye los crímenes contra la humanidad, categoría hasta ahora inexistente en dicho ordenamiento, criminaliza los crímenes de guerra cometidos tanto en conflictos armados internos como internacionales, recoge los crímenes de índole sexual entre los anteriormente mencionados y contempla la responsabilidad de los superiores civiles, ampliando el ámbito de la responsabilidad penal individual. No obstante, establece la jurisdicción universal limitada a los casos de individuos que se hallen en el territorio de los Países Bajos y no gocen de inmunidad, en la misma línea de argumentación

---

(41) *The International Criminal Court Bill 2003*, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 10).

(42) *Act of June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, 19 June 2003, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 4).

del TIJ en su Sentencia de la RDC contra Bélgica y de la última ley belga, como veremos a continuación.

Pero, esta Ley tuvo dos precursoras: la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (43) y la Ley belga de 16 de junio de 1993, modificada por la Ley de 10 de febrero de 1999, y derogada por la Ley de 5 de agosto de 2003 (44). La Ley canadiense estipula que las personas que hayan cometido actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra podrían ser juzgadas independientemente del momento y del lugar en que se cometieran dichos actos. Además, esta Ley realiza referencias al Derecho Internacional convencional, consuetudinario e incluso a los principios generales del Derecho en cuanto a la definición de los crímenes, y contempla la aplicación retroactiva del Derecho Penal. Por su parte, la Ley Belga ha experimentado varias reformas hasta llegar a la actualidad, que examinaremos con posterioridad.

Remarcable es asimismo el caso de Alemania, que ha promulgado el *Código de Derecho Penal Internacional*, a través de la Ley de 26 de junio de 2002 (45) en atención a la gravedad específica de los crímenes internacionales. En dicho texto se percibe claramente la influencia de los preceptos del Código Penal español que tipifican los crímenes de guerra (46). Así, el Código germano dedica su primera Parte a una serie de Disposiciones Generales entre las que se encuentran la imprescriptibilidad de los crímenes, la obediencia jerárquica y la responsabilidad de los superiores, y en la segunda recoge crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y otras infracciones, incluidos los delitos contra la Administración de Justicia (47). Este texto es uno de los más perfectos desde el punto de vista técnico, ya que contempla un

---

(43) *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, 29 juin 2000 (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(44) *Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire*, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 11).

(45) Sobre los trabajos preparatorios de dicho Código, ver: <http://www.bmj.bund.de/ggv/voelkstr.pdf>

(46) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del código penal español por ley orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie»», *Revista Española de Derecho Militar*, 82, n.º 82, julio-diciembre 2003, p.206.

(47) *Act to Introduce the Code of Crimes against International Law of 26 June 2002* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

amplio espectro de responsabilidad penal individual, al incriminar el incumplimiento del deber de vigilancia en relación con la responsabilidad de los superiores y la omisión del deber de denunciar las infracciones penales, e igualmente recoge normas procesales penales para permitir el adecuado enjuiciamiento y la cooperación con la jurisdicción internacional.

En cuanto a los textos que aún se encuentran en fase de proyecto, destaca el proyecto venezolano de reforma de su Código Penal y de su Código Orgánico de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal, de marzo de 2002. En dicho proyecto se pone de manifiesto la necesidad de agregar el término de «crímenes», junto a los de «delitos» y «faltas», a la luz de la gravedad de los nuevos actos a incluir en consonancia con el Estatuto de Roma. De igual modo, se establecen la pena más severa, la pena privativa de libertad entre veinte y treinta años de prisión a los responsables de crímenes de genocidio y de lesa humanidad, aplicando los principios penales previstos no sólo en la Constitución y en el Código Penal o Código Orgánico de Justicia Militar según el caso, sino también en el mismo Estatuto de Roma. Las normas del instrumento jurídico-internacional también serán aplicables a la investigación y al procedimiento penal.

En todo caso, del análisis de esta práctica deducimos que los Estados han cumplido con su obligación de incorporar en sus ordenamientos internos los delitos contra la Administración de Justicia, con independencia del método adoptado por los mismos para implementar con carácter general el Estatuto de Roma. También resulta obvio que aún no existiendo una obligación de adecuar y asegurar la disponibilidad de los ordenamientos internos en relación con el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, los Estados han llevado a cabo dicha tarea considerando que es importante a efectos de que la Corte determine la admisibilidad o no de un asunto (48). Y actualmente podemos afirmar que los Estados han dado cumplimiento a la armonización de sus legislaciones con el Estatuto de Roma por estimarla conveniente para que el juego de la complementariedad funcione correctamente (49).

## 2.2. LA REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, NECESARIA PERO INCOMPLETA

En el caso de España, y a pesar de poseer un Código Penal y un código Penal Militar relativamente recientes, puesto que ambos habían sido

---

(48) BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court:...», *loc.cit.*, p.155.

(49) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución...», *loc.cit.*, pp. 186-187.

promulgados en 1995 (50) y 1985 respectivamente, la adecuación de nuestro sistema jurídico al Estatuto de Roma, imponía una revisión general del Derecho español. En esta línea, el 26 de julio de 2002, fue presentada en el Congreso de los Diputados la *Proposición de Ley sobre adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional* (51). Del mismo modo, y como propuesta de lege ferenda, en diciembre de 2000, el *Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española* (CEDIH) realizó una «Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflictos armados» (52), que fue dirigida al Gobierno en enero del 2002 por la Presidencia de la Cruz Roja española. Tanto la Proposición de Ley (53) como la Propuesta del CEDIH dejaron huella y posibilitaron el nacimiento de la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

En esta misma línea, hemos de destacar especialmente la acción del CEDIH, que en su momento determinó la configuración y contenido de

---

(50) Sobre la reforma del Código Penal español del año 1995, ver: [PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELOS, M.: «On offences against the International Community according to the Spanish Penal Code», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. IV, Kluwer Law International, 1995-1996, pp. 3-51; ABAD CASTELOS, M.: «Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal español», *Anuario de la Facultad de Derecho* 1999, vol. III, A Coruña, 1999, pp. 433-467] 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, Madrid, 2003, pp.758.

(51) La *Proposición de Ley sobre adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional* (Orgánica) (122/000240), fue presentada el 26-7-2002 a la Mesa del Congreso de los Diputados por el Grupo Socialista del Congreso. Fue calificada el 3-9-2002, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º B-272-1, 6-9-2002. Esta proposición no contó con el apoyo suficiente, y tras ser debatida en la sesión de 7 de mayo del 2003 del Congreso fue rechazada (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º B-272-2, 7-5-2003).

(52) CEDIH: «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 78, julio-diciembre 2001, pp.108-128.

(53) Conviene recordar que en dicha Proposición se instaba a la reforma del ordenamiento español, en aras a su adaptación al Estatuto de Roma. Así, se planteaba la incorporación al Código Penal español de la categoría del crimen contra la humanidad en la misma línea de la definición del Estatuto de Roma, y la adecuación a la definición de crímenes de guerra del mismo, de las disposiciones de los artículos 608 a 614 del Código Penal y las correspondientes del Código Penal Militar. Igualmente, se preveía la inclusión de una declaración expresa de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. También se proyectaba que se hubiera de recoger en nuestro ordenamiento la declaración expresa de manifiesta ilicitud de los órdenes de cometer estos crímenes. Y se planteaba la regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, hubieran organizado, controlado o no impedido la ejecución de estos delitos, yendo más allá de lo previsto en el art.28 del Estatuto de Roma.

los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado* de nuestro Código Penal aprobado por L.O. 10/1995, y que en el caso de la L.O.15/2003 ha tenido una influencia decisiva. De hecho, en el *proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal* (54), que precedió a nuestra L.O. actual, no se hacía referencia a los crímenes de guerra. Dicha referencia apareció gracias a una enmienda presentada por el Grupo Popular ante las Cortes (55), que se basaba en la propuesta del CEDIH mencionada.

Con estos precedentes, vamos a realizar a continuación un análisis detallado del modo en que el Estatuto de Roma ha ejercido su influjo en la última reforma del Código Penal español, en lo referente a su Título XXIV, titulado «Delitos contra la comunidad internacional». No obstante, conviene recordar, tal y como hacía la Propuesta del CEDIH, que la reforma experimentada parte de la necesidad de adecuación de nuestro Estatuto no sólo al Estatuto de Roma sino también al resto de instrumentos internacionales relativos al Derecho internacional Humanitario (56).

En primer lugar, ha de destacarse que el Capítulo II bis, dedicado a los delitos de lesa humanidad es completamente novedoso, puesto que el artículo 607 bis, inspirándose en la Proposición de Ley mencionada, recoge una nueva categoría para la legislación penal española. En esta disposición se recogen los mismos tipos que en el art. 7 del Estatuto de Roma se engloban en la categoría de crímenes contra la humanidad. Así, se tipifican una serie de actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, aunque se va más allá al recoger también los actos cometidos contra *parte* de la población civil. No obstante, no se recoge el requisito del *conocimiento* de tal ataque, a diferencia del Estatuto.

Con carácter general, en el párrafo 1.º del nuevo artículo se tipifican los actos cometidos por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo

---

(54) *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (121/000145).

(55) Senado, D.S. de Pleno n.º 157 (S/621/000145) (CD 121/000145).

(56) Así, el *Derecho de la Haya* (las Convenciones de 1899 y 1907), la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción* de 10 de abril de 1972, la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción* de 1993, la *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* de 9 de diciembre de 1994, la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción* de 18 de septiembre de 1997, el *Segundo Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 sobre protección reforzada de los bienes culturales* de 26 de marzo de 1999, y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados* de 25 de mayo de 2000.

sometido a persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género «u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional», redacción que es similar a la del art.7.1 h) del Estatuto de Roma, que estipula el crimen de persecución. Y, asimismo, en nuestro Código se tipifican los actos cometidos «en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen», lo que coincide con la definición del crimen de *apartheid*, del art.7.1. j) del Estatuto. A pesar de que es obvia la influencia del Estatuto de Roma y su art.7 en este art.607 bis de nuestra ley, llama la atención el hecho de que dos tipos específicos recogidos en el Estatuto de Roma, tales como son el *apartheid* y la persecución, son considerados en nuestro Código Penal reformado como el marco en el cual los actos cometidos con carácter generalizado o sistemático y en tanto que ataques contra la población civil van a ser considerados como crímenes contra la humanidad.

Con esta primera referencia a un marco general que dotaría de carácter delictivo a los actos cometidos en el seno del mismo, se sientan las bases para un posterior desarrollo, en el párrafo 2.º de este art.607 bis, de cada uno de los crímenes reputados como crímenes contra la humanidad y su correlación con una pena ajustada a su gravedad. Se intenta conseguir así una adecuación entre los crímenes y las penas (57), que permita, a su vez, la puesta en práctica sin problemas de la complementariedad de la jurisdicción de la Corte con las jurisdicciones nacionales. Estos tipos recogidos en el 2.º apartado del art.607 bis reproducen el catálogo de crímenes

---

(57) Así, es castigado con la pena de prisión mayor, de 15 a 20 años, los actos que causaran muerte de alguna persona; con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación; de 4 a 6 años si consistiera en cualquier otra agresión sexual; con la pena de 12 a 15 años si se producen lesiones; con la pena de 8 a 12 años si se somete a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando se le cause la pérdida de algún órgano o su inutilidad; y con la pena de 4 a 8 años en el caso de lesiones de otro tipo que requieran intervención facultativa, médica o quirúrgica; con la pena de 8 a 12 años la deportación o traslado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho Internacional; con la pena de 6 a 8 años el embarazo forzado con la intención de alterar la composición étnica de la población; con la pena de 12 a 15 años la desaparición forzada; con la de 8 a 12 años el encarcelamiento ilegal, aunque si ésta durase menos de 15 días se impondría la pena inferior en grado; con la pena de 4 a 8 años si se comete tortura grave, y con la de 2 a 6 años si ésta fuera menos grave; con la pena de 4 a 8 años los abusos sexuales, y con la pena de 6 a 8 años la prostitución forzada; con la pena de 6 a 8 años la explotación sexual; y en el caso de estos delitos de índole sexual, se impondrán las penas superiores en grado cuando se cometan sobre menores de edad o incapaces; y, finalmente, se castigará con la pena de prisión de 4 a 8 años el delito de esclavitud.

contra la humanidad del Estatuto de Roma (58): asesinato, exterminio, violación, prostitución forzada, embarazo forzado, deportación o traslado forzoso, desaparición forzada, encarcelación u otra privación grave de libertad física ilegal, tortura, explotación sexual y esclavitud. Y, además, la definición de los mismos coincide básicamente con la esbozada por el Estatuto de Roma (59) y por los Elementos de los Crímenes (60). No obstante, se echan de menos una disposición que, con carácter general, actúe como «cajón de sastre» respecto de los actos que no han podido ser encajados en ninguno de los tipos recogidos.

En lo que respecta a los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, el art. 8 del Estatuto de Roma, referido a los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales e internos, ha tenido una influencia decisiva en nuestra ley nacional. Pero recordemos que la reforma del Código Penal también es consecuencia de las obligaciones asumidas por España al ratificar otros instrumentos internacionales.

Así, entre las personas protegidas en caso de conflicto armado, en el nuevo art.608 de nuestro Código se recoge al «personal de Naciones Unidas y personal asociado» protegido por la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado* de 9 de diciembre de 1994 (61). Esta inclusión responde a los intentos de España de dar coherencia a sus acciones en el ámbito internacional. De hecho, en la Conferencia de Roma fue la delegación de España la que propuso la tipificación de los ataques cometidos contra dicho personal como crímenes de guerra del Estatuto de la CPI (62). Con todo, la referencia general que

---

(58) Respectivamente, artículo 7.1 apartados a), b), g), d), i), e), f), c) del Estatuto de Roma.

(59) Artículo 7.2 del Estatuto de Roma.

(60) Así, la definición de: exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso, tortura, prostitución forzada, embarazo forzado y desaparición forzada (PCNICC/2000/1/Add.2).

(61) Convención ratificada por España el 13 de enero de 1994 (B.O.E. de 25 de mayo de 1999). En el artículo 9 se enumeran una serie de actos considerados como infracciones de la Convención. Se trata, en particular, del homicidio o el secuestro de personal. El artículo prohíbe no sólo la comisión de esos delitos, sino también la tentativa de cometerlos, así como la participación en ellos como cómplice. Asimismo, el artículo estipula que esos delitos deben ser considerados como tales por cada Estado Parte con arreglo a su legislación nacional, es decir los Estados Partes asumen la obligación de tipificar y castigar con penas adecuadas en su legislación nacional las conductas cometidas contra dicho personal. Para un análisis del articulado de esta Convención, ver: BOUVIER, A.: «Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado: Presentación y análisis», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 132, noviembre-diciembre de 1995, pp.695-727.

(62) N.U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.1.

nuestro Código Penal hace a dicho personal permite abarcar no sólo los ataques contra el mismo tal y como están recogidos en el Estatuto de Roma, sino también otras violaciones graves del Derecho internacional Humanitario cometidas respecto de éste, lo que supone un avance lógico.

Por otro lado, en el art.610 reformado de nuestro Código Penal también encontramos rastros del Estatuto de Roma (63), y así, se tipifica la conducta que consiste en «ordenar no dar cuartel», tanto para los conflictos armados internacionales como para los conflictos armados internos (64). Hubiese sido lógico incluir en este apartado la referencia a las armas bacteriológicas (65), químicas (66) y minas antipersonales (67). De este

---

(63) Sin embargo, no hemos de olvidar que esta conducta ya se hallaba recogida en otros instrumentos internacionales ratificados por España, como *los Convenios de la Haya de 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907* y sus *Reglamentos Anexos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre*.

(64) El art. 8.2 b) xii) del Estatuto de Roma tipifica la conducta de ordenar no dar cuartel en conflictos armados internacionales, y el art.8.2 e) x) en conflictos armados internos.

(65) Así, la *Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y sobre su destrucción*, ha sido ratificada por España el 1 de junio de 1979. Sobre la conveniencia de su incorporación al Código Penal español, ver: CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, pp.99-101; OTERO SOLANA, V: «Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el Derecho Internacional Humanitario», *Revista Española de Derecho Militar*, Vol.81, enero-junio 2003, pp.97-99.

(66) Por su parte, la *Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, fue ratificada por España el 3 de agosto de 1994. Dicha Convención, en su artículo VII obliga a los Estados Partes a la promulgación de leyes penales en relación con las actividades prohibidas en la misma. Así, la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas; y el Real Decreto 663/1997 por el que se regula la composición y funciones de la Autoridad Nacional para la prohibición de las Armas Químicas.

(67) Además, habremos de tener en cuenta que la *Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*, ha sido también ratificada por España el 7 de febrero de 1999. Conforme a su art.9, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legales, inclusive la imposición de castigos penales para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en el articulado de la Convención. La *ley española relativa a la prohibición absoluta de las minas antipersonal y de las armas que tienen un efecto similar* entró en vigor el 7 de octubre de 1998 (Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar, *Boletín Oficial del Estado*, n° 239, de 6 de octubre de 1998). Esta ley incorpora en el derecho interno español las obligaciones fundamentales contenidas en el *Tratado de Ottawa* que prohíbe las minas antipersonal. El empleo, el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la conservación, la transferencia y la exportación de minas antipersonal y de los medios tecnológicos destinados a su lanzamiento o a su dispersión, están prohibidos. Con excepción de una cantidad mínima estrictamente limitada, necesaria para la formación o para el desminado, las existencias deben destruirse en un plazo de tres años. La ley exige también al Gobierno español que brinde un apoyo -económico en particular- a los programas de remoción de minas y de asistencia a las víctimas.



modo, aunque el art.160 de nuestro Código Penal, ha incluido en la reforma no sólo la «ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana» (ya contemplada anteriormente) sino también «la fecundación de óvulos con fines ilícitos y la clonación», esta medida no parece suficiente. Del mismo modo, la modificación, en el año 2000, de los artículos 566 y 567 en relación con la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos* para incluir las armas químicas (68) ha sido mantenida por la reciente reforma, al añadir las armas biológicas manteniendo la misma sistemática. En este sentido, hubiese sido conveniente su consideración de un modo unificado en este Título XXIV dedicado a los delitos contra la comunidad internacional (69). Conviene recordar, no obstante, que el Estatuto de Roma tampoco incluyó dichas armas en su articulado, fundamentalmente por la oposición de los Estados detentadores de las mismas (70).

---

(68) La reforma del Código Penal en esta materia se ha realizado a través de la *Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas*, en concreto de los artículos 566 y 567 dedicados a la «Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos». Conforme a dicha reforma, el entonces artículo 566 del Código Penal, pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se incorpora un nuevo apartado 2 con la siguiente redacción: «Las penas contempladas en el punto 1 del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o inicien preparativos militares para su empleo». Asimismo, se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 567 del Código Penal, que pasó a ser la siguiente: «Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas. El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta». Además, se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 567 del Código Penal, con la siguiente redacción: «Se entiende por desarrollo de armas químicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o la modificación de una preexistente».

(69) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español ...», *loc.cit.*, pp.210-212.

(70) En el marco de la Conferencia de Roma, el 10 de julio de 1998, la Secretaría sugirió un umbral para las armas prohibidas por el Estatuto (armas cuyos efectos fueran inherentemente discriminatorios), acompañado de una corta lista de armas, y una disposición que permitía un ulterior desarrollo (Bureau Proposal on Part 2, N.U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.59, p.6). Esta propuesta no gozó de aceptación general, la exclusión de armas nucleares contemplando, en cambio, las armas de destrucción masiva parecía inaceptable, pero su inclusión también. Así que, finalmente, se logró una solución de compromiso: excluir todas las armas de destrucción masiva, de manera que el Estatuto sólo recogiera aquellas más ampliamente establecidas por el Derecho Internacional clásico (GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Valoración crítica de las críticas y temores...», *op.cit.*, p.581). Tampoco se prohibieron en el Estatuto de Roma otras armas, ciertamente proscritas

En cambio, en el nuevo art.611. 4 del Código Penal, al tipificar el traslado forzoso y la toma de rehenes, se incluye el comportamiento de «confinar ilegalmente» como alternativa a la detención ilegal, de tal manera que se proporciona mayor cobertura a la protección de las víctimas, y se equipara dicha protección a la dispuesta en el Estatuto de Roma (71). E igualmente se incrimina la utilización de personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa, con una redacción similar a la que figura en el Estatuto (72), y en otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (73) ratificados por España. La incorporación de esta última disposición a nuestro Código Penal intenta incriminar la práctica más reciente de utilizar a civiles y personal al servicio de operaciones de mantenimiento de la paz como «escudos humanos». Asimismo, en el art. 611.5 se ha añadido la expresión «directa o indirectamente» para señalar la irrelevancia del *modus operandi*

---

por el Derecho Internacional: las armas fragmentarias no detectables, proscritas por el Protocolo sobre fragmentos no detectables adoptado en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (*Protocolo I de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o tener efectos sin distinción*); las minas de tierra, prohibidas por el *Protocolo sobre prohibiciones al uso de minas, trampas explosivas y otros recursos*, adoptado en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (*Protocolo II a la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones al uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción*), y por la *Convención sobre la Prohibición del uso, producción, transferencia y acumulación de minas e tierra antipersonales y sobre su destrucción*, adoptada en Oslo el 18 de septiembre de 1997; las armas incendiarias, no permitidas en el *Protocolo sobre prohibiciones o restricciones en el uso de armas incendiarias*, adoptado en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (*Protocolo II de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción*); y las armas láser cegadoras, prohibidas según el *Protocolo sobre armas láser encefalodadoras*, *Protocolo IV Adicional resultante de la Conferencia Revisora de Viena de los Estados Partes a la convención sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción*. Ver: BENVENUTI, P.: «Weapons, Uncontrolled Availability of Weapons and War Crimes», *La Comunità Internazionale*, Vol.LV, N.º 11, 2000, pp.3-17; LEVIE, H.: «An Optimist Looks at the Law of War in the Twenty-First Century», en SCHMITT, M.N. & GREEN, L.C. (eds.): *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, International Law Studies, Vol.71, Naval War College, Newport, Rhode Island, 1998, pp.318- 321.

(71) El art. 8.2 a) vii) incrimina la deportación o traslado ilegal o el confinamiento ilegal, y el art.8.2 a) viii) incrimina la toma de rehenes.

(72) El art. 8.2 b) xxiii) incrimina el «[u]tilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares».

(73) Así, el art. 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y el art. 51.7 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977.

di respecto del traslado y asentamiento en territorio ocupado de población de la parte ocupante para su residencia permanente en el lugar, al igual que en el Estatuto de Roma (74).

Una crítica cabe realizar al art.611 en su nueva redacción, ya que, con el ánimo de realizar dicha conciliación con el Estatuto de Roma, se incurrió en un error de escasa relevancia puesto que no da lugar a una disminución de la protección. Así, los apartados 4.º y 5.º de este artículo 611 responden al proceso de ajuste mencionado, tal y como hemos examinado. No obstante, incorrectamente se seguían manteniendo los apartados que anteriormente ocupaban este lugar, que pasa a ser los apartados 6.º y 7.º. De esta manera, se producía una duplicación y el apartado 6.º coincidía con el 4.º, y el apartado 7.º coincidía con el 5.º, aunque el 4.º y el 5.º contenían las novedades antes indicadas. Este error fue subsanado.

Una consideración crítica más importante respecto de este artículo se refiere a la omisión del delito de «declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la Parte adversa», delito que, en cambio, sí ha sido contemplado por el Estatuto de Roma (75) y por otros instrumentos internacionales relativos al Derecho internacional Humanitario (76). En esta línea, no hemos de desdeñar el hecho de que, a juicio de una gran parte de la doctrina, la tutela judicial efectiva forma parte del núcleo de derechos humanos inderogable, que coincide además con el art.3 común a los Convenios de Ginebra (77).

En lo que respecta al art.612, comprobamos cómo en esta disposición se amplía la protección penal, que no se extiende sólo a «unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas», sino también a «hospitales, instalaciones o material», a similitud de lo dis-

---

(74) El art. 8.2 b) viii) incrimina como crimen de guerra «El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio».

(75) Artículo 8.2 b) xiv) del Estatuto de Roma.

(76) Art.23 h) de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 y el Reglamento anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

(77) PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional/Bancaja Euromediterranean Courses of International Law*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp.315-393; PÉREZ GONZÁLEZ, M. Y RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV, n.º 2, 2002, pp.11-40.

puesto en el Estatuto de Roma tanto para los conflictos armados internacionales (78) como internos (79). No obstante, la redacción literal del artículo de nuestro Código Penal difiere de la dispuesta en el Estatuto, que menciona «edificios» en lugar de «instalaciones». En este sentido, habremos de valorar positivamente el término de «instalaciones» utilizado en nuestro Código, puesto que abarca no sólo los edificios en sentido estricto, sino también aquellas instalaciones realizadas en campaña para atender necesidades sanitarias en situaciones de urgencia y otras de carácter similar. Por lo tanto, y en esta ocasión, el ámbito de protección otorgado por nuestra ley posee una mayor amplitud.

En cuanto a las personas protegidas por este art.612, hemos de destacar la inclusión del «personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional». Esta expresión deriva claramente del Estatuto de Roma, que, aunque utiliza el término de «emblemas», lo hace en el mismo sentido que el de «signos o señales distintivos», ya que su objetivo no es sino expandir su protección a cualquier persona que esté facultada para el uso de los mismos (80).

No obstante, en el art.612 encontramos omisiones imperdonables. Así, no se incriminan de modo específico, a pesar de su inclusión en la disposición general sobre personas protegidas, los «ataques dirigidos contra el personal, instalaciones y vehículos al servicio de operaciones de mantenimiento de la paz». Y tampoco aparece la protección de categorías específicas de personas, como los niños, respecto de las cuales España ha adquirido ciertas obligaciones derivadas no solo de la ratificación de instrumentos internacionales sino de su postura en la Conferencia Diplomática de Roma (81). En este sentido, Cruz Roja Española había propuesto que

---

(78) El art.8.2 b) xxiv) del Estatuto contempla como crimen de guerra en el marco de conflictos armados internacionales el hecho de «[d]irigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios [...]».

(79) El art.8.2 e) ii) del Estatuto considera que será un crimen de guerra cometido en el marco de un conflicto armado interno el hecho de «[d]irigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios [...]».

(80) El art.8.2 b) xxiv) incrimina los ataques cometidos en el seno de un conflicto armado internacional «contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional». El art.8.2 e) utiliza la misma expresión para criminalizar el mismo comportamiento, aunque cometido en el seno de un conflicto armado interno. Del mismo modo, la protección del personal autorizado a usar emblemas viene contemplada en el art.8 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977.

(81) Obligaciones adquiridas por la ratificación de ciertos instrumentos internacionales, como es el caso del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, que ha entrado en vigor el 12 de febrero, y que fue ratificado por nuestro país el 8 de marzo de 2002.

se añadiera la frase «y en particular, reclute, o aliste obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades», pero dicha propuesta no fructificó (82). Al contrario, lejos de ampliar la referencia a categorías específicas de personas, ésta fue reducida puesto que se suprimió la mención a la mujer en el subapartado 2.º del apartado 1.º de dicho artículo, y al contemplar los tratos humillantes o degradantes se elimina la condena en especial a la «prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor» (83).

En última instancia, nos topamos con la omisión de otro crimen que debería haber sido contemplado en esta parte del articulado para su armonización con el Estatuto de Roma (84). Así, el «[h]acer padecer intencionadamente 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» (85). En cambio, este delito sí aparece en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania, y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina. No obstante, el hecho de que en el Estatuto de Roma no se recoja este mismo crimen para el caso de los conflictos armados internos nos puede hacer reflexionar en torno a los problemas que posiblemente han llevado al legislador español a la omisión de este delito. Así, la posible tensión que se puede suscitar respecto de la consideración de que un Estado está cometiendo un crimen al impedir la supervivencia de su población y el principio de prohibición de intervención de otro Estado en los asuntos internos del mismo.

Situándonos en el ámbito de la protección de los bienes en caso de conflicto armado, en concreto en el art.613, en su apartado a) se realiza una inclusión de los «bienes culturales bajo protección reforzada», cuyo ataque es incriminado. Así, se responde no sólo a la adecuación al Estatuto de Roma, que recoge dichos ataques como crímenes de guerra, tanto

---

(82) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.215-216.

(83) Expresión que figuraba en el art.612 del Código Penal antes de su reforma, y que engloba comportamientos que, por otro lado, resultan prescritos conforme al art. 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Para una crítica a esta omisión, ver: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.214-215.

(84) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, pp.103-104.

(85) Art.8.2 b) xxv) del Estatuto de Roma.

en conflictos armados internacionales (86) como internos, sino también al Segundo Protocolo del Convenio de la Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. No obstante, dicha incriminación no recoge la «apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo» contra dichos bienes o «la utilización de los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares», lo cual es deseable conforme a las obligaciones convencionales de España (87). E igualmente, no se castiga, tal y como proponía el CEDIH, al que «requisare indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado o capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa», por lo que se ocasiona una laguna jurídica para el personal civil ya que dicho crimen sí se aplica a los militares, conforme al art.74 de nuestro Código Penal Militar (88).

En lo que se refiere al art.614, éste figura como «cajón de sastre» en tanto que disposición de tipo residual para referirse a otras infracciones o actos contrarios a tratados internacionales en los que España es parte, pero siempre que sean referentes a «la conducción de las hostilidades». En este sentido, hubiese sido deseable la inclusión de la referencia a aquellos tratados que se dedican a la «regulación de medios o métodos de combate» (89), con lo que se daba cabida a tratados internacionales, por cierto, tampoco mencionados en el articulado anterior, como la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados y sus Protocolos, la Convención de 1972 sobre armas bacteriológicas, la Convención de 1993 sobre armas químicas, y el Tratado de Ottawa de 1997 sobre minas antipersonales, y que como ya hemos expresado anteriormente, han sido ratificados por España, aunque el Estatuto de Roma no haga referencia a los mismos.

---

(86) El art. 8.2 b) ix) considera como crimen de guerra, en el contexto de un conflicto armado internacional: «Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares». En el art. 8.2 e) iv) considera estos mismos comportamientos como crímenes de guerra si son cometidos en un conflicto armado interno.

(87) Dicho Protocolo, adoptado el 26 de marzo de 1999, y ratificado por España el 6 de julio de 2001, establece la obligación de los Estados Partes de tipificar y castigar las infracciones contenidas en los artículos 10 al 15 del mismo con las penas adecuadas.

(88) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.218-219.

(89) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, p.106.

Finalmente, el art.614 bis es pleno reflejo del influjo del Estatuto de Roma en nuestro ordenamiento. De este modo, aplica las penas en su mitad superior respecto de los crímenes mencionados con anterioridad siempre y cuando formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala. Así, se toma como referencia un índice de gravedad similar al establecido para los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma. Este punto de partida permite el adecuado funcionamiento de la complementariedad, ya que si en nuestro ordenamiento interno los crímenes más graves son castigados con las penas más graves, la CPI no podrá intervenir. En definitiva, la Corte no podrá conocer de los asuntos relativos a dichos crímenes amparándose en la falta de voluntad o disposición de nuestra jurisdicción interna, que vendría demostrada por la imposición de penas inadecuadas en relación con la gravedad de los crímenes.

En el marco de la imprescriptibilidad de los crímenes mencionados anteriormente, comprobamos cómo, conforme al art.131.4 de nuestro Código Penal tras la reforma, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso, a similitud del genocidio, que ya aparecía anteriormente en dicho artículo. A juicio del CEDIH, hubiera sido deseable excluir de esta cláusula de imprescriptibilidad aquellos crímenes de menor gravedad, incluidos en el tipo residual del art.614 (90). Sin embargo, el Código Penal no distingue entre la gravedad de los crímenes, lo que nos podría conducir a problemas en la aplicación práctica del mencionado precepto sobre imprescriptibilidad. Las mismas consideraciones cabe realizar respecto de la imprescriptibilidad de las penas, en correspondencia con los delitos, que es contemplada en el art. 133.

En lo referente a la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de los crímenes mencionados también se han producido cambios, derivados lógicamente no sólo de la ratificación del Estatuto de Roma, sino también de los cambios experimentados en el resto del articulado incluyendo nuevos tipos penales. En este aspecto, las modificaciones introducidas por la reforma responden plenamente a la *Proposición de Ley* mencionada al inicio de este epígrafe. De esta manera, en el art.615bis se establece la responsabilidad de los jefes militares o superiores, en consonancia con el art.28 del Estatuto de Roma y con las mismas condiciones

---

(90) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, pp.108-109; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.233-234..

estipuladas en éste (91): habrán de ser actos cometidos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, y el jefe no ha de haber adoptado las medidas a su alcance para evitar la comisión. Se echa de menos el requisito del conocimiento de los hechos de sus subordinados o al menos de que «hubiere debido saber», que sí aparecen en el caso del Estatuto. Igualmente, en el apartado 4.º de este mismo artículo, al referirse al superior distinto al jefe militar, se permite castigar a los civiles que ordenen actos similares. No obstante, se echa en falta una expresión que sí está contemplada en el Estatuto de Roma «El jefe militar o quién actúe efectivamente como tal jefe militar» (92), y que permite determinar la responsabilidad de aquellos que, al mando de grupos organizados diferentes a los gubernamentales, cometan delitos contra las personas y bienes en el marco de conflictos armados.

El art.616bis es introducido con el objeto de castigar no sólo al que ordena, como hemos visto en el artículo anterior, sino también al que recibe las órdenes, lo que se concilia a la perfección con los artículos 27 y 33 del Estatuto de Roma. Excepcionalmente, el que recibe órdenes podrá ser eximido de la responsabilidad penal a la luz de una serie de requisitos establecidos en el Estatuto (93): el individuo en cuestión no sólo debiera estar obligado por ley a obedecer las órdenes, sino que además no debiera saber que la orden era ilícita (a similitud del art.21 de nuestro Código Penal Militar), y la orden no fuera manifiestamente ilícita. En la reforma de nuestro Código Penal hubiese sido conveniente reproducir los requisitos del mencionado artículo del Estatuto de Roma, con la excepción del hecho diferencial expuesto en este texto respecto del último requisito, de modo que las órdenes para cometer el genocidio y los crímenes contra la humanidad se entienden ilícitas, mientras que la ilicitud de los crímenes de guerra puede ser discutida (94).

Finalmente, hay que destacar que, entre las reformas introducidas en nuestro Código Penal, se encuentra la inclusión de una categoría específica de delitos contra la Administración de Justicia de la CPI, en el art.471bis. En éste se contempla como delito el falso testimonio, la pre-

---

(91) Para un magnífico análisis del art.615bis y todos sus aspectos, ver: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.220-227.

(92) Art.28 a) del Estatuto de Roma.

(93) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, p.126.

(94) Una crítica respecto de esta distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad la podemos encontrar en: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.229-230.



sentación de pruebas falsas, la destrucción o alteración de pruebas, la corrupción u obstrucción de la comparecencia o testimonio del mismo, la obstaculización, corrupción o intimidación de un funcionario de la Corte, la adopción de represalias contra un funcionario de la Corte, y la solicitud o aceptación de un soborno en calidad de funcionario de la Corte. Con dicha tipificación, se permite el cumplimiento de las obligaciones de cooperación con la Corte de modo pleno sin poner trabas u obstáculos, ya que la realización de estos comportamientos será considerada delito y penalizada.

En consecuencia, podemos estimar que la armonización realizada en el ordenamiento interno español era absolutamente conveniente (95), aunque se hayan dado ciertas omisiones que nos conducen a dudar sobre su suficiencia. Su suficiencia y adecuación serán puestas a prueba en la práctica, cuando tengamos que comprobar si la complementariedad de la jurisdicción de la Corte con nuestra jurisdicción interna funciona de un modo correcto (96).

### 3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

#### 3.1. LA OBLIGACIÓN DE PROMULGAR LEYES DE COOPERACIÓN CON LA CPI

La gran importancia atribuida al deber de cooperar de los Estados con la CPI se refleja en el artículo 88 del Estatuto, conforme al cual: «[I]os Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte» (97). El objetivo último de esta disposición es, por tanto,

---

(95) Realizando una interpretación extensiva, se puede sostener que los Estados han de tener en cuenta que el Estatuto refleja el compromiso de intereses estatales diferentes, y, en consecuencia, no cubre todas las obligaciones que se derivan para los Estados del Derecho Internacional consuetudinario y convencional. Por lo tanto, sería deseable que los Estados, en el camino de la implantación del Estatuto de Roma en su legislación nacional, fueran aún más lejos que lo prescribe estrictamente el Estatuto (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, p.2).

(96) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución...», *loc.cit.*, pp. 186-187.

(97) Esta obligación de adecuar los procedimientos nacionales al Estatuto de Roma dio origen en la Conferencia a interesantes discusiones. Se debía clarificar si el procedimiento ante la Corte se había de adaptar a los «procedimientos judiciales nacionales» o a los «procedimientos conforme al Derecho nacional», ya que del uso de uno u otro término se desprendería la referencia o no al Derecho sustantivo y no sólo al Derecho procesal.

asegurar que se van a utilizar los procedimientos nacionales de un modo adecuado para cumplir con la obligación de responder a las solicitudes de la Corte. Un Estado Parte no podrá utilizar el argumento de la falta de procedimientos en su ordenamiento interno para incumplir una solicitud de cooperación de la Corte. Por lo tanto, los Estados Partes habrán de revisar sus leyes y procedimientos nacionales, introduciendo, a través de normas de adaptación y la puesta en marcha de una práctica administrativa, procedimientos en sus ordenamientos internos con el fin de cumplir con las obligaciones de cooperación. Estos procedimientos habrán de conformarse a las especificaciones contenidas en la Parte IX del Estatuto referida a la cooperación.

En definitiva, el derecho interno de un Estado debe ajustarse para cumplir con el principio de cooperación. Así, no bastará con que los Parlamentos nacionales autoricen la ratificación, sino que será necesario –además– una ley de implementación del Estatuto de la Corte. En muchas

---

(AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, p.2). La discusión sobre la terminología finalizó cuando se comenzó a debatir sobre las salvaguardias necesarias para asegurar un compromiso. Las salvaguardias que consolidaron dicho compromiso fueron las siguientes: la introducción de una disposición en el Estatuto conforme a la cual los Estados están obligados a garantizar que sus legislaciones nacionales contemplen procedimientos para asegurar toda forma de cooperación con la Corte: (el art. 88); la introducción de disposiciones que obliguen a los Estados a consultar con la Corte si existen problemas que impiden o previenen al Estado ejecutar la solicitud (art. 97 y 96.3); y la ausencia de referencias específicas al Derecho sustantivo, permitiendo a los Estados la posibilidad de no cumplir con las solicitudes de la Corte tan sólo cuando éstas estén prohibidas en sus ordenamientos internos por principios jurídicos fundamentales de aplicación general. Conforme al art.93.3: «Cuando la ejecución de una determinada medida de asistencia detallada en una solicitud presentada de conformidad con el párrafo 1 estuviera prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general, el Estado requerido celebrará sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión. En las consultas se debería considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Si, después de celebrar consultas, no se pudiera resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario.»

Partiendo de la práctica de los Tribunales *ad hoc*, la disposición del art. 88 del Estatuto fue introducida en la Conferencia de Roma con el fin de asegurar una perfecta adecuación de los ordenamientos internos a dicho instrumento. Este artículo refleja la tensión existente entre los Estados que abogaban por la cooperación vertical, y los que apostaban por la cooperación horizontal. Los Estados a favor de la cooperación horizontal sostenían que el cumplimiento de esta obligación había de estar, en última instancia, sujeto al Derecho nacional. En cambio, los Estados que apoyaban la cooperación vertical argüían que las solicitudes de la CPI podían ser ejecutadas sin dicha sujeción, si concebíamos la Corte como una extensión de la autoridad nacional (KREB, C.; PROST, K.; SCHLUNCH, A. & WILITZKI, P.: «Part 9. International Cooperation and judicial assistance», en en TRIFFTERER, O. (ed): *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 1069).

ocasiones, será necesario enmendar las disposiciones de los códigos de procedimiento penal. En este sentido, el Estatuto mismo proporciona algunas sugerencias útiles a los legisladores nacionales, indicando qué situaciones deben ser reguladas por los ordenamientos internos (98). Y, en todo caso, de acuerdo con los artículos 86 y 88 del Estatuto, no cabe la menor duda de que la prioridad para los Estados es la promulgación de una legislación que cubra los diferentes aspectos de la cooperación con la CPI, inclusive el Fiscal, por parte de las autoridades administrativas y judiciales del Estado (99).

En la práctica, los Estados han procedido a adaptar sus legislaciones internas, muchas veces mediante leyes que contemplan tanto la dimensión sustantiva como procesal, o reformas en sus Códigos Penales y legislaciones procesales, pero fundamentalmente mediante leyes de cooperación específicas. De este modo, los Países Bajos (100) han apuntado a la diferente naturaleza de los dos aspectos de la implementación, el sustantivo y el procesal, lo que hacía necesario un tratamiento diferente y en instrumentos distintos. En esta línea, hay que destacar el caso de Estados como Sudáfrica (101), Austria (102), Eslovenia (103), Finlandia (104) o Australia (105) que ha promulgado una de las leyes más perfectas dedicada de modo específico a la cooperación con la Corte.

---

(98) Así, por ejemplo, con respecto del tránsito del presunto responsable a la Corte a través del territorio de un Estado diferente al de entrega, la disposición que coloca al Estado requerido en la situación de cumplir con reglas procedimentales adicionales respecto a las peticiones de asistencia de la Corte a un Estado.

(99) YÁÑEZ BARNUEVO, J.A. & ROLDÁN, A.: «Spain and the Rome Statute...», *op.cit.*, pp. 204-205.

(100) *Kingdom Act of 20 June 2002 to implement the Statute of the International Criminal Court in relation to co-operation with and the provision of assistance to the International Criminal Court and the enforcement of its decisions* (International Criminal Court Implementation Act), en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 3).

(101) *International Criminal Court Bill* (Minister for Justice and Constitutional Development [B42-2001]). Ver: <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>

(102) *The Law on Cooperation with the International Criminal Court* (*Austrian Federal Law Gazette 135/2002*). Sobre el proceso de adopción de esta ley, ver: <http://www.parlinkom.gv.at>

(103) *Predlog Zakona o Sodelovanju med Republiko Slovenijo in Mednarodnim Kazenskim Sodi\_em-prva Obravnava* (Eva 2002-2011-000f).

(104) *Act N.º 1284/2000* (*The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 13E).

(105) *International Criminal Court Act 2002, n.º 41, 2002* (<http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>).

Sin embargo, otros Estados como Bulgaria (106) o la República Checa (107) han apostado por la enmienda de su Código Procesal Penal para regular el mecanismo de cooperación con la CPI. Lituania (108), por su parte, ha decidido adoptar un nuevo Código Procesal Penal. E incluso, algún Estado como la República Democrática del Congo (109) ha promulgado una ley que consiguiera la adaptación de las normas correspondientes del Código Penal y del Código Procesal Penal, al tiempo que organizaba de modo autónomo la cooperación judicial con la Corte.

A pesar de la diversidad de las legislaciones adoptadas por los Estados, se dan una serie de rasgos básicos comunes a la mayor parte de las mismas, desarrolladas fundamentalmente en el marco de Europa. Siguen el esquema de tratar, en primer lugar, la entrega, para posteriormente dedicarse a la asistencia judicial y otras formas de cooperación, finalizando con la ejecución de las penas. Además, suelen establecer un sistema centralizado en el Ministerio de Justicia, en el Fiscal General del Estado o en los tribunales internos correspondientes, quienes tienen la potestad de decidir en relación con la cooperación activa y pasiva, tal y como ocurre en la ley neerlandesa o en la francesa; sin embargo, en Estados Federales, como el suizo (110), se dejan todas las decisiones en manos de una Autoridad Central administrada por la Oficina Federal de Justicia, disposición lógica a la luz de la complejidad del sistema suizo.

Por su parte, en la ley noruega de cooperación (111) no se excluye la aplicación de sus normas internas, sino que decide su aplicación por ana-

---

(106) *State Gazette*, 50 from 30<sup>th</sup> May 2003. Dicha enmienda fue adoptada por el Parlamento el 14 de mayo de 2003 y entró en vigor el 3 de junio de 2003.

(107) El Código Procesal Penal de la República Checa de 1961 fue enmendado en 2001. Sobre los progresos de la República Checa en este aspecto, ver: *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 05).

(108) Lituania adoptó su nuevo Código Procesal Penal el 14 de marzo de 2002. Ver: *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 1).

(109) *Projet de Loi Portant Mise en Oeuvre du Statut de la Cour Penale Internationale*, tel que modifié par le Plaidoyer organisé par le Ministère de la Justice de la République Démocratique du Congo du 21 au 23 Octobre 2002 à Kinshasa et les 24 et 25 Octobre 2002 à Lubumbashi.

(110) *Federal Law on Cooperation with the International Criminal Court (CICCL) of 22 June 2001*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 32).

(111) *Act n.º 65 of 15 June 2001 relating to the implementation of the Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998 (the Rome Statute) in Norwegian Law*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 43).

logía y en la medida de lo posible. Pero quizás sea la ley británica (112) la más representativa de una tendencia generalizada en las normas de cooperación, puesto que intenta una simplificación y agilización de los procedimientos de entrega, evitando así la complejidad de la extradición. En este sentido, llama poderosamente la atención el punto de partida de la ley británica que confiere clara preponderancia a la CPI en tanto que órgano destinado a resolver las dificultades jurídicas, de modo que ni siquiera la *High Court* está legitimada para enmendar o revocar las órdenes de la instancia internacional. Yendo más allá, la ley canadiense elimina todas las causas que pueden impedir la entrega, como la excepción del delito político (113). En cambio, la simplificación respecto de la entrega no opera respecto de otras formas de cooperación, y, así, la legislación escocesa (114) regula meticulosamente la asistencia judicial a la CPI en relación con la metodología para la práctica de las pruebas con todas las garantías.

En cuanto al tratamiento de las personas afectadas por la cooperación, hay que señalar que los detenidos, en virtud de una orden de arresto emitida por la CPI tienen una serie de derechos, de acuerdo con las garantías consignadas por los instrumentos internacionales relevantes para el proceso debido, tal y como demuestra la ley francesa de cooperación (115). Respecto de los presos, hay que precisar que en la mayor parte de las leyes de cooperación se somete a los condenados al mismo tratamiento que poseen los presos condenados por sus instancias nacionales. El panorama global es, pues, bastante alentador. Contamos con toda una serie de instrumentos cuya puesta en práctica va a redundar en una mayor eficacia de la Corte Penal Internacional.

En el caso español, si bien contamos con una legislación general sobre cooperación internacional en asuntos penales, junto con el efecto de recepción automática de los Tratados internacionales en nuestro ordenamiento, la lógica abogaba por la adopción de una ley orgánica que organizara la cooperación y asistencia judicial con la CPI, partiendo de las leyes orgáni-

---

(112) *The International Criminal Court Act 2001*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 31).

(113) *The Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 11).

(114) *International Criminal Court (Scotland) Bill*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 31).

(115) *Loi N.º 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale* (NOR: JUSX0205311L).

cas ya existentes respecto de los Tribunales *ad hoc* de la ex-Yugoslavia y Ruanda, aunque con las reformas necesarias (116). Sobre todo teniendo en cuenta que la necesidad de cooperación, interrelación y coordinación que se ha puesto de manifiesto en el caso de los Tribunales *ad hoc*, se agrava en el caso de la Corte por el régimen de permanencia que supone y por el tipo de obligaciones que el Estatuto de Roma impone a los Estados (117).

3.2.-Un análisis crítico de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional

En el caso de España, el Grupo de trabajo para la elaboración del Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (118) se ocupó, en un primer momento, tanto de los aspectos orgánicos como de los procesales de dicha cooperación, planteándose la cuestión de si dicha ley había de ser un texto mínimo como las leyes para la cooperación con los tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda (119), o un texto

---

(116) Estas leyes orgánicas para la cooperación con el Tribunal de la ex-Yugoslavia y de Ruanda de 1994 y 1998 respectivamente regulaban aspectos como: las autoridades competentes, la jurisdicción concurrente, el *ne bis in idem*, la detención y transferencia de sospechosos, las facilidades para los testigos y expertos, y la ejecución de las penas (Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio para la cooperación con el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (B.O.E. núm. 131, de 1 de junio de 1994), y Ley Orgánica 4/1998, de 1 De Julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional Para Ruanda (B.O.E. núm.157, de 2 de julio de 1998)).

(117) KARAYAN, M.: «La cooperación con una corte penal internacional permanente», en AMBOS, K. (coord.): *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 343-371.

(118) El *Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, tras obtener el consiguiente informe del Consejo General del Poder Judicial (*Informe del Consejo General del Poder Judicial*, 9-1-2003), fue remitido por el Gobierno a las Cortes Generales. Posteriormente, fue sometido a un dictamen por parte del Consejo de Estado que fue emitido el 12-6-2003 (n.º expediente 639/2003) y a un primer debate en el Congreso de los Diputados en su sesión de 13 de junio de 2003 (*Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional* n.º 121/00015, Boletín Oficial de las Cortes Generales, n.º 156-1, Serie A, Congreso de los Diputados, VII Legislatura.). El *Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, tras el examen de la Comisión de Justicia e Interior, fue aprobado por el Senado (*Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional* n.º 621/000159, Boletín Oficial de las Cortes Generales, n.º 159 (a), Serie II, Senado, VII Legislatura, 10 de octubre de 2003). El texto definitivo fue sancionado por su Majestad el Rey el 10 de diciembre de 2003.

(119) En el caso de España, las leyes orgánicas para la cooperación con el Tribunal de la ex-Yugoslavia y de Ruanda de 1994 y 1998 respectivamente regulaban aspectos como: las autoridades competentes, la jurisdicción concurrente, el *ne bis in idem*, la detención y transferencia de sospechosos, las facilidades para los testigos y expertos, y la ejecución de las penas (Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio para la cooperación con el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (B.O.E. núm., de 1 de junio de 1994), y Ley Orgánica 4/1998, de 1 De Julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional Para Ruanda (B.O.E. núm.157, de 2 de julio de 1998)).

amplio, como era el caso del proyecto suizo de 2000. Finalmente, se optó por la primera opción en la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (120).

La ley española parte del principio de la cooperación plena de nuestro país con la Corte, estableciendo cuáles son las autoridades competentes para su aplicación en nuestro ordenamiento, y cuáles son los órganos encargados de la representación y defensa procesal y de la relación y consulta con la Corte. Obviamente, el Gobierno juega un papel fundamental en la aplicación de dicha Ley, junto con el Ministerio de Justicia, autoridad administrativa central (121) encargada de la relación entre la Corte, por un lado, y los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal, por otro, aunque contando en todo caso con el Ministerio de Asuntos Exteriores (122), que tiene competencia plena en materias decisivas y referidas a la política exterior del Estado; y con los Ministerios de Defensa y del interior, que poseen competencia residual, cuando el acto en concreto afecte a sus competencias (123).

En este sentido, hemos de señalar que, precisamente, el tema de determinar el órgano competente conforme al ordenamiento interno español para iniciar una acción penal ante la Corte fue una de las primeras cuestiones problemáticas planteadas en relación con esta Ley Orgánica, y originó serios debates con anterioridad en el seno del Consejo General del Poder Judicial (124), y del Consejo de Estado. De este modo, en el párrafo 5.º de la exposición de motivos de la Ley se califica la activación de la jurisdic-

---

(120) Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE núm.296, 11 de diciembre de 2003).

(121) Calificación otorgada por el Consejo de Estado en su Informe (*Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 24-4-2003 (Expediente n.º 639/2003)), aunque estimó que esta opción administrativa había de matizarse en los caso de comunicaciones judiciales directas.

(122) A similitud del artículo 3 de las Leyes Orgánicas de cooperación con los Tribunales *ad hoc*, las Leyes 15/1994 y 4/1998. La amplitud de la competencia del Ministro de Asuntos Exteriores fue debatida en el seno del Consejo de Estado, puesto que se apuntó a la posibilidad de vaciar de contenido la actuación del Ministerio de Justicia si no se interpretaba de modo restrictivo la competencia del primero

(123) Art.4 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE núm.296, 11 de diciembre de 2003). En dicho artículo se omite como órgano competente al Consejo General del Poder Judicial, a pesar de la opinión favorable a su inclusión por parte de este mismo órgano en su informe preceptivo (*Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 9-1-2003, p.12).

(124) Asimismo, en el informe del Consejo General del Poder Judicial, en referencia al art.7 del Proyecto de Ley, similar al del texto definitivo, y que regula la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte, se establece que ésta es una cuestión de política exterior del Estado, correspondiendo por tanto al ámbito de los actos políticos, que son competencia del Gobierno.

ción de la CPI «como una competencia exclusiva del Gobierno en razón de diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior» (125).

Las mismas consideraciones cabe realizar respecto del art.9 que regula la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, residenciando en el Gobierno con carácter exclusivo dicha potestad de impugnación. Dicho carácter exclusivo ha sido objeto de críticas, aunque resulta obvio que la pluralidad de órganos decisorios no generaría sino contradicciones y disputas (126). Además, el que esta decisión pertenezca al ámbito de la política exterior que corresponde al Gobierno viene avalado por la jurisprudencia española (127).

En cambio, la cooperación tanto activa como pasiva (128) de España respecto de la Corte se residencia en sus órganos de carácter judicial. De este modo, la cooperación pasiva concerniente a la entrega a la Corte será competencia de la Audiencia Nacional (129), en concreto del Juez Central de Instrucción de la misma, pudiendo interponerse recurso de apelación ante su Sala de lo Penal (130). Mientras tanto, los restantes órganos judiciales serán competentes para la cooperación activa o para ciertos aspectos de la pasiva (131). En consecuencia, tal y como reza la Exposición de

---

(125) Así, en el voto particular que, al Informe sobre el Anteproyecto de Ley emitido por el Consejo General del Poder Judicial, formuló María Ángeles García, ésta tachaba de inoportuna la «enésima formulación de la razón de estado» que supone el párrafo reproducido tanto en el Proyecto de Ley examinado por la misma como en el texto definitivo de la Ley. No obstante, también recordaba que el Estatuto permite, además, la activación de la jurisdicción de la Corte al Fiscal de oficio sin necesidad de tener en cuenta las diversas variables de la política exterior de un Estado (Párr. 1.º del voto particular que formula María Ángeles García al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 16-1-2003 (*Informe del Consejo General del Poder Judicial...*, op.cit., 9-1-2003)).

(126) Párr. 4.º del voto particular que formula Alfonso López Tena al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 16-1-2003.

(127) Auto de la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a propósito de la decisión del Gobierno español de no interponer recurso ante los Tribunales del Reino Unido en el caso del Senador Pinochet, de 16 de febrero del 2000, conforme al cual: «tal pretendido recurso ha de enmarcarse en el ámbito de lo que es dirección de la política exterior que corresponde al Gobierno». Ver también la Sentencia de la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24-7-2000.

(128) Dicha terminología fue seriamente criticada por el Consejo de Estado en su Informe (Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional de 24-4-2003 (exped. N.º 629/2003), considerando 7.º).

(129) Párras. 10 y 11 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y arts.2 y 4 del texto dispositivo.

(130) Párr. 11 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y art.17.

(131) Párr. 10 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y arts.3 y 4 del texto dispositivo.



Motivos, se reduce la intervención del Poder Ejecutivo, a diferencia del modelo establecido en la *Ley de Extradición Pasiva de 1985* (132). Vemos, pues, cómo la Ley articula una distribución competencial conforme a la cual el ejercicio de la acción penal corresponderá al Poder Ejecutivo y el resto de actuaciones relativas a la cooperación con la Corte son sometidas a un proceso de «judicialización», con el fin de proporcionarles un cariz de mayor independencia e imparcialidad.

Centrándonos en el contenido concreto de las obligaciones de cooperación de España con la CPI, en nuestra Ley Orgánica nos encontramos con las tres dimensiones básicas de la cooperación judicial internacional: la entrega, la asistencia judicial y el cumplimiento de las penas. En primer lugar, y respecto de la transmisión de las solicitudes de cooperación, comprobamos que el art.87.1 del Estatuto de Roma deja abierta la posibilidad de que cada Estado decida el modelo procesal a seguir. De acuerdo con las tendencias existentes en el ámbito europeo (133), España ha optado por el modelo de Autoridad Central, y ha designado para ello al Ministerio de Justicia, de manera que se evitan las dilaciones derivadas de la participación de un organismo intermedio (134). La solicitud básica de cooperación será la de entrega a la Corte, y ésta viene regulada en el art.15, aunque otras disposiciones completan el régimen básico de la misma. Así, el art.12 se refiere a la libertad provisional (135), el 13 regula una forma especial de entrega, la simplificada, y los artículos 16, 17 y 18 contemplan aspectos específicos de las resoluciones relativas a la entrega: la concurrencia de solicitudes de entrega, los recursos a las resoluciones sobre la misma, y la entrega temporal a la Corte.

En primer lugar, la autoridad judicial encargada de resolver acerca de la solicitud de entrega es el Juez Central de Instrucción (136), lo que podría haber ocasionado una distorsión en relación con nuestra *Ley Orgánica del Poder Judicial* (L.O.P.J.), que en su art.88 atribuía la resolución sobre la entrega a la Audiencia Nacional, siguiendo a la *Ley de Extradición Pasiva de 1985* (137). No obstante, en la reforma reciente de la L.O.P.J.,

---

(132) Párr. 11 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003.

(133) Así, ver: *Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de 2000*.

(134) *Informe del Consejo General del Poder Judicial...*, op.cit., p.25; *Informe del Consejo de Estado...*, op.cit., considerando 12.

(135) En este sentido, llama la atención el hecho de que la libertad provisional sea concebida como excepción, mientras que el principio general sea la obligatoriedad de decretar la prisión provisional (Párr. 7.º de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y art.12 del texto dispositivo).

(136) Arts.15 y 16 de la L.O. 18/2003.

(137) *Informe del Consejo de Estado...*, op.cit., considerando 13.

consecuencia de la *Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega*, se confieren nuevas competencias al Juez Central de Instrucción (138), por lo que el tema queda zanjado. En todo caso, el sistema de recursos respecto de las solicitudes de entrega estará en manos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (139).

Además, cuando se trate de solicitudes concurrentes de entrega, el órgano encargado de decidir sobre las mismas, conforme al art.16 de nuestra Ley Orgánica de Cooperación con la Corte, será la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá de acuerdo con el Estatuto y con el tratado existente, en su caso, con el Estado requirente (140). De hecho, conforme al art.23 de *la ley sobre la Euroorden*, dicha decisión en caso de concurrencia de solicitudes se atribuye al Gobierno (141), pero se exceptúan las solicitudes provenientes de la Corte. En cuanto al criterio de prevalencia establecido en la mencionada disposición de nuestra Ley de Co-

---

(138) Conforme a dicha reforma, el art.88 de la L.O.P.J. quedaba redactado así: «En la Villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, así como los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la Ley».

(139) Art.17 de la L.O.18/2003.

(140) Los criterios determinados en el art.90 del Estatuto coinciden básicamente con los de una serie de normas de hondo calado en el ordenamiento español y que paso a analizar a continuación. Así, el art.16 de *la Ley de Extradición Pasiva de 1985* establece que si la extradición hubiese sido solicitada por varios Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, se decidirá sobre aquélla por el Gobierno y en su caso la entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado. Por otro lado, y conforme al art.17 del *Convenio Europeo de Extradición*, si la extradición fuere solicitada concurrentemente por varios Estados, por el mismo hecho o por hechos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente la gravedad relativa y el lugar de los delitos, las respectivas fechas de sus solicitudes, la nacionalidad de la persona reclamada y la posibilidad de una extradición posterior a otro Estado. Por su parte, el art.23 de *la Ley sobre la Euroorden*, en consonancia con el art.16 de *la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI)*, prevé también el supuesto de concurrencia de solicitudes, bien sea de órdenes europeas emitidas por dos o más Estados en relación con la misma persona, o bien de una orden europea y una solicitud de extradición presentada por un tercer Estado. En el primer caso, será la autoridad judicial española de ejecución la que decida sobre la prioridad de la ejecución tomando en consideración todas las circunstancias, en particular el lugar y la gravedad relativa a los delitos, las respectivas fechas de las órdenes, así como el hecho de que la orden se haya dictado a efectos de la persecución penal o a efectos de ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

(141) Modelo similar al establecido por el art.16 de *la Ley de Extradición Pasiva de 1985*.

peración, ésta señala que sólo en caso de inexistencia de otro tratado, se dará preferencia a la solicitud de la Corte, pero se echa en falta la inclusión de una garantía tal que en los futuros tratados y acuerdos de extradición se estipule la preferencia de las solicitudes de la Corte sobre las solicitudes de los Estados (142).

Por último, y aunque España, en tanto que Estado Parte, se ha comprometido a garantizar la ausencia de obstáculos relativos a la detención y la entrega, en la Ley de Cooperación no aparecen regulados y tasados los motivos para la denegación de la entrega, sino tan solo el procedimiento para la denegación en los apartados 4.º y 6.º del art.15, lo que da cabida a una cierta discrecionalidad tan sólo limitada por el propio Estatuto de Roma. Cabe disculpar esta omisión si tenemos en cuenta que el objeto de la ley no es regular aspectos sustantivos sino establecer los cauces procesales adecuados para articular la relación de España con la CPI.

En lo referente a las otras formas de cooperación con la Corte distintas a la entrega, es decir la asistencia judicial, la Ley de Cooperación, en su art.20.1, realiza una afirmación un tanto peligrosa. Así, dispone que los órganos judiciales y de otro carácter intervinientes en el cumplimiento de las solicitudes de cooperación realizadas por la Corte, harán efectivas las mismas cuando no estén prohibidas en la legislación española. Esta referencia a la legislación española es digna de reflexión. En primer lugar, el Estado español no puede negarse al cumplimiento de estas solicitudes, ya que, conforme al art.88, España debe asegurarse de que su legislación nacional contemple todos los mecanismos precisos para cooperar con la Corte, y debe eliminar los obstáculos a dicha cooperación (143). En todo caso, podemos afirmar que no podrán considerarse prohibidas en nuestra legislación ni las actuaciones del Fiscal o las órdenes dictadas por la Corte con anterioridad a la impugnación, ni los actos realizados por el Fiscal para la protección de las pruebas y para impedir que un acusado eluda la acción de la justicia.

En esta misma línea, el art.20.2 de nuestra Ley estipula que «[c]uando la solicitud de cooperación de la Corte pudiera afectar a la defensa o a la seguridad nacionales o tenga por objeto documentos o informaciones que

---

(142) AMNISTÍA INTERNACIONAL: *España: hora de colaborar con la Corte Penal Internacional y defender la justicia universal*. Recomendaciones de Amnistía Internacional al proyecto de ley sobre cooperación con la Corte Penal Internacional, 24 de julio del 2003, p.9.

(143) Igualmente, y conforme al art.27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, una Parte, en principio, no podrá invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

hubieren sido transmitidos a España con carácter confidencial por un Estado, una organización internacional o una organización intergubernamental, el Ministerio de Asuntos Exteriores, en coordinación con los Ministerios de Justicia, del Interior y de Defensa y otros Ministerios competentes, efectuará consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación, informándose a la Corte del resultado de tales consultas». Este artículo se basa en una serie de disposiciones del Estatuto, en concreto los artículos 68.6, 72 y 73 (144). No obstante, el art.20.2 de nuestra Ley también peca de falta de garantías puesto que no menciona las salvaguardias establecidas en el Estatuto para permitir a los Estados Partes rechazar el cumplimiento de una solicitud de asistencia sólo en circunstancias muy estrictas. Además, en nuestro país no contamos con una definición legislativa de «seguridad nacional», por lo que su determinación va a quedar en manos del poder ejecutivo, con la única limitación de lo sentado en el Estatuto. En última instancia, cabe preguntarse si la seguridad nacional es una figura más digna de proteger que el mismo deber de cooperar con una jurisdicción internacional de las características de la CPI.

Sin embargo, como contrapeso del aspecto negativo antes apuntado, en el art.22 de la Ley de Cooperación se establece la posibilidad de ejecución de las penas establecidas por la CPI en el territorio español. Así, de acuerdo con el art.103 del Estatuto y la Disposición adicional única de la *L.O. 6/2000, de 4 de octubre, por la que España ratifica el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir 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». La justificación de esta disposición cabe encontrarla en el art.25.2 de nuestra Constitución, al exigir que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado. No obstante, no quedaba clara la cuestión de si el límite de las penas se refiere al genérico dispuesto en el art.36 del Código Penal español, que establece una duración máxima de la pena de prisión de 20 años,

---

(144) El art.68.6 del Estatuto de Roma autoriza al Estado a solicitar que se adopten las medidas necesarias para proteger a sus funcionarios o agentes, así como para proteger información de carácter confidencial o restringido. Del mismo modo, el art.73 del Estatuto establece que es preceptivo recabar el consentimiento del autor de un documento que sea confidencial. Y, conforme al art.72, si el autor no es un Estado Parte y no consiente en la divulgación del documento o información, el Estado requerido comunicará a la Corte la imposibilidad de proporcionar dicho documento o información en razón de su obligación de confidencialidad contraída con el autor del mismo.

o si, más bien, se refiere al máximo previsto para los delitos de la parte especial, que es de 30 años. Este problema ya se planteó en relación con las leyes de cooperación con los Tribunales *ad hoc*, y se resolvió afirmando que se refiere al máximo previsto para los tipos de la parte especial.

En cuanto al cumplimiento de las penas de la CPI en nuestro país, España ha debido constatar que en su legislación interna se contemplan toda una serie de condiciones satisfactorias en la detención, de acuerdo con el Estatuto de Roma (145) y otros estándares internacionales (146). De este modo, el art.22.3 de nuestra Ley de Cooperación dispone que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y el Ministerio del Interior prestarán el máximo apoyo a magistrados y funcionarios de la Corte que se personen en España para la ejecución de las penas, de forma coherente con la competencia exclusiva de la CPI para resolver las incidencias que se pudieran plantear en relación con el cumplimiento de las penas y para la supervisión de las mismas. Pero, este precepto no hubiese sido necesario, a la luz del art.277 de la LOPJ, conforme al cual «[l]os Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte...» (147).

Por último, y al margen de determinadas disposiciones para asegurar la comparecencia de un imputado ante la Corte (148), las medidas de reparación (149) y la intervención de España en calidad de «amicus curiae» (150), se incluyen en la Ley de Cooperación una serie de Disposiciones

---

(145) Artículo 106 del Estatuto de Roma.

(146) Asimismo, la legislación debe prever: la liberación de la persona condenada por cumplimiento de la sentencia o por orden de la Corte; el traslado de personas en cumplimiento de la sentencia; la limitación de la persecución y castigo del condenado por otros delitos; el aseguramiento de que se permite la implantación del artículo 111 del Estatuto en el Estado, que regula el tema de la evasión (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Checklist for Effective Implementation* (IOR 40/011/2000), 1 August 2000).

(147) Con todo, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley de Cooperación, señaló que hubiese sido más adecuada la designación del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria para cumplir dicha función, sobre todo teniendo en cuenta que es la Audiencia Nacional el órgano competente para conocer de las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados Internacionales en los que España sea parte, de acuerdo con el art.65.3 de la LOPJ (*Informe del Consejo General del Poder Judicial...*, *op.cit.*, p.39). Esta opinión ha sido recogida por el Consejo de Estado en su Informe (*Informe del Consejo de Estado...*, *op.cit.*, considerando 15).

(148) Art.14 de la L.O. 18/2003.

(149) Art.23 de la L.O. 18/2003.

(150) Art.24 de la L.O. 18/2003.

adicionales y de Disposiciones finales, algunas de las cuales merecen un examen a la luz de los principios de complementariedad y de cooperación. Respecto de la jurisdicción militar, la Disposición adicional tercera, en su apartado 1.º, dispone que, en caso de tratarse de un delito de competencia de la jurisdicción militar, las referencias de la ley referentes a órganos judiciales no militares se entenderán hechas al equivalente en la jurisdicción militar (151). En el marco de la estricta complementariedad, esta Disposición, en su apartado 2.º, contempla un régimen particular para la jurisdicción militar, al afirmar que «[1]o dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de esta ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las leyes reguladoras de la jurisdicción militar con respecto a la competencia de ésta última en los casos de presencia permanente o temporal, fuera de territorio nacional, de fuerzas o unidades militares españolas, ni afectará tampoco al desempeño de la función jurisdiccional por los órganos judiciales militares que las acompañen» (152). En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional queda supeditado al no ejercicio de su jurisdicción por parte de los órganos judiciales militares respecto de las tropas españolas destacadas en el extranjero. Estos preceptos son absolutamente lógicos a la luz de la inspiración que nuestra Ley encuentra en el principio de complementariedad entre la jurisdicción de la Corte y la de nuestros tribunales, sean o no de carácter militar, así como en el principio de cooperación.

España ha dado su primer paso para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación que le impone el Estatuto de Roma al promulgar una

---

(151) Ver, en este sentido: *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar*, y la *Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*.

(152) Esta disposición se inspira en el art.12 de la *Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*. Conforme a dicho art.12, en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal Militar, los cometidos durante la vigencia del estado de sitio, los que señalen los tratados internacionales en que España sea parte en los casos de fuerzas españolas destacadas en el extranjero, y cuando no existan tratados, en el caso de delitos tipificados en la ley española cuando el inculpa-do sea nacional nuestro y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. Conforme al art.13, en tiempo de guerra, la jurisdicción militar se extenderá a los delitos y faltas determinados en tratados con potencias u organizaciones aliadas, a los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, las Cortes Generales o el Gobierno, cuando estuviere autorizado a ello, a los delitos tipificados en la legislación española si se cometen fuera del suelo nacional y el inculpa-do es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas, y a los cometidos por prisioneros de guerra.

Ley de Cooperación que, a pesar de sus deficiencias, establece el marco necesario. Como mencionamos en el caso de la reforma de nuestro Código Penal, habrá que esperar a la práctica para comprobar si ese marco no es sólo necesario sino adecuado.

#### 4. JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL. HACIA UNA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

##### 4.1. LA RELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El principio de jurisdicción universal implica que cualquier Estado puede conocer de determinados delitos, con independencia del lugar de comisión de éste y de la nacionalidad del autor y de la víctima. Constituye, por tanto, el punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de Derecho Internacional que sientan las bases para establecer la responsabilidad internacional de individuos que han atentado contra intereses y valores supranacionales (153). De esta manera, la jurisdicción universal debe ser contemplada como una medida excepcional que otorga al Estado poderes especiales de naturaleza extraterritorial (154). Este principio responde, pues, a la necesidad de garantizar la represión de delitos cometidos en espacios no sometidos a jurisdicción estatal o de ganar eficacia respecto de delitos con ciertos elementos de internacionalidad (155).

Por lo tanto, la jurisdicción universal ha de diferenciarse claramente de la justicia penal internacional. La jurisdicción universal implica el enjuiciamiento por los tribunales nacionales de determinados crímenes con el

---

(153) GARCÍA ARÁN, M.: «El Principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial Español», en GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.): *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63-87, en particular pp. 63-69; BARQUÍN SANZ, J.: «Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 14, 1987, p.29.

(154) DINSTEIN, Y.: «The Universality Principle and War Crimes», en SCHMITT, M.N. & GREEN, L.C. (eds.): *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, International Law Studies, Vol.71, Naval War College, Newport, Rhode Island, 1998, p.19.

(155) PIGRAU SOLE, A.: «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1997, p.148; ASIL: «Extraterritorial Application of Criminal Law», *Proceedings of the 85th Annual Meeting*, Washington, D.C., April 17-20, 1991, pp. 383-400.

elemento de internacionalidad antes mencionado, con independencia de la conexión del Estado del tribunal con el crimen en cuestión. En cambio, la jurisdicción penal internacional supone el ejercicio de la jurisdicción penal sobre ciertos crímenes por parte de una instancia internacional.

En definitiva, la cuestión de las relaciones entre el principio de jurisdicción universal y la jurisdicción internacional penal se reduciría a la relación entre la jurisdicción de la CPI y la jurisdicción de los Estados, jurisdicción presidida por el principio de complementariedad. De este modo, si partimos del principio de complementariedad en su aplicación al funcionamiento de la CPI, habrá que tener en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de las jurisdicciones nacionales podría dar lugar a una distorsión en el funcionamiento de dicho principio (156).

En este sentido, cabe preguntarse si podemos deducir del Estatuto la obligación de los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, de tal manera que el incumplimiento de dicha obligación determinara la incapacidad del Estado para enjuiciar al presunto culpable, y en consecuencia sería motivo suficiente para determinar la admisibilidad de la causa ante la CPI (157).

Primeramente, para determinar si el Estatuto efectivamente genera la obligación para los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, habría que preguntarse si el reconocimiento en el Estatuto de la CPI de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, implica que existe un reconocimiento implícito a la jurisdicción universal sobre dichos crímenes. En principio, varios autores han señalado que dicho principio sí será aplicable a todos los crímenes de la competencia de la Corte puesto que se trata de crímenes no novedosos, que ya eran punibles conforme al Derecho Internacional antes de su consignación en el Estatuto de Roma (158). En esta misma línea, apuntan a que el Derecho Internacional Consuetudinario establece una serie de crímenes de *ius cogens*, recogidos en el Estatuto de Roma, y que generan una obligación *erga omnes* de investigar y enjuiciar.

---

(156) ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional...», *op.cit.*, pp. 420-431.

(157) CONDORELLI, L.: «La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 103, 1999, pp. 7-21, en especial p.20.

(158) TRIFFTERER, O.: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 17-19.



No obstante, la puesta en marcha del principio de jurisdicción universal para los crímenes reconocidos en el Estatuto de la CPI responde al enfoque general de la jurisdicción de la Corte desde el principio de complementariedad. En consecuencia, el mayor defecto del Estatuto es que el Preámbulo no afirma explícitamente, al sentar la complementariedad, que los Estados son competentes para enjuiciar dichos crímenes de acuerdo con el principio de jurisdicción universal (159). No podemos deducir, pues, del Estatuto la existencia de la jurisdicción universal de los Estados sobre los crímenes reconocidos en el mismo, y la consiguiente obligación por parte de los Estados de reconocer la jurisdicción universal sobre dichos crímenes en sus ordenamientos (160). Al contrario, podemos afirmar que la universalidad absoluta no está en consonancia con el actual *status* del Derecho Internacional general (161). No todos los crímenes enmarcados en la jurisdicción de la Corte están cubiertos por la jurisdicción universal, ya que descansan sobre otras consideraciones, como son los principios de territorialidad y nacionalidad (162). Asimismo, la jurisdicción de la Corte no tiene un alcance universal, puesto que no puede ejercerse sobre un crimen cometido en el territorio de un Estado no Parte o sobre sospechosos nacionales de un Estado no Parte porque esto afectaría al mismo fundamento de la Corte establecida mediante tratado (163).

---

(159) HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 2000, pp. 446-447.

(160) Sin embargo, son varios los Estados que contemplan la jurisdicción universal en sus ordenamientos nacionales: Alemania (arts. 6 y 7 del Código Penal), Chile (art.3 del Código de Justicia Militar), España (art.23.4 de la LOPJ), Etiopía (art.15 del Código Penal de 1957), Finlandia (art.7 del Código Penal), Nicaragua (art.16 del Código Penal), Paraguay (art.8 del Código Penal), Portugal (art.221.5 del Código Penal), Rusia (art.11 del Código Penal), Eslovenia (art.122 del Código Penal) y Suiza (art.2 del Código Penal Militar).

(161) Sobre las dificultades de afirmar la universalidad absoluta, ver: [ABAD CASTELLOS, M.: «La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante desandando la impunidad», *Anuario de la Facultad de Derecho* 1998, vol. II, A Coruña, 1998, pp. 33-59.] REMIRO BROTONS, A.: «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en QUÉL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, Madrid, 2000, pp. 193-235.

(162) Ver en este sentido el artículo 12 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional referido a los nexos jurisdiccionales para que la Corte ponga en marcha su jurisdicción: la ratificación del Estatuto o la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen o el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate.

En último lugar, cabe plantearse si la jurisdicción de la CPI y el principio de justicia universal son compatibles o se anulan recíprocamente. Podemos afirmar que existe plena compatibilidad, y que, además, el principio de complementariedad tiene que aplicarse a cualquier Estado, Parte o no Parte en el Estatuto de Roma, sobre la base de cualquier vínculo jurisdiccional adoptado por su legislación nacional, incluida la jurisdicción universal. No obstante, y, en principio, parece más lógico restringir el principio de complementariedad a aquellas jurisdicciones nacionales más directamente conectadas con el acto criminal cometido o con el acusado, ya que son las únicas que están en posición de reunir pruebas y testimonios (164). De lo contrario, se impediría que la Corte conociera de un gran número de casos, y, a nivel de las jurisdicciones nacionales, se volvería a plantear el problema del *forum shopping*; sin olvidar la posibilidad añadida de que se creasen ofertas de jurisdicción permitiendo al presunto responsable de un crimen autoinculparse ante el Estado que le resultase más favorable para evitar la jurisdicción de la Corte (165).

Ante la posible distorsión en el funcionamiento del principio de complementariedad derivada del ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales (166), podemos asegurar que dicho problema no sería tal si, como afirma CONDORELLI, pudiésemos deducir del Estatuto la obligación de los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, de manera que el incumplimiento de dicha obligación determinara la incapacidad del Estado para enjuiciar al presunto culpable y la admisibilidad de la causa ante la CPI (167).

---

(163) KAUL, H-P & KREB, C.: «Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol.2, 1999, p.146.

(164) BENVENUTI, P. «Complementarity of The International Criminal Court to National Jurisdictions», en LATTANZI, F. & SCHABAS, W. (eds.): *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol.I., Ed. II Sirente, 1999, p.48.

(165) RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales», en QUEL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección escuela Diplomática, N.º 4, Madrid, 2000, pp. 173-177.

(166) ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional...», *op.cit.*, pp. 420-431.

(167) CONDORELLI, L.: «La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 103, 1999, pp. 7-21, en especial p.20.

Pero este planteamiento es bastante atrevido. Primeramente, para determinar si el Estatuto efectivamente genera la obligación para los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, habría que preguntarse si el reconocimiento en el Estatuto de la CPI de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, implica que existe un reconocimiento implícito a la jurisdicción universal sobre dichos crímenes, lo que es más que discutible. En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que el reconocimiento del principio de jurisdicción universal para los crímenes reconocidos en el Estatuto de la CPI respondería al enfoque general de la complementariedad, pero el mayor defecto del texto es que el Preámbulo, al sentar la complementariedad, no afirma explícitamente que los Estados son competentes para enjuiciar dichos crímenes de acuerdo con el principio de jurisdicción universal (168).

Concluyendo, podemos afirmar que será mejor que los Estados aseguren en sus ordenamientos internos la represión de crímenes de carácter internacional de acuerdo con el principio de jurisdicción universal y en relación con los crímenes reconocidos en el Estatuto con base en el Derecho Internacional consuetudinario (169). Sin embargo, la dependencia de estas medidas internas y, sobre todo, el hecho de que el Estatuto no se aplica a los Estados no Partes, supone un cierto riesgo de consolidar la figura del objetor persistente, que es precisamente el objeto contra el cual lucha la doctrina de la universalidad absoluta (170). Este obstáculo lo podemos rebatir si estimamos que los crímenes que han sido reconocidos y definidos como parte del Derecho Internacional

---

(168) HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 2000, pp. 446-447.

(169) INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: 23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law..., *op.cit.*, p.14. Ver también: CICR: *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra. Informe*, 24-2-1999, documento impreso desde el sitio web del CICR: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMR2>.

(170) En este sentido, HENZELIN distingue entre el unilateralismo, el universalismo absoluto y el universalismo convencional, que se pueden acomodar al principio de universalidad, y estima que las tres soluciones reposan sobre el problema de las competencias estatales. La primera enfatiza la competencia originaria e inalienable del Estado en el marco de la Comunidad Internacional; la segunda parte de que el Derecho es el reflejo de un ordenamiento supraestatal, que los Estados han de proceder a aplicar; y la tercera concibe la universalidad como resultante de una transferencia de competencias entre los Estados (HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États ...*, *op.cit.*, p.448).

consuetudinario serán enjuiciados y castigados incluso por los Estados no partes en el Estatuto (171).

En esta línea, si llegáramos a la conclusión de la existencia de la jurisdicción universal de los Estados sobre los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma, podríamos preguntarnos si esto implicaría que también la Corte a su vez tendría jurisdicción universal sobre dichos crímenes en relación con Estados no Partes en el Estatuto. En la Conferencia de Roma, algunos Estados –incluso– llegaron a sostener la innecesariedad de los nexos jurisdiccionales para que la CPI ejerciera su jurisdicción, puesto que «[b]ajo el Derecho Internacional actual, todos los Estados pueden ejercer jurisdicción penal universal con respecto a los actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra» (172). La oposición a esta postura fue liderada por EEUU que, al referirse al principio de jurisdicción universal, afirmó lo siguiente: «[n]o es un principio aceptado en la práctica por la mayoría de gobiernos del mundo y si se adopta en este Estatuto erosionaría principios fundamentales del derecho de los tratados...» (173).

Parece claro que no es posible dotar de una interpretación amplia al artículo 5.1 del Estatuto, de modo que dedujéramos del enunciado de «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» la aplicación del principio de jurisdicción universal (174). Yendo más allá, aunque reconociéramos que los crímenes recogidos en el Estatuto de la Corte se basan en normas consuetudinarias obligatorias para los Estados, nos encontraríamos con una realidad contradictoria, puesto que, en la práctica, esos crímenes no son perseguidos y enjuiciados con carácter universal.

Efectivamente, la práctica nos conduce a la conclusión contraria, y así podemos constatar las dificultades con que se han encontrado los tribunales belgas para aplicar el principio de justicia universal en virtud de la *Ley de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977*

---

(171) Ver las conclusiones de la 23 Mesa Redonda sobre Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario: INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: 23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law..., *op.cit.*, pp. 12-13.

(172) Así, la postura de Alemania en el siguiente documento de discusión sometido al Comité Preparatorio: N.U. Doc. A/AC.249/1998/DP.2, 23 de marzo de 1998.

(173) Informe de EEUU de 9 de julio de 1998 en el Comité Plenario en relación con la deliberación sobre el documento de discusión: N.U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.53, de 6 de julio de 1998.

(174) INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: 23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law..., *op.cit.*, p.12.

(175), cuyo artículo 7 preveía la competencia de dichos tribunales para conocer de las infracciones previstas en la ley, independientemente del lugar en donde se hubiesen cometido. Esta ley experimentó una importante reforma a través de la *Ley de 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario* (176), en la que se incorporó, además de las infracciones graves mencionadas, los crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad. No obstante, las dos últimas reformas, realizadas en abril y en agosto del 2003, han dado lugar a importantes retrocesos en relación con la jurisdicción universal.

Uno de los detonantes de la última reforma restrictiva de la ley de jurisdicción universal fue el asunto *Yerodia* seguido ante el Tribunal Internacional de Justicia, cuya sentencia de 14 de febrero del 2002 condenó a Bélgica por una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores en activo de la República Democrática del Congo (177). Las controversias también se habían dado en el interior de Bélgica. Efectivamente, la condena en junio del 2001 de dos monjas ruandesas que fueron halladas culpables de genocidio por parte de tribunales belgas dio lugar a que el propio canciller, Louis Michel, confirmara la interpretación de que la nueva ley comprendía también a jefes de gobierno en funciones. La avalancha de casos que fueron conducidos ante los Tribunales belgas fue extraordinaria, desde el primer Ministro Israelí, Ariel Sharon, hasta el Jefe de Estado de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, su predecesor, el general Guet, y su ministro de Defensa e Interior, Emile Boga Doudou, así como el líder palestino Yasser Arafat y el Jefe de Estado de Irak, Saddam Hussein, entre otros.

Ante esta situación, en abril de 2003 se propuso un texto (178) que restringiera el principio de jurisdicción universal tal y como estaba establecido por la ley de 1993 reformada en 1999. En dicho texto se establece que

---

(175) «Loi du 16 juin relative à la represión des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions», 16 de junio de 1993, *Moniteur Belge*, 5 de agosto, 1993.

(176) «loi relative à la represión des violations graves de droit international humanitaire», 10 de febrero de 1999, *Moniteur Belge*, 23 de marzo de 1999.

(177) *Arrêt du 14 Février 2002, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 d'avril 2000 (République Démocratique du Congo c.Belgique)*, I.C.J. Reports 2002. Ver también: TORRES PÉREZ, M.: «Inmunidad de Jurisdicción Penal e Impunidad: el Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002», *Revista de Derecho*, Universidad de Valencia, n.º 1, noviembre 2002.

(178) «Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la represión des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire», 23 de abril de 2003, *Moniteur Belge*, 7 de mayo de 2003.

el Fiscal Federal puede rechazar la demanda si ésta es manifiestamente mal fundada o cuando, por razones basadas en el interés de la justicia y en el respeto de Bélgica a sus obligaciones internacionales, el asunto debiera ser enjuiciado por tribunales internacionales o por tribunales con el nexo de la territorialidad o de la nacionalidad del acusado o del Estado de detención, siempre que fueran competentes y fueran a enjuiciar con el respeto a los derechos al debido proceso. Todas estas restricciones se habrían de aplicar con carácter retroactivo para impedir los posibles conflictos derivados de la acumulación de casos ante los tribunales belgas.

Pero la reforma de agosto de 2003 (179) ha ido más allá, suprimiendo incluso la mención a la jurisdicción universal, por lo que Bélgica se protege de las distorsiones que en la práctica se han puesto de relieve respecto del funcionamiento de este principio (180). Conforme a dicha reforma, los tribunales nacionales sólo podrán conocer de las tres categorías de crímenes antes mencionadas si el acusado o la víctima son nacionales o residentes en Bélgica. Igualmente, excluye los enjuiciamientos de Jefes de Estado o de Gobierno, y Ministros cuando están en el cargo, de otras personas cuya inmunidad es reconocida por el Derecho internacional, y de personas cuya inmunidad es reconocida en un tratado del cual Bélgica es parte. Sólo en el caso de que la víctima esté relacionada con Bélgica, el papel del Fiscal se expande, y podrá actuar en solitario, sin pasar el caso a un Juez instructor, cuando fallen los criterios establecidos en la reforma de abril.

Algunas leyes han seguido la estela de la reforma belga, así, los Países Bajos con su Ley de junio de 2003 sobre violaciones de derecho internacional humanitario (181), en la que limita el enjuiciamiento de los tribunales neerlandeses a los crímenes cometidos en su territorio y respecto de personas que no gocen de inmunidad. En cambio, otras leyes destinadas a implementar el Estatuto de Roma, nos pueden conducir a conclusiones contradictorias con las extraídas del ejemplo belga o neerlandés. Así, la Ley de Reino Unido de cooperación con la CPI (182) acoge una posición

---

(179) «Loi relative aux violations graves du droit humanitaire», 5 de agosto de 2003, *Moniteur Belge*, 7 de agosto de 2003.

(180) RATNER, S.R.: «Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem», *American Journal of International Law*, Vol.97, n.º 4, pp.888-897.

(181) *Act of June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, 19 June 2003, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3<sup>rd</sup> Consult/ICC (2003) 4).

(182) *The International Criminal Court Act 2001*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 31).

más abierta que la tradicionalmente adoptada en relación con los delitos penales y asentada en el principio de la territorialidad, al señalar que los tribunales nacionales tendrán jurisdicción sobre cualquier persona residente en dicho país. Por su parte, la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (183) contempla el enjuiciamiento de estos crímenes con independencia del lugar de comisión de los mismos. Constatamos que en estas leyes asoma el principio de jurisdicción universal, como consecuencia del influjo del instrumento internacional.

Pero, en definitiva, el planteamiento ideal y más lógico consistiría en que el juego de la complementariedad operase a favor del principio de jurisdicción universal. Así, para garantizar la protección más completa, sería deseable que además de la jurisdicción penal internacional, se consagrara la jurisdicción universal en el ámbito de la legislación doméstica de los Estados (184).

#### 4.2. LOS EFECTOS DE LA LEY ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA CPI SOBRE EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL CONSAGRADO EN NUESTRA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Volviendo a nuestra Ley Orgánica española de cooperación con la CPI, comprobamos cómo esta Ley no regula tan sólo las relaciones de cooperación, sino también los eventuales conflictos de jurisdicción que pueden plantearse entre la CPI y los órganos judiciales españoles. Y es precisamente al regular los conflictos de jurisdicción cuando nos encontramos con la posible influencia de nuestra norma en un principio básico del Derecho Internacional Penal: la jurisdicción universal.

En este plano, el principal problema de la Ley española lo hallamos en los artículos 7.2 y 8.1 de la Ley española que han sido objeto de gran polémica al poner en cuestión el principio de jurisdicción universal tal y como está consagrado en el art.23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

(183) *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, 29 juin 2000 (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(184) INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: *23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, The International Criminal Court. Evaluation and Progress of the UN Diplomatic Conference* (Rome, 15 June-17 July 1998), San Remo, 2-4 September 1998, p.14.

El art.7.2 de la Ley titulado *De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte* estipula que «[c]uando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudiera tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio».

Por su parte, el art.8.1, titulado *Del requerimiento de inhibición al Fiscal de la Corte*, establece que «[r]ecibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al art.18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los tribunales españoles».

Del tenor literal de estas disposiciones se deduce que los tribunales españoles sólo tendrán competencia cuando se trate de un crimen cometido por sus nacionales o en su territorio, de modo que, subsidiariamente, si se trata de un crimen que también es competencia de la CPI, será ésta la que enjuicie. *A contrario*, se desprende que los órganos judiciales españoles se abstendrán de proceder cuando: los presuntos autores no sean nacionales españoles, se trate de hechos sucedidos en otros Estados y los delitos sean de la competencia objetiva de la Corte (185). Con estas disposiciones se cercena el principio de jurisdicción universal, tal y como está reconocido en el art.23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, o, en todo caso, se establece una restricción a la extraterritorialidad de la ley penal española.

Esta restricción al principio de jurisdicción universal ha sido valorada positivamente por el Consejo General del Poder Judicial, quien, en su informe, subrayaba la utilidad del art.7.2 en tanto que evita la «indeseable situa-

---

(185) Informe del Consejo General del Poder Judicial..., *op.cit.*, p.15.



ción en la que un órgano judicial español pueda afirmar su jurisdicción preferente a la de la Corte invocando el principio de justicia universal».

No obstante, esta valoración positiva ha de ser corregida a la luz de una distinta interpretación del principio de complementariedad y de los compromisos internacionales asumidos por España (186). En relación con esta última cuestión, no cabe duda de que la redacción de estos artículos contraviene expresamente lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España, concretamente en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto, que establecen el deber de los Estados Partes de ejercitar su propia jurisdicción penal en relación con los presuntos responsables de conductas prohibidas por dichos tratados, con independencia de la nacionalidad del autor del crimen y del lugar donde se haya cometido (187).

En cuanto a la contradicción de dichas disposiciones de la Ley Orgánica con la complementariedad de la Corte, hay que advertir que el párrafo 6.º del Preámbulo del Estatuto de Roma nos recuerda el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción nacional con relación a los responsables de crímenes internacionales (188). En consecuencia, y en primer lugar, este deber no aparece condicionado a la nacionalidad del autor ni al territorio en donde fue cometido el crimen. Y, en segundo lugar, no podemos considerar a la CPI como un sustituto de los tribunales nacionales cuando éstos tengan competencia en virtud de su jurisdicción universal, sino al

---

(186) AMNISTÍA INTERNACIONAL: «España: hora de colaborar...», *op.cit.*, pp.2-4.

(187) Y, de acuerdo con una interpretación más flexible, se contravendrían las obligaciones establecidas por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas de 1984.

(188) En cuanto al valor jurídico de éste, conforme al art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, hay que señalar que el Preámbulo ha de considerarse parte del contexto en el cual el tratado debe ser interpretado y aplicado. Pero, junto a este valor, no debemos olvidar que el Preámbulo reviste cierta importancia moral y política. Los Estados que han firmado el Estatuto y, en especial los que deciden ser Estados Partes, van a estar sometidos a los principios y estándares previstos en el Preámbulo. Y, en este sentido, el Preámbulo contempla, por un lado, la decisión de poner fin a la impunidad y contribuir a la prevención de nuevos crímenes (tarea encomendada a la CPI), y, por otro, hace referencia al deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal para cumplir. En esta misma línea, la CDI se ha encargado de perfilar expresamente el valor del Preámbulo, en concreto respecto de las cuestiones de admisibilidad anteriormente referidas en el artículo 35 del Proyecto de Estatuto de 1994, señalando que el Preámbulo tiene como propósito asistir en la interpretación y aplicación del Estatuto. Ver: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46 período de sesiones, 2 mayo-22 julio 1994, N.U. Doc. A/49/10 (1994), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol.I, comentario al Preámbulo, párrs.3 y ss; BERGSMO, M. & TRIFFTERER, O.: «Preamble», en TRIFFTERER, O. (ed.): *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 4-6.

contrario, los Estados que han ratificado el Estatuto aceptan la responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar en sus órganos judiciales nacionales a los presuntos autores de los crímenes de la competencia de la Corte. De esta manera, la jurisdicción de la Corte complementará la jurisdicción de los tribunales nacionales, ya que sólo investigará y procesará a los individuos en el caso de que los órganos judiciales nacionales no puedan o no quieran hacerlo.

No obstante, la posible erosión del principio de jurisdicción universal a que puede dar lugar el apartado 1.º del art.17 de nuestra Ley de Cooperación es contrarrestada por la introducción, vía enmienda, de un apartado 3.º, que ya se contemplaba en el anteproyecto, y que desapareció gracias a la opinión favorable a su supresión del Consejo de Estado, al considerar que no se correspondía con el sentido y la construcción del Estatuto (189). Conforme a este apartado 3.º, «[n]o obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

En este sentido, no sólo nos parece adecuado y conveniente dicho apartado 3.º, sino que estimamos sería conveniente ampliar la facultad contemplada en el mismo a los supuestos en que, una vez que la CPI inicie una investigación, ésta sea cerrada por el Fiscal puesto que «existen razones sustanciales para creer que aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas una investigación no redundaría en interés de la Justicia» (190). E igualmente, convendría su extensión al supuesto del art.16 del Estatuto, cuando el Consejo de Seguridad pida la suspensión de una investigación o enjuiciamiento. Con todo, y siendo claro que este párrafo 3.º permite atenuar los efectos negativos del 2.º párrafo del art.7 de la Ley Orgánica, hubiese sido deseable una fórmula aún más respetuosa con la jurisdicción de nuestros tribunales nacionales (191).

---

(189) El Consejo de Estado abogó por la supresión de este apartado 3.º del art.7 del Anteproyecto de Ley ya que, a su juicio, no se correspondía con el sentido y las mismas bases del Estatuto. Así, los Estados, al ser Partes en el mismo desean instaurar una jurisdicción internacional permanente respecto de ciertos delitos especialmente graves. En consecuencia, el admitir la posibilidad de ulteriores actuaciones por parte de las jurisdicciones españolas supondría minar y desconocer el significado general que los Estados han querido dar a la CPI al instaurarla y aceptar su jurisdicción (Informe del Consejo de Estado...*op.cit.*, considerando 10).

(190) Art.53.2 c) del Estatuto de Roma.

(191) Así, en el caso de los Tribunales *ad hoc*, debido a la primacía que inspira sus relaciones con las jurisdicciones nacionales, se ha incluido en nuestra legislación una dis-

En última instancia, habrá que evitar que estas disposiciones de nuestra Ley Orgánica de Cooperación repercutan negativamente en el ejercicio de la jurisdicción universal (192). En todo caso, y a pesar de la opinión en contra del Consejo de Estado (193), consideramos que se impone una revisión del art.23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en aras a proporcionar coherencia a la legislación española en lo referente a su proyección internacional. Todo ello sin perder de vista que el objetivo último de España en este ámbito no ha de ser sino contribuir a la erradicación de la impunidad tal y como lo demuestra la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 (194).

---

posición respetuosa con nuestras jurisdicciones internas. Ver: Art.4 de la Ley orgánica 4/1998 para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, y art.4 de la Ley orgánica 15/994 para la cooperación con el Tribunal Internacional para la exYugoslavia. Ver, asimismo: QUÉL LÓPEZ, F.J.: «Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el orden interno español», *Revista española de Derecho Internacional*, Vol.XLVI-1994, n.º 1, enero-junio 1994, pp.61-98.

(192) AMNISTÍA INTERNACIONAL: «La jurisdicción Universal: Preguntas y Respuestas. Llamamiento de Amnistía Internacional a los gobiernos para que promulguen legislación sobre la jurisdicción universal» (Índice AI IOR 53/020/2001).

(193) Informe del Consejo de Estado...*op.cit.*, considerando 10.

(194) Dicha Sentencia avala que España investigue el delito de genocidio en Guatemala, aún cuando las víctimas no sean españolas (Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre de 2005).



## **II. ANEXOS**



# **1. DOCUMENTACIÓN**





**1.1. PRECEPTOS DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL RELATIVOS  
A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES. TEXTO INTEGRADO  
CON LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LEY  
ORGANICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2003,  
EN COORDINACIÓN CON EL ESTATUTO DE LA CORTE  
PENAL INTERNACIONAL**

Centro de Estudios de  
*Derecho Internacional Humanitario  
de la Cruz Roja Española*

**NOTA INTRODUCTORIA**

La Cruz Roja Española remitió en su día al Gobierno una propuesta para castigar los crímenes de guerra en el nuevo Código penal que entonces se elaboraba. Así se incorporó al vigente Código penal español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, el capítulo «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 608 a 614) para la protección penal de las víctimas de la guerra, dentro del Título XXIV «Delitos contra la Comunidad Internacional».

Sin embargo, en el momento actual se hacía necesaria una reforma del capítulo y título citados del Código penal. Los nuevos crímenes internacionales que se castigan en el Estatuto de Roma (que los declara imprescriptibles), la protección que merece el personal de las Naciones Unidas en sus misiones pacíficas y humanitarias, la prohibición de armas inhumanas e indiscriminadas (como las armas biológicas, químicas) o la protección reforzada de los bienes culturales, suponen

avances del Derecho internacional que deben ser recogidos en las normas penales.

En consecuencia, la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, de modificación del Código penal español, justifica la nueva regulación de *«los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional»*. E incorpora a la legislación penal española: la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra (puesto que el genocidio ya era imprescriptible), la incriminación de los Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, el castigo de determinadas conductas relacionadas con las armas químicas o biológicas y la tipificación de los delitos de lesa humanidad.

Pero, además, esta modificación del Código Penal español añade importantes preceptos para proteger al personal de Naciones Unidas y personal asociado en caso de conflicto armado, incorporar como crímenes de guerra determinadas conductas ya incriminadas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (como la orden de no dar cuartel, la deportación ilegal, los asentamientos en territorio ocupado, los ataques a instalaciones o medios de transporte sanitarios o la violencia sobre el personal humanitario), completar la defensa de los bienes culturales de especial relevancia, en caso de conflicto armado, agravar determinados delitos, establecer la responsabilidad de los superiores jerárquicos o regular la inaplicabilidad de una eximente en los crímenes de genocidio o de lesa humanidad.

Las extensas modificaciones introducidas en el Código Penal de 1995 por la reciente Ley Orgánica 15/2003, han aconsejado al Centro de Estudios de Derecho Internacional de la Cruz Roja Española la elaboración de un Texto Integrado que incorpore los preceptos modificados o añadidos, presentando la redacción definitiva de los preceptos del Código Penal español, relativos a los crímenes internacionales.

Se han señalado en **negrita** las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2004.

**PRECEPTOS DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL RELATIVOS  
A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES**

**TEXTO INTEGRADO CON LAS MODIFICACIONES  
INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE  
NOVIEMBRE DE 2003, EN COORDINACIÓN CON EL  
ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

**LIBRO PRIMERO**

**TITULO VII**

De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos

**CAPITULO I**

DE LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL  
Y SUS EFECTOS

**Artículo 131**

1. ....
2. ....
3. ....

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

**Artículo 133**

1. ....
2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

## LIBRO SEGUNDO

### Delitos y sus penas

#### TITULO XX

#### Delitos contra la Administración de Justicia

#### CAPITULO IX

#### «DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL»

#### **Artículo 471 Bis**

1. El testigo que, intencionadamente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena de prisión de cuatro a cinco años.

2. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.

3. El que intencionadamente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.

4. El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.

5. Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.

6. El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.

En la misma pena incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.

7. El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada o aceptada.

## TITULO XXII

### Delitos contra el orden público

#### CAPITULO V

##### DE LA TENENCIA, TRAFICO Y DEPOSITO DE ARMAS, MUNICIONES O EXPLOSIVOS Y DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

#### **Artículo 566**

1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas **o biológicas** con la pena de prisión de cinco a 10 años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación.

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas **o biológicas**.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas **o biológicas** o inicien preparativos militares para su empleo.

#### **Artículo 567**

1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independen-

cia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas **o biológicas** la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas **o biológicas** las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas **o biológicas** cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o la modificación de una preexistente.

3. Se considera depósito de armas de fuego reglamentadas la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas.

4. Respecto de las municiones, los Jueces y Tribunales, teniendo en cuenta la cantidad y clase de las mismas, declararán si constituyen depósito a los efectos de este capítulo.

## TITULO XXIV

### Delitos contra la Comunidad Internacional

#### CAPITULO I

#### DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

#### **Artículo 605**

1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.

2. El que causare lesiones de las previstas en el Artículo 149 a las personas mencionadas en el apartado anterior, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.

Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el Artículo 150 se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años, y de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.

3. Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior.

### **Artículo 606**

1. El que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. Cuando los delitos comprendidos en este Artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior.

## CAPITULO II

### DELITOS DE GENOCIDIO

### **Artículo 607**

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el Artículo 149.

3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el Artículo 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2.º y 3.º de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este Artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

## CAPITULO II BIS

### DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

#### **Artículo 607 bis**

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona. Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

2.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si some-



tieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5.º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

10. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

### CAPITULO III

#### DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

#### **Artículo 608**

A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:

1.º Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

2.º Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.

3.º La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

4.º Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

5.º Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.

6.º El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.

7.º Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

#### **Artículo 609**

El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier

acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

## **Artículo 610**

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, **u ordene no dar cuartel**, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

## **Artículo 611**

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1.º Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

2.º Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.

3.º Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

4.º Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga **o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.**

5.º Traslade y asiente, **directa o indirectamente**, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

6.º Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

7.º Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

## Artículo 612

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1.º Viole a sabiendas la protección debida a **hospitales, instalaciones, material**, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

2.º Ejercer violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro **o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional**.

3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte.

4.º Use indebidamente o de modo péfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

5.º Utilice indebidamente o de modo péfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones

Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

7.º Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada.

### Artículo 613

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, **o bienes culturales bajo protección reforzada**, causando como consecuencia extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.

b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.

c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas.

d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas

importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.

2. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado.

### **Artículo 614**

El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

### **Artículo 614 bis**

Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior.

## CAPITULO IV

### DISPOSICIONES COMUNES

### **Artículo 615**

La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

## **Artículo 615 bis**

1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.

5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

## **Artículo 616**

En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título y en el anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces o Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

## **Artículo 616 bis**

Lo dispuesto en el artículo 20.7.º de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título (1).

---

(1) LIBRO PRIMERO, TÍTULO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL. CAPÍTULO II. DE LAS CAUSAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL.

Artículo 20: Están exentos de responsabilidad criminal:

... 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.



## **1.2. LEY ORGÁNICA 18/2003, DE 10 DE DICIEMBRE, DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (BOE 11-12-2003)**

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En virtud de la autorización concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, España ratificó, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Dicho Estatuto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su artículo 126, el 1 de julio de 2002.

La estructura de esta Ley, comparable a la que se siguió en la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, y en la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, parte del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los Tribunales, en aquellos sistemas como el español, en los que los tratados pueden ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma internacional así lo permita.

En lógico desarrollo de ese planteamiento, la Ley sólo regula aquellos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto, evitando reproducir preceptos de éste que serían redundantes.

En el ámbito de las fuentes, se contemplan lógicamente, además del propio Estatuto y de esta Ley, las demás Leyes españolas aplicables, en lo

que no esté regulado expresamente por ella. Además, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos que puedan celebrarse entre España y la Corte, así como, en aquello que sea pertinente, las reglas de procedimiento y prueba de la Corte, que habrán de ser objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

La Ley regula con particular cuidado el llamado «mecanismo de activación», a través de la denuncia por España de una situación que podría ser de la competencia de la Corte, configurándose como una competencia exclusiva del Gobierno en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior.

La Ley pone particular cuidado en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los Tribunales españoles, estableciéndose el deber del Ejecutivo de sostener la competencia española cuando ésta ha sido ejercida o se está ejerciendo, pero se establece un matiz o gradación en los deberes del Ejecutivo, inspirado en 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.

Un elemento significativo de esta Ley es la entrega a la Corte de una persona reclamada por la misma, que resulta imprescindible, pues el Estatuto no permite dictar sentencias en rebeldía. Los preceptos del Estatuto y de las reglas de procedimiento y prueba son muy minuciosos y concordantes con el derecho interno español, por lo que esta Ley sólo introduce los adecuados complementos. El aspecto más significativo se refiere al principio general que establece el Estatuto acerca de la obligatoriedad de decretar la prisión provisional, siendo excepción la libertad provisional, aunque no se establece un automatismo riguroso eliminando por completo la facultad de apreciación por el juez interno, sino solamente que examine y valore las recomendaciones de la Corte, tal y como establece el artículo 59.4 del Estatuto. 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.

Junto al núcleo básico de la cooperación, constituido por la entrega a la Corte, la Ley regula también diversos aspectos del auxilio judicial internacional, aunque teniendo en cuenta la precisión del Estatuto en la regulación de una variada tipología de comisiones rogatorias y otras formas de cooperación, ha parecido suficiente prever en la norma interna española mínimos complementos procesales.

La ejecución de las sentencias de la Corte, tanto en cuanto a las penas principales como en cuanto a las consecuencias accesorias y la reparación a las víctimas, es también objeto de regulación y, siguiendo la misma técnica legislativa, se introducen desarrollos normativos mínimos, siendo aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte. En lo que concierne a las penas privativas de libertad, España ha formulado al ratificar el Estatuto una declaración expresando la disposición a recibir en España personas condenadas por la Corte, para cumplimiento de la condena, bajo determinados límites temporales, de acuerdo con la habilitación concedida por la disposición adicional única de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

En el plano orgánico, se mantiene la competencia de la Audiencia Nacional para la cooperación pasiva concerniente a la entrega a la Corte, siendo competentes los restantes órganos judiciales, sea para la cooperación activa, sea para ciertos aspectos de la pasiva, como son las comisiones rogatorias, actos de notificación y otras formas de cooperación. En el orden político y administrativo, el Ministerio de Justicia es el órgano de relación con la Corte, sin perjuicio de tener que contar con el criterio del Ministerio de Asuntos Exteriores en los asuntos de su competencia.

La competencia para la entrega se residencia en el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, con un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal, con motivos tasados, tal y como está previsto en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el procedimiento abreviado. A diferencia del modelo que inspira la Ley de Extradición Pasiva de 1985, la intervención del Poder Ejecutivo es reducida, judicializándose todo el sistema y eliminándose las llamadas fases gubernativas, y dentro de esta fase judicial ahora única, se reducen los motivos de oposición a la solicitud de entrega.

## **Artículo 1. Objeto y fuentes jurídicas**

El objeto de esta Ley Orgánica es regular las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución por el Estatuto de

Roma de 17 de julio de 1998 -en lo sucesivo, el Estatuto- y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencias a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias en la medida en que éstas resulten pertinentes, en particular las reglas de procedimiento y prueba, así como en los acuerdos específicos de cooperación que España pueda celebrar con la Corte.

Con carácter supletorio a esta Ley se aplicarán las normas orgánicas y procesales de aplicación general.

## **Artículo 2. De la cooperación pasiva**

España prestará plena cooperación a la Corte Penal Internacional -en lo sucesivo, la Corte- de conformidad con lo prevenido en el Estatuto y en especial en su artículo 86.

## **Artículo 3. De la cooperación activa**

Los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal podrán dirigir, por conducto del Ministerio de Justicia, solicitudes de cooperación a la Corte que se consideren necesarias en el marco de un proceso que se siguiere en España y en los casos y condiciones que establece el artículo 93.10 del Estatuto.

## **Artículo 4. De las autoridades competentes**

Son autoridades competentes para la aplicación de esta Ley:

- a) El Gobierno.
- b) El Ministerio de Justicia.
- c) El Ministerio de Asuntos Exteriores, en los casos previstos en esta Ley, y, en todo caso, cuando intervinieran factores de política exterior.
- d) El Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior, cuando el acto de cooperación afecte a sus competencias.
- e) Los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria y, en particular, la Audiencia Nacional.
- f) Los órganos judiciales militares y, en particular, el Tribunal Militar Central.
- g) El Ministerio Fiscal.

## **Artículo 5. De la representación y defensa procesal**

1. La representación y defensa en juicio de España ante los órganos de la Corte corresponderá a los Abogados del Estado integrados en la Abogacía General del Estado y de acuerdo con las instrucciones impartidas conjuntamente, en cada caso, por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Exteriores. En los supuestos en que el procedimiento afecte a materias propias de algún departamento ministerial, se oirá a éste antes de impartir las citadas instrucciones.

2. El Gobierno, por motivos excepcionales y oído el Abogado General del Estado, podrá acordar que una persona, especialmente designada al efecto, actúe como agente de España en un determinado procedimiento ante los órganos de la Corte. La persona designada por el Gobierno asumirá en el desempeño de sus servicios las funciones de Abogado del Estado y se ajustará a las disposiciones que regulan el ejercicio de dichas funciones.

## **Artículo 6. De los órganos de relación y consulta con la Corte**

1. 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.

2. El Ministerio de Justicia es también el órgano de consulta con la Corte en los casos previstos en el Estatuto, debiendo informar previamente de cada consulta al Ministerio de Asuntos Exteriores. En el supuesto de que la consulta afecte a materias propias del ámbito competencial de los Ministerios del Interior o Defensa, recabará el informe de estos departamentos.

Cuando la consulta incluya, a juicio del Ministerio de Asuntos Exteriores, aspectos de política exterior, será éste el competente, en coordinación con el Ministerio de Justicia y, en su caso, con otros ministerios concernidos.

## **Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte**

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido

en los artículos 13, párrafo a), y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.a) del Estatuto.

2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

## **Artículo 8. Del requerimiento de inhibición al Fiscal de la Corte**

1. Recibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al artículo 18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los Tribunales españoles.

2. 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 notificación recibida, se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas, los Ministros de Justicia y de Asuntos Exteriores, en plazo que no podrá rebasar los veinte días desde la recepción de la notificación del Fiscal de la Corte, elevarán propuesta conjunta al Consejo de Ministros para que resuelva sobre sostener la competencia de las autoridades españolas y, en su caso, pedir la inhibición al Fiscal de la Corte conforme al artículo 18.2 del Estatuto.

3. Una vez aprobado el Acuerdo del Consejo de Ministros del apartado anterior, corresponderá al Ministerio de Justicia formular la petición de inhibición y realizar las restantes actuaciones previstas en el Estatuto para dar cumplimiento a dicho Acuerdo.

4. El Ministerio de Justicia responderá con carácter urgente a cualquier petición de información del Fiscal de la Corte referida al estado de los procedimientos penales que se siguieren en España y que hubieren sido objeto de petición de inhibición, recabando dicha información del Fiscal General del Estado o directamente del órgano judicial que estuviere conociendo del asunto. La información se transmitirá con los límites de utilización que estableciere el órgano judicial que autorizare la información.

5. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado de conformidad con el apartado 1 resulte que no se ha ejercido jurisdicción, ni se está ejerciendo, ni se ha iniciado investigación en España, el Ministerio de Justicia lo comunicará urgentemente al Fiscal de la Corte.

### **Artículo 9. De la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa**

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Asuntos Exteriores, acordar la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 17 y 19 del Estatuto, cuando los Tribunales españoles hayan conocido del asunto y haya recaído sentencia, o se haya decretado el sobreseimiento libre de la causa o estén conociendo del asunto. Dicho Acuerdo habilitará, en su caso, al Ministerio de Justicia para llevar a cabo la impugnación.

2. Tal impugnación se formalizará a la mayor brevedad posible, antes del inicio del juicio en la Corte y, excepcionalmente, en el momento de su iniciación o en un momento posterior, fundándose en este último caso en el solo motivo de haberse producido ya cosa juzgada en España.

### **Artículo 10. De la inhibición de la jurisdicción española a favor de la Corte**

Si, a pesar de la solicitud de inhibición al Fiscal de la Corte prevista en el artículo 8 de esta Ley o de la impugnación de la competencia o la admi-

sibilidad de la causa contemplada en el artículo 9, la Sala competente de la Corte autoriza al Fiscal a proceder a la investigación o mantiene su competencia, el órgano jurisdiccional español se inhibirá a favor de la Corte y a su solicitud le remitirá lo actuado.

### **Artículo 11. De la detención**

1. Cuando fuere detenida una persona, en cumplimiento de una orden de la Corte de detención provisional o de detención y entrega, la autoridad que practicare la detención lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia y al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, debiendo ser puesta dicha persona a disposición del Juez Central de Instrucción sin demora y, en todo caso, dentro del plazo de setenta y dos horas siguientes a la detención.

2. El Juez Central de Instrucción oirá a la persona reclamada, asistida de letrado y, en su caso, de intérprete y al Ministerio Fiscal, dentro de las setenta y dos horas siguientes a su puesta a disposición judicial. Después de verificar la identidad del detenido, el contenido de la orden de detención y las circunstancias previstas en el artículo 59.2 del Estatuto informará al detenido del contenido de la orden de detención y de su derecho a solicitar la libertad provisional.

3. Cuando la orden de detención de la Corte se refiera a una persona que se encuentra cumpliendo condena impuesta por los Tribunales españoles o por los de un tercer Estado desde el cual hubiere sido trasladada a España para su cumplimiento, la autoridad penitenciaria competente informará con antelación suficiente sobre la fecha de excarcelación al Juez Central de Instrucción y al Ministerio de Justicia, que informará a la Corte sobre la fecha prevista de excarcelación.

### **Artículo 12. De la libertad provisional**

1. Si el detenido solicitara, en la comparecencia prevista en el artículo anterior, su libertad provisional, el Juez Central de Instrucción acordará remitir dicha solicitud a la Corte, a través del Ministerio de Justicia, con indicación del plazo para recibir sus recomendaciones, que no será inferior a veinte días. En la misma resolución el Juez Central de Instrucción acordará la prisión provisional del detenido por el tiempo estrictamente necesario para recibir las recomendaciones de la Corte sobre dicha solicitud y hasta que se resuelva sobre ésta.



2. Una vez recibida, a través del Ministerio de Justicia, la comunicación de la Corte con las recomendaciones que ésta formule sobre la solicitud de libertad, o concluido el plazo señalado para su formulación, el Juez Central de Instrucción, previa valoración de dichas recomendaciones, podrá acordar la libertad provisional del detenido cuando existan circunstancias urgentes y excepcionales que lo justifiquen y adoptará las salvaguardias necesarias para cumplir la obligación de entregar la persona a la Corte y, en especial, las medidas recomendadas al efecto por ésta.

3. Si en el plazo establecido en las reglas de procedimiento y prueba la Corte no hubiera remitido la documentación para la entrega prevista en el artículo 91.2 y 3 del Estatuto, el Juez Central de Instrucción podrá acordar la libertad provisional y las medidas cautelares adecuadas, que se mantendrán por un tiempo máximo de ciento ochenta días, sin perjuicio de volver a decretar la prisión una vez recibida la documentación de la Corte.

4. Cuando se acordare la libertad provisional, se informará a la Sala de Cuestiones Preliminares y, posteriormente, cuantas veces ésta lo solicite.

### **Artículo 13. De la entrega simplificada**

1. En la comparecencia regulada en el artículo 11 de esta Ley se interrogará a la persona reclamada acerca de si consiente en su entrega y, si diere el consentimiento, el Juez Central de Instrucción dictará auto acordando la entrega a la Corte sin más trámites y sin que sea necesario que la Corte remita la documentación prevista en el artículo 91 del Estatuto.

Se procederá de la misma manera si también consiente en la entrega respecto a otros hechos no comprendidos en la solicitud de la Corte y que pudieren aparecer en el curso del proceso ante ésta, y, si no accediere, la entrega se efectuará sólo por los hechos contenidos en la solicitud, sin perjuicio de lo que proceda, después de la entrega, en aplicación del apartado 2 del artículo 101 del Estatuto. Fuera de este caso, no se admitirá un consentimiento parcial.

2. El Juez Central de Instrucción remitirá urgentemente copia del auto al Ministerio de Justicia, que informará de inmediato a la Corte y solicitará indicaciones de ésta, en orden a la realización del traslado. Una vez recibidas dichas instrucciones, las transmitirá al Juzgado Central de Instrucción y al Ministerio del Interior a los fines de la entrega.

3. La persona reclamada, aunque se hubiere opuesto a la entrega en la citada comparecencia, podrá dar su consentimiento dentro de los quince días siguientes, procediéndose en tal caso conforme a lo prevenido en los apartados precedentes.

4. En la misma comparecencia se informará al detenido de que el consentimiento, una vez dado, es irrevocable.

#### **Artículo 14. De la orden de comparecencia de un imputado ante la Corte**

Cuando, en lugar de una solicitud de detención, la Corte hubiere dictado una orden de comparecencia, el Ministerio de Justicia remitirá la solicitud de la Corte al juez de instrucción del domicilio o residencia de la persona buscada, el cual citará a ésta personalmente, informándole de la fecha y demás circunstancias relativas a dicha comparecencia, y adoptará las medidas de aseguramiento de la comparecencia previstas en la legislación procesal española que considere más adecuadas, con exclusión de las privativas de libertad, remitiendo las diligencias practicadas al Ministerio de Justicia, que las transmitirá a la Corte.

#### **Artículo 15. De la entrega a la Corte**

1. No habiéndose accedido a la entrega simplificada, cuando hubiera sido detenida una persona en cumplimiento de una orden de la Corte de detención y entrega o una vez recibida en el Juzgado Central de Instrucción la documentación prevista en el artículo 91.2 ó 3 del Estatuto, según los casos, se pondrá ésta de manifiesto en Secretaría y se convocará a una audiencia que tendrá lugar en el plazo máximo de diez días, con citación de la persona reclamada y su defensor y, en su caso, de un intérprete, así como del Ministerio Fiscal. A dicha audiencia podrá asistir e intervenir un delegado del Fiscal de la Corte.

No se admitirán otras alegaciones o pruebas que las relativas a la concurrencia o no de los requisitos establecidos en los apartados 2 ó 3 del artículo 91 del Estatuto, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Cuando se alegare la excepción de cosa juzgada, el Juzgado Central de Instrucción lo comunicará al Ministerio de Justicia, aplazando la resolución sobre la entrega, mientras el Ministerio de Justicia efectúa las consultas con la Corte previstas en el artículo 89.2 del Estatuto. Si de tales consultas resultare que la causa ha sido declarada admisible por la Corte, el Juzgado Central de Instrucción alzaré la suspensión. Dicho Juzgado podrá también acordar la suspensión de la vista cuando hubiere de practicar alguna información complementaria.

3. Concluida la vista, el Juzgado Central de Instrucción resolverá sobre la petición de entrega, por medio de auto, en el plazo de tres días.

4. Si en el citado auto se denegare la entrega, podrá mantenerse la situación de prisión provisional hasta la firmeza de dicha resolución.

5. Si la resolución fuere estimatoria, una vez firme, se notificará de inmediato al Ministerio de Justicia y por éste se dará traslado seguidamente a la Corte, solicitando indicaciones para la realización del traslado, que una vez recibidas se comunicarán al Juzgado Central de Instrucción y al Ministerio del Interior.

6. Si la resolución fuere denegatoria de la entrega, una vez firme, se pondrá urgentemente en libertad a la persona detenida y se comunicará al Ministerio de Justicia, que a su vez lo hará a la Corte.

### **Artículo 16. De las solicitudes concurrentes**

1. Cuando concurriere con la solicitud de entrega de la Corte una solicitud de extradición de un Estado, sea o no parte en el Estatuto, o una orden europea de detención y entrega, se notificará este hecho a la Corte y al Estado requirente y se tramitarán conjuntamente ambos procedimientos en el Juzgado Central de Instrucción que estuviere conociendo de la solicitud de entrega.

2. El Juez Central de Instrucción se abstendrá de decidir sobre la entrega, elevando ambos procesos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá de acuerdo con el Estatuto y, en su caso, de acuerdo con el tratado que existiere con el Estado requirente. Cuando no existiere tratado, se dará preferencia a la solicitud de la Corte.

3. El Ministerio de Justicia informará a la Corte cuando, habiendo sido declarada inadmisibile la causa por ésta, asimismo se hubiere denegado la extradición al Estado requirente.

### **Artículo 17. De los recursos**

1. Contra las resoluciones del Juez Central de Instrucción relativas a la situación personal del reclamado cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se resolverá por auto en el plazo de cinco días.

2. Contra el auto del Juez Central de Instrucción en el que se resuelve sobre la entrega cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la

Audiencia Nacional, que se sustanciará conforme a lo prevenido en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien en el escrito de formalización del recurso no se podrán formular otras alegaciones que las relativas a quebrantamiento de las normas y garantías procesales en el expediente y las relativas a la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 89.2 y 91.2 ó 3, según los casos, del Estatuto.

3. Los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolviendo los recursos de los apartados anteriores no serán susceptibles de recurso alguno.

### **Artículo 18. De la entrega temporal a la Corte**

1. Cuando se hubiere acordado la entrega a la Corte y la persona que deba ser entregada estuviere cumpliendo condena en España o sujeta a proceso por hechos distintos de los que han servido de base para la entrega, el Ministerio de Justicia, si no se opusiere el Tribunal sentenciador o el instructor, celebrará consultas con la Corte, a efectos de decidir sobre la entrega temporal a la Corte mediante resolución motivada, con las modalidades de la restitución a España que se determinen y computándose en todo caso el período pasado a disposición de la Corte.

2. Por el Ministerio de Justicia se transmitirán las informaciones precisas a los órganos judiciales competentes, según los casos, y al Ministerio del Interior, para efectuar el desplazamiento y en su momento el retorno.

### **Artículo 19. De las actuaciones posteriores a la entrega**

1. Si, después de la entrega, la Corte pidiere autorización a España para proceder por una conducta anterior a la entrega, se trasladará la petición al Juzgado Central de Instrucción, o a la Sala de lo Penal en el caso previsto en el artículo 16 de esta Ley, que resolverán de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 101 del Estatuto. Si a la solicitud de la Corte no se acompañare un acta en la que se contengan las observaciones de la persona entregada, el Ministerio de Justicia pedirá a la Corte que le sea transmitida y una vez recibida se remitirá al órgano judicial competente.

2. Cuando la persona entregada fuere puesta en libertad por la Corte por razones distintas del cumplimiento de la sentencia y la Corte se pro-

pusiera trasladarla a otro Estado, se remitirá esta información al Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional y, en su caso, por el Ministerio de Justicia se dará el consentimiento de España para tal traslado o se solicitará su devolución a España si la razón de la puesta en libertad se debiere a que la causa fue declarada inadmisibile por la Corte por el motivo previsto en el artículo 17.1.a) del Estatuto.

## **Artículo 20. De otras formas de cooperación con la Corte**

1. Los órganos judiciales y las restantes autoridades intervinientes darán cumplimiento a las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte previstas en el artículo 93 del Estatuto que no estuvieran prohibidas en la legislación española y cuyo fin fuera también facilitar el proceso ante la Corte.

El Ministerio de Justicia acusará recibo e informará a la Corte acerca del órgano interno al que se haya transmitido la solicitud.

2. Cuando la solicitud de la Corte pudiera afectar a la defensa o a la seguridad nacionales o tenga por objeto documentos o informaciones que hubieren sido transmitidos a España con carácter confidencial por un Estado, una organización internacional o una organización intergubernamental, el Ministerio de Asuntos Exteriores, en coordinación con los Ministerios de Justicia, del Interior y de Defensa u otros Ministerios competentes, efectuará consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación, informándose a la Corte del resultado de tales consultas.

3. Cualquier otra dificultad en el cumplimiento de la solicitud será objeto de consultas por el Ministerio de Justicia con la Corte.

4. El objeto de las consultas será exponer a la Corte la razón fundada por la que no puede prestarse la asistencia solicitada, considerar la posibilidad de atenderla de otra manera o con arreglo a otras condiciones, estudiar su modificación o retirada, así como asegurar la protección de informaciones de carácter confidencial o restringido.

5. En el caso de concurrencia de solicitudes de asistencia de la Corte y de un Estado, si aparecieren dificultades para atender a ambas, el Ministerio de Justicia celebrará consultas con la Corte y dicho Estado, con el fin de postergar o condicionar una de ellas, informando en su caso a la Corte, conforme al artículo 93.9.b) del Estatuto, de que las informaciones, bienes o personas objeto de la solicitud están bajo el control de un tercer Estado u organización internacional.

## **Artículo 21. De las personas sujetas a la jurisdicción de la Corte**

1. Las personas citadas como peritos o testigos para comparecer ante los Tribunales españoles en cumplimiento de una comisión rogatoria expedida por la Corte tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que si hubieren sido citadas en una causa que se siguiere en España.

Si la comparecencia fuere en la sede de la Corte, tendrá carácter voluntario, solicitándose de ésta por el Ministerio de Justicia información acerca de las inmunidades y plazo de vigencia para la persona citada, que será transmitida a dicha persona, anticipándose los gastos por el Ministerio de Justicia. Si la Corte hubiere remitido alguna instrucción sobre la regla relativa a la autoinculpación, se entregará dicho documento al testigo y el órgano judicial se cerciorará de que ha sido debidamente entendido.

No será necesario el consentimiento cuando se tratare de un condenado por la Corte que se encontrare cumpliendo condena en España, en cuyo caso se efectuará el traslado temporal, en las condiciones que se acuerden con la Corte.

2. Cuando la solicitud de comparecencia en la sede de la Corte se refiriese a una persona detenida en España, el Ministerio de Justicia se dirigirá al órgano judicial que estuviere conociendo del asunto para que interrogue a dicha persona acerca de si consiente el traslado, y si lo consintiere y la autoridad judicial española no se opusiere, el Ministerio de Justicia autorizará el traslado, comunicándolo al citado órgano judicial y al Ministerio del Interior, en coordinación con la Corte.

3. Las personas en tránsito en España para comparecer ante la Corte gozarán de inmunidad.

4. Cuando hubieren de comparecer ante la Corte agentes o funcionarios españoles en calidad de perito o testigo, el Ministerio de Justicia, en coordinación, en su caso, con otros Ministerios o Administraciones de que dependan, solicitará de la Corte su protección.

5. El Ministerio de Justicia, en coordinación con el Ministerio del Interior y, en su caso, con otras Administraciones competentes, podrá convenir con el Secretario de la Corte la acogida temporal de víctimas traumatizadas o de testigos que pudieran correr peligro por su testimonio.

## **Artículo 22. De la ejecución de las penas en España**

1. De conformidad con el acuerdo que eventualmente se celebre entre España y la Corte y con la disposición adicional única de la Ley Orgánica

6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Ministerio de Justicia, previas las consultas oportunas, comunicará a la Corte las condiciones en las que España estuviese dispuesta a aceptar el traslado de un condenado a pena privativa de libertad o las razones que impidiesen la aceptación de dicho traslado.

Por el Ministerio de Justicia se transmitirán las oportunas informaciones al Ministerio del Interior para la realización del traslado, debiendo comunicarse por las autoridades penitenciarias al juez de vigilancia penitenciaria competente la llegada del recluso, en un plazo de veinticuatro horas.

2. En el caso de que, encontrándose cumpliendo condena en España una persona condenada por la Corte, ésta se propusiere designar a otro Estado para la continuación de la ejecución, el Ministerio de Justicia formulará las observaciones pertinentes.

3. Los jueces de vigilancia penitenciaria y el Ministerio del Interior prestarán el máximo apoyo a Magistrados y funcionarios de la Corte que se personaren en España para supervisar la ejecución de las penas.

4. Para que se pueda proceder en España contra un condenado que estuviere cumpliendo una condena impuesta por la Corte en un establecimiento penitenciario español, por hechos anteriores a su entrega a España, el juez instructor o el Tribunal competente dirigirá la comunicación y la documentación pertinente al Ministerio de Justicia, que las trasladará a la Corte, absteniéndose de proceder hasta la decisión de ésta. Igualmente se actuará para la extradición a un Estado.

5. Cuando se celebre una vista en la Sala de Apelaciones acerca de una posible reducción de la pena de quien estuviere cumpliendo condena en España, corresponderá al Ministerio de Justicia determinar la conveniencia de la intervención procesal y los términos en que deba producirse.

6. En caso de evasión del condenado, el Ministerio de Justicia informará con urgencia al Secretario de la Corte de tal circunstancia y consultará con ella acerca de si España solicita su extradición al Estado en que se encuentre o si la Corte insta su entrega a dicho Estado.

7. Cuando la petición de ejecución de la Corte se refiriese a una multa u orden de decomiso, el Ministerio de Justicia transmitirá la documentación pertinente al Fiscal General del Estado para que inste la ejecución ante el órgano judicial competente y, en su caso, se pongan a disposición del Ministerio de Justicia los bienes o sumas obtenidas para su transferencia a la Corte.

## **Artículo 23. De las medidas de reparación**

1. El Ministerio de Justicia, en el plazo indicado por la Corte o, en su caso, en el más breve plazo posible, remitirá observaciones sobre las cuestiones planteadas por la Corte, incluidas las relativas a las observaciones formuladas por los peritos, pudiendo recabar, a tal efecto, informaciones de organismos competentes.

2. Cuando las observaciones se refiriesen a la atribución del importe de la reparación a una organización intergubernamental o internacional, el Ministerio de Justicia consultará con el Ministerio de Asuntos Exteriores.

3. Cuando para cumplimentar la comunicación de la Corte hubieran de adoptarse medidas de ejecución, se procederá, en lo que sea pertinente, conforme al procedimiento previsto en el apartado 7 del artículo 22 de esta Ley.

## **Artículo 24. De la intervención de España en calidad de «amicus curiae»**

Si España recibiere una invitación de la Corte para participar en un proceso en calidad de «amicus curiae», el Ministerio de Justicia consultará con el Ministerio de Asuntos Exteriores para determinar la conveniencia u oportunidad de hacerlo y, en su caso, fijar los términos de dicha participación.

## **Artículo 25. De la celebración del juicio y otras actuaciones procesales en España**

Si la Corte propusiere la celebración del juicio u otras actuaciones procesales en España, el Ministerio de Justicia, previa consulta con los Ministerios de Asuntos Exteriores y del Interior y otras autoridades competentes, comunicará a la Corte la decisión al respecto. En su caso, los aspectos no jurisdiccionales de dichas actuaciones estarán sometidos al acuerdo específico que se celebre con la Corte.

## **DISPOSICIONES ADICIONALES**

### **Disposición adicional primera. Reglas de procedimiento y prueba de la Corte**

Las reglas de procedimiento y prueba así como sus enmiendas se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».



## **Disposición adicional segunda. Del modo de proceder por los delitos contra la Administración de Justicia por la Corte**

1. El Ministerio de Justicia remitirá a la Corte, a petición de ésta, el informe que se le solicitare con carácter previo a la decisión de la Corte para ejercer o no su jurisdicción.

2. Sólo se podrá proceder en España en relación a estos delitos a solicitud de la Corte.

3. Si la Corte se inhibiere en favor de la jurisdicción española, el Ministerio de Justicia remitirá la solicitud al Fiscal de la Audiencia Nacional, si el delito hubiera sido cometido por un español en el extranjero, o al Fiscal General del Estado cuando el delito se hubiera cometido en España.

4. El Ministerio de Justicia informará a la Corte sobre el resultado del proceso.

## **Disposición adicional tercera. De los órganos jurisdiccionales militares**

1. Las referencias que esta Ley hace al Juzgado Central de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional deben entenderse hechas, cuando la cooperación sea de la competencia de la jurisdicción militar, al Juzgado Togado Militar Central Decano y al Tribunal Militar Central, respectivamente.

En los mismos casos, las referencias que la Ley hace al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deben entenderse hechas al Fiscal Jurídico Militar y al Juez Togado Militar de Vigilancia Penitenciaria.

2. Lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las Leyes Reguladoras de la Jurisdicción Militar con respecto a la competencia de esta última en los casos de presencia permanente o temporal, fuera de territorio nacional, de fuerzas o unidades militares españolas, ni afectará tampoco al desempeño de la función jurisdiccional por los órganos judiciales militares que las acompañen.

## **DISPOSICIONES FINALES**

### **Disposición final primera. Carácter de esta Ley**

Los preceptos contenidos en los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 (excepto su apartado 2), 15 y 21.3, la disposición adicional segunda y el aparta-

do 2 de la disposición adicional tercera de esta Ley tienen carácter orgánico. Los restantes preceptos tienen carácter ordinario y han sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.3.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> de la Constitución.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor**

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**1.3. ESTATUTO DE ROMA**  
**139 FIRMAS Y 100 RATIFICACIONES**  
**(Actualizada a 30 de noviembre de 2005)**

<i>País</i>	<i>Fecha de Firma</i>	<i>Fecha de Ratificación/ Adhesión</i>
Afganistán	10 febrero 2003	
Albania	18 julio 1998	31 enero 2003
Alemania	10 diciembre 1998	11 diciembre 2000
Andorra	18 julio 1998	30 abril 2001
Angola	7 octubre 1998	
Antigua y Barbuda	23 octubre 1998	18 junio 2001
Argelia	28 diciembre 2000	
Argentina	8 enero 1999	8 febrero 2001
Armenia	1 octubre 1999	
Australia	9 diciembre 1998	1 julio 2002
Austria	7 octubre 1998	28 diciembre 2000
Bahamas	29 diciembre 2000	
Bahrein	11 diciembre 2000	
Bangladesh	16 septiembre 1999	
Barbados	8 septiembre 2000	10 diciembre 2002
Bélgica	10 septiembre 1998	28 junio 2000
Belice	5 abril 2000	5 abril 2000
Benin	24 septiembre 1999	22 enero 2002
Bolivia	17 julio 1998	27 junio 2002
Bosnia y Herzegovina	17 julio 2000	11 abril 2002
Bostwana	8 septiembre 2000	8 septiembre 2000
Brasil	7 febrero 2000	20 junio 2002

<i><b>País</b></i>	<i><b>Fecha de Firma</b></i>	<i><b>Fecha de Ratificación/ Adhesión</b></i>
Bulgaria	11 febrero 1999	11 abril 2002
Burkina Faso	30 noviembre 1998	16 abril 2004
Burundi	13 enero 1999	21 septiembre 2004
Cabo Verde	28 diciembre 2000	
Camboya	23 octubre 2000	11 abril 2002
Camerún	17 julio 1998	
Canadá	18 diciembre 1998	7 julio 2000
Chad	20 octubre 1999	
Chile	11 septiembre 1998	
Colombia	10 diciembre 1998	5 agosto 2002
Comoros	22 septiembre 2000	
Conga (Brazzaville)	17 junio 1998	3 mayo 2004
Costa Rica	7 octubre 1998	7 junio 2001
Costa de Marfil	30 noviembre 1998	
Croacia	12 octubre 1998	21 mayo 2001
Chipre	15 octubre 1998	7 marzo 2002
Dinamarca	25 septiembre 1998	21 junio 2001
Dominica	12 febrero 2001	
Djibouti	7 octubre 1998	5 noviembre 2002
Ecuador	7 octubre 1998	5 febrero 2002
Egipto	26 diciembre 2000	
Emiratos Árabes Unidos	27 noviembre 2000	
Eritrea	7 octubre 1998	
Eslovaquia	23 diciembre 1998	11 abril 2002
Eslovenia	7 octubre 1998	31 diciembre 2001
España	18 julio 1998	24 octubre 2000
Estados Unidos de América	31 diciembre 2000	
Estonia	27 diciembre 1999	30 enero 2002
Federación Rusa	13 septiembre 2000	
Fiji	29 noviembre 1999	29 noviembre 1999
Filipinas	28 diciembre 2000	
Finlandia	7 octubre 1998	29 diciembre 2000
Francia	18 julio 1998	9 junio 2000
Gabón	22 diciembre 1998	20 septiembre 2000
Gambia	7 diciembre 1998	28 junio 2002
Georgia	18 de julio de 1998	5 septiembre 2003
Ghana	18 julio 1998	20 diciembre 1999

<i>País</i>	<i>Fecha de Firma</i>	<i>Fecha de Ratificación/ Adhesión</i>
Grecia	18 julio 1998	15 mayo 2002
Guinea	8 septiembre 2000	14 julio 2003
Guinea Bissau	12 septiembre 2000	
Guyana	28 diciembre 2000	23 septiembre 2004
Haití	26 febrero 1999	
Holanda	18 julio 1998	17 julio 2001
Honduras	7 octubre 1998	1 julio 2002
Hungría	15 diciembre 1998	30 noviembre 2001
Irán	31 diciembre 2000	
Irlanda	7 octubre 1998	11 abril 2002
Israel	31 diciembre 2000	
Islandia	26 agosto 1998	25 mayo 2000
Islas Marshall	6 septiembre 2000	7 diciembre 2000
Islas Salomón	3 diciembre 1998	
Italia	18 julio 1998	26 julio 1999
Jamaica	8 septiembre 2000	
Jordania	7 octubre 1998	11 abril 2002
Kenya	11 agosto 1999	15 marzo 2005
Kyrgyzstan	8 diciembre 1998	
Kuwait	8 septiembre 2000	
Letonia	22 abril 1999	28 junio 2002
Lesoto	30 noviembre 1998	6 septiembre 2000
Liberia	17 julio 1998	22 septiembre 2004
Liechtenstein	18 julio 1998	2 octubre 2001
Lituania	10 diciembre 1998	12 mayo 2003
Luxemburgo	13 octubre 1998	8 septiembre 2000
Macedonia, FYR	7 octubre 1998	6 marzo 2002
Madagascar	18 julio 1998	
Malawi	3 marzo 1999	19 septiembre 2002
Malí	17 julio 1998	16 agosto 2000
Malta	17 julio 1998	29 noviembre 2002
Marruecos	8 septiembre 2000	
Mauricios I.	11 noviembre 1998	5 marzo 2002
México	7 septiembre 2000	28 octubre 2005
Mónaco	18 julio 1998	
Mongolia	29 diciembre 2000	11 abril 2002
Mozambique	28 diciembre 2000	

<i><b>País</b></i>	<i><b>Fecha de Firma</b></i>	<i><b>Fecha de Ratificación/ Adhesión</b></i>
Namibia	27 octubre 1998	25 junio 2002
Nauru	13 diciembre 2000	12 noviembre 2001
Nueva Zelanda	7 octubre 1998	7 septiembre 2000
Níger	17 julio 1998	11 abril 2002
Nigeria	1 junio 2000	27 septiembre 2001
Noruega	28 agosto 1998	16 febrero 2000
Omán	20 diciembre 2000	
Panamá	18 julio 1998	21 marzo 2002
Paraguay	7 octubre 1998	14 mayo 2001
Perú	7 diciembre 2000	10 noviembre 2001
Polonia	9 abril 1999	12 noviembre 2001
Portugal	7 octubre 1998	5 febrero 2002
Reino Unido	30 noviembre 1998	4 octubre 2001
República Árabe Siria	29 noviembre 2000	
República Central Africana	7 diciembre 1999	3 octubre 2001
República Checa	13 abril 1999	
República de Corea	8 de marzo del 2000	13 noviembre 2002
República de Moldovia	8 septiembre 2000	
Rep. Dem. del Congo	8 septiembre 2000	11 abril 2002
República Dominicana	8 septiembre 2000	12 mayo 2005
Rep. Fed. de Yugoslavia	19 diciembre 2000	6 septiembre 2001
Rumania	7 julio 1999	11 abril 2002
Samoa	17 julio 1998	16 septiembre 2002
San Marino	18 julio 1998	13 mayo 1999
Santa Lucía	27 agosto 1999	
S. Vicente y Las Granadinas	3 diciembre 2002	
Sao Tome e Príncipe	28 diciembre 2000	
Senegal	18 julio 1998	2 febrero 1999
Seychelles	28 diciembre 2000	
Sierra Leona	17 octubre 1998	15 septiembre 2000
Sudáfrica	17 julio 1998	27 noviembre 2000
Sudán	8 septiembre 2000	
Suecia	7 octubre 1998	28 junio 2001
Suiza	18 julio 1998	12 octubre 2001
Tailandia	2 octubre 2000	
Tajikistán	30 noviembre 1998	5 mayo 2000
Tanzania	29 diciembre 2000	20 agosto 2002

<i><b>País</b></i>	<i><b>Fecha de Firma</b></i>	<i><b>Fecha de Ratificación/ Adhesión</b></i>
Timor Oriental		6 septiembre 2002
Trinidad y Tobago	23 marzo 1999	6 abril 1999
Ucrania	20 enero 2000	
Uganda	17 marzo 1999	14 junio 2002
Uruguay	19 diciembre 2000	28 junio 2002
Uzbekistán	29 diciembre 2000	
Venezuela	14 octubre 1998	7 de junio 2000
Yemen	28 diciembre 2000	
Zambia	17 julio 1998	3 noviembre 2002
Zimbabwe	17 julio 1998	





#### **1.4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En los recursos de amparo núms. 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003, promovidos, el primero de ellos, por doña Rigoberta Menchú Tum, doña Silvia Solórzano Foppa, doña Silvia Julieta Solórzano Foppa, don Santiago Solórzano Ureta, don Julio Alfonso Solórzano Foppa, don Lorenzo Villanueva Villanueva, doña Juliana Villanueva Villanueva, don Lorenzo Jesús Villanueva Imizocz, doña Ana María Gran Cirera, doña Montserrat Gibert Grant, doña Ana María Gibert Gran, doña Concepción Gran Cirera, don José Narciso Picas Vila, doña Aura Elena Farfán, doña Rosario Pu Gómez, C. I. Est. Prom. Derechos Humanos, don Arcadio Alonzo Fernández, CONAVIGUA, FAMDEGUA y doña Ana Lucrecia Molina Theissen, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral y asistidos por el Letrado don Carlos Vila Calvo, y por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistida por el Letrado don

Antonio García Martín, el núm. 1755/2003, por la Asociación de Derechos Humanos de España, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo y asistido por el Letrado don Víctor Hortal Fernández, y el núm. 1773/2003, por la Asociación Libre de Abogados, la Asociación contra la Tortura, la Associació d'Amistat amb el Poble de Guatemala, la Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y África, el Comité Solidaridad Internacionalista de Zaragoza, representados por la Procuradora doña Isabel Calvo Villoria y asistidos por el Letrado don Antonio Segura Hernández, y por la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos de Madrid, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistida por el Letrado don Carlos Slepoy Prada, contra la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327-2003, de 25 de febrero, recaída en el recurso de casación núm. 803-2001, que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, recaído en el rollo de apelación núm. 115-2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. ANTECEDENTES

1. a) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de marzo de 2003 con núm. 1744/2003 la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral, en representación de doña Rigoberta Menchú Tum y otros ya circunstanciados anteriormente, y la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, en representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, formularon demanda de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se hace mérito en el encabezamiento.

b) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de marzo de 2003 con núm. 1755/2003 la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo, en representación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, interpuso demanda de amparo contra las mismas resoluciones judiciales.

c) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de marzo de 2003 con núm. 1773/2003 la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Calvo Villoria, en representación de la Asociación Libre de Abogados, y otras ya circunstanciadas anteriormente, así como la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega, en representación de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos, interpusieron demanda de amparo contra las ya referidas resoluciones judiciales.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes, que se exponen sintéticamente en lo que concierne al objeto del amparo solicitado:

a) El 2 de diciembre de 1999 doña Ribogerta Menchú Tumn interpuso ante el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional una denuncia en la cual se narraban diversos hechos que la denunciante calificaba como posibles delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal, presuntamente perpetrados en Guatemala entre los años 1978 y 1986 por una diversidad de personas que ejercieron en dicho período funciones públicas de carácter civil y militar. Entre los hechos relatados en la denuncia se incluía el asalto de la Embajada de España en Guatemala en 1980, en el que fallecieron 37 personas, así como la muerte de varios sacerdotes españoles y de otras nacionalidades y de familiares de la denunciante. Ésta consideraba competente para conocer de tales hechos a la Audiencia Nacional española, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23.4, apartados a), b) y g) LOPJ. La denuncia, repartida al Juzgado Central de Instrucción núm. 1, fue seguida de numerosas personaciones de personas físicas y asociaciones, entre otras las aquí demandantes.

b) El Ministerio Público interesó el 13 de enero de 2000 el archivo de las actuaciones al no estimar competente a la Jurisdicción española. Mediante Auto de 27 de marzo de 2000 el Juez Central núm. 1 desestimó tal pretensión y declaró su competencia, tuvo por dirigido el procedimiento contra los denunciados, admitiendo las querellas interpuestas, y ordenó practicar diversas diligencias, entre otras un requerimiento a las Autoridades de Guatemala para que manifestasen si en la actualidad existe algún proceso penal contra los denunciados por los mismos hechos, singularmente los de la Embajada de España, «con expresión, en su caso, de las suspensiones o paralizaciones de los procesos y sus causas y fechas» y «de las resoluciones judiciales decretando el archivo o sobreseimiento».

En síntesis, y entre otros argumentos que no son relevantes a los efectos del recurso de amparo, el Instructor basaba su decisión en que, presentando los hechos «la luminosa apariencia de genocidas», puesto que se trata del exterminio del pueblo maya «en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor -y aun originador- de la insurgencia o la revolución», conforme al apartado 4 a) en relación con el 2 c) del art. 23, y a los arts. 65.1 y 88, todos de la LOPJ, el Juez era competente para conocer de este delito, en el que quedaban integrados los otros que se denunciaban. Añadía además que la Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala sólo procura la amnistía para los participantes en «el conflicto armado», cuya existencia (alegada por el Fiscal) es «elemento fáctico pendiente de prueba»; que el art. 23 LOPJ es una norma procesal, por lo que no es aplicable la

doctrina de la irretroactividad de la norma penal desfavorable; y que no existe cosa juzgada, al no constar siquiera que se sigan otros procesos en Guatemala por razón de los mismos hechos, además de que los Estados en que se ejecutan este tipo de hechos no pueden aducir injerencias en su soberanía, pues los Magistrados del Estado que asume la competencia represiva hacen valer la propia, en función de la preservación de intereses comunes de la Humanidad civilizada; no tratándose por tanto de eludir la jurisdicción territorial de Guatemala, que «no es excluyente, pues en ausencia de su ejercicio honrado y eficaz debe ser suplida por tribunales que -como los españoles- sustentan la extraterritorialidad de su jurisdicción en el principio legal -interno e internacional- de persecución universal [...] sin olvidar que el art. 6 del Convenio de 1948 impone la subsidiariedad de la jurisdicción española respecto de la del Estado en que ocurrieron los repetidos hechos.»

c) Interpuso el Ministerio Público recurso de reforma, que fue desestimado por Auto de 27 de abril de 2000 por razones sustancialmente iguales que las expuestas en la resolución recurrida, y contra dicho Auto formuló el Fiscal apelación, que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó mediante Auto de 13 de diciembre de 2002, declarando «que no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el instructor archivar las Diligencias Previas». El Tribunal consideraba que el planteamiento formulado por el Magistrado Instructor era acorde con la fundamentación de los Autos de la Propia Sala de 4 y 5 de noviembre de 1998 «para los casos de Chile y Argentina», pero «no así la premisa fáctica de inactividad de la justicia guatemalteca».

En concreto argumentaba que: 1) es necesario cohonestar el principio de persecución universal del art. 23.4 a) LOPJ con los criterios del art. 6 del Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (en adelante, Convenio sobre Genocidio), aplicable en los términos de los arts. 96 CE y 1.5 CC, que obliga al Estado donde ocurrieron los hechos a establecer una jurisdicción para perseguirlos, aunque ello no implica la exclusión de otras jurisdicciones, aplicándose no obstante a éstas el principio de subsidiariedad respecto de aquéllas; 2) este principio supone la abstención del ejercicio de la Jurisdicción de otro Estado cuando los hechos están siendo enjuiciados en aquel en el que ocurrieron los hechos o en un Tribunal penal internacional; 3) «a diferencia de Chile y Argentina», no se ha constatado la inactividad de la Jurisdicción guatemalteca, pues, en primer lugar, no existe una legislación que impida actuar a los Jueces locales [dado que el art. 8 de la LRN excluye expresa-

mente la extinción de responsabilidad penal respecto -entre otros- del delito de genocidio, y además la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) creada por el Acuerdo de Oslo de 1994 recomienda expresamente su cumplimiento «a efecto de perseguir y enjuiciar» dichos delitos] y, en segundo lugar, si la justicia guatemalteca pudo estar en su día atemorizada, no resulta manifiesto que hoy se niegue a actuar si la acción penal se ejercita ante ella, sin que quepa deducir su supuesta inactividad del mero paso del tiempo, puesto que el material de que se vale la denuncia inicial [se refiere al informe de la CEH] vio la luz el 2 de febrero de 1999, y la denuncia se presentó el 2 de diciembre de ese año «sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial de Guatemala que la rechace».

d) Frente a dicho Auto interpusieron las partes acusadoras recurso de casación, que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo ante la que se impetra el amparo constitucional. En ella la Sala Segunda examina y rechaza los motivos de recurso en los siguientes términos, sucintamente resumidos, una vez más ciñendo el examen a los aspectos relacionados con la demanda de amparo:

1) No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que la Audiencia Nacional niegue su jurisdicción basándose en un argumento (la subsidiariedad) no alegado por el Fiscal en su recurso de apelación, ya que el Auto contiene una argumentación que puede no ser compartida mas no tachada de inexistente o arbitraria, por lo que satisface las exigencias inherentes al derecho invocado, y además el principio acusatorio vincula al Tribunal a las pretensiones, pero no a las argumentaciones jurídicas empleadas para defenderlas.

2) Respecto de dicho principio de subsidiariedad advierte el Tribunal Supremo que «el objeto de nuestra resolución es determinar la existencia de jurisdicción extraterritorial de los Tribunales españoles [...] y no sólo valorar la corrección del criterio empleado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto recurrido», así como que esta materia «depende sólo de la ley y, una vez planteada la cuestión, el Tribunal debe aplicar sus disposiciones» por lo que «no es trasladable a esta materia la doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius*». A partir de esa premisa, y admitiendo que aun cuando el Convenio sobre Genocidio no establece la jurisdicción universal tampoco la excluye, la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirma que «el criterio de la subsidiariedad [...] no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia», porque basarse en la inactividad real o aparente de la jurisdicción del lugar «implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes

órganos del mismo carácter de otro Estado soberano», declaración que «no corresponde a los Tribunales del Estado», ya que el art. 97 CE atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior, «y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración».

Además el Convenio sobre Genocidio regula el procedimiento a seguir en estos casos, atribuyendo (art. 8) a los órganos de Naciones Unidas la competencia para tomar las medidas apropiadas para la prevención y represión de los delitos incluidos en él, constandingo en este caso informes de la Misión de Naciones Unidas (MINUGUA) en los que se hace referencia a las dificultades en materia de derechos humanos, conocidas por tanto por dichos órganos de la ONU, que sin embargo no han respondido en modo semejante a los casos de Ruanda o de la ex Yugoslavia.

3) Admitiendo «con carácter provisionalísimo» que los hechos denunciados puedan ser constitutivos de genocidio, no cabe interpretar, como hacen los recurrentes, que el Convenio de 1948 consagre en su art. 1 (en el que «las Partes contratantes [...] se comprometen a prevenir y a sancionar» este delito) la jurisdicción universal, pues el art. 6 establece la competencia de la Jurisdicción del territorio o de una Corte penal internacional y el art. 8, ya examinado, contempla otra forma de reacción, distinta del establecimiento por parte de cada Estado de su propia jurisdicción conforme a dicho principio de persecución universal. De hecho España incorporó en ejecución del Convenio el delito de genocidio al Código Penal (Ley 44/1971), pero no modificó las normas procesales que regulaban los supuestos de extraterritorialidad para extender el principio de jurisdicción universal a dicho delito.

4) En efecto, el art. 23.4 LOPJ incluye dicho principio; pero «una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes», puesto que «no puede ser interpretado de modo de conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor y víctima», y en nuestro Derecho «no está establecido el principio de oportunidad», debiéndose además analizar si la regla de jurisdicción universal puede ser aplicada «sin tener en consideración otros principios de derecho internacional público». En este punto afirma el Alto Tribunal que «la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que corresponden a aquélla, que en muchos aspectos viene determinada por la de otros Estados», de modo que «no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a lugares no sometidos a ninguna soberanía

estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano».

Así la extensión extraterritorial de la Jurisdicción se justifica, en relación con los principios real o de protección y de personalidad activa y pasiva, por la existencia de intereses particulares de cada Estado, pero cuando se trata de basar la extraterritorialidad de la Jurisdicción en bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de Derecho Internacional Público. No existe objeción a la jurisdicción universal cuando proviene de un fuente reconocida del Derecho Internacional, especialmente un Tratado aceptado por los Estados parte, pero si sólo se reconoce en el Derecho interno su alcance está limitado por «otros principios» cuando no existe «un punto de conexión directo con intereses nacionales», puesto que «tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo».

Acepta la Sala que, si la actividad delictiva se ha realizado con el consentimiento o incluso la participación de las autoridades del Estado, «la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos», pero esto no significa que no rija ningún criterio, como el del art. 8 del Convenio sobre Genocidio y «el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados (art. 2.7 Carta de Naciones Unidas)», cuyas limitaciones en materia de derechos humanos sólo son inobjetables cuando la intervención es aceptada mediante acuerdos entre Estados o decidida por las Naciones Unidas, y no en el caso de que resulte decidida «unilateralmente por un Estado o por los jueces de un Estado».

5) Los tratados internacionales suscritos por España para la persecución de delitos «que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad Internacional» establecen criterios de atribución jurisdiccional por razón del territorio o de la personalidad activa o pasiva, y a ello añaden el compromiso para cada Estado de perseguir estos hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición (*dedere aut punire*), «pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aun en los casos en que éste no procediera a su persecución».

6) El Tribunal justifica una interpretación basada en estos Tratados por dos razones: en primer lugar, por la remisión general del art. 23.4 g) LOPJ a los delitos que según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos por España, siendo «congruente con las finalidades que se pretende satisfacer» la aplicación en la persecución de crímenes de Derecho internacional del criterio homogéneo que se aprecia en ellos; y, en segundo término, por el hecho de que el art. 96.2 CE incorpora como Derecho interno el contenido de esos tratados, junto al art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convenio sobre el Derecho de los Tratados), que impide alterar o incumplir su contenido sobre la base de la legislación interna de cada Estado. A partir de ahí la Sentencia examina dichos Tratados suscritos por España, llegando a la conclusión ya anticipada, que (sostiene) responde a lo que «un sector importante de la doctrina» entiende por «principio de justicia supletoria o de Derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio», y otro sector doctrinal como «un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal».

Reconocida por parte de la doctrina y algunos Tribunales nacionales «la conexión con un interés nacional» como «elemento legitimador en el marco del principio de justicia universal», cabe entender que dicho interés nacional es relevante a estos efectos cuando el hecho con el que se conecte «alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal», debiendo además apreciarse esta conexión en relación con el delito que sirve de base para atribuir la Jurisdicción, y no con otros relacionados con él, de modo que la existencia de tal conexión en relación con un delito no autoriza a extender la Jurisdicción a otros diferentes en los que dicha conexión no se aprecie.

7) En aplicación de esta doctrina la jurisdicción universal de los Tribunales españoles no puede extraerse de las disposiciones del Convenio sobre Genocidio ni de ningún otro Tratado suscrito por España; además no consta que ninguno de los culpables se encuentre en territorio español, ni que España haya denegado su extradición, ni se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español, pues, siendo posible concretar la conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se aprecia la comisión de un genocidio sobre españoles, aun cuando se hayan visto afectados por hechos calificables como delitos distintos. Lo mismo ocurre con el terrorismo «sin perjuicio de las cuestiones que pudiera suscitar la tipicidad de los hechos con arreglo a las leyes españolas vigentes en el



momento de su comisión». En cuanto a las torturas, España y Guatemala son parte en la Convención de 1984, que incorpora el principio de personalidad pasiva, permitiendo perseguir los hechos al Estado de nacionalidad de la víctima cuando éste lo considere apropiado.

Las denuncias incluyen los acontecimientos de la Embajada de España, donde murieron ciudadanos españoles, habiendo reconocido el Gobierno de Guatemala en el comunicado conjunto de 1984 que constituyeron una violación de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y aceptado las consecuencias que de ello pudieran derivar, y también se denuncia la muerte de cuatro sacerdotes españoles, que se imputa a funcionarios o a otras personas en el ejercicio de funciones públicas, lo que autoriza a mantener respecto de ambos hechos la Jurisdicción de los Tribunales españoles al amparo del art. 23.4 g) LOPJ, en relación con la Convención de la Tortura.

En consecuencia el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y declara la jurisdicción de los Tribunales españoles respecto de esos dos hechos.

e) Siete Magistrados de la Sala formularon un voto particular, cuyos argumentos han servido de base, en buena parte, a los argumentos de las demandas de amparo ahora interpuestas. La minoría discrepante acepta el criterio de la Sentencia, incluida la estimación «implícita» del motivo de casación relativo al modo en el que la Audiencia Nacional aplicó el principio de subsidiariedad, pero se aparta en lo concerniente a la aplicación del principio de justicia universal por entender que la interpretación mayoritaria no respeta lo establecido por el Legislador en el art. 23.4g) LOPJ. Así entienden que:

1) El principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro Derecho positivo, ni en la LOPJ ni en el Convenio sobre Genocidio, que efectivamente no prohíbe la jurisdicción universal respecto de ese delito, existiendo de hecho diversos países que la han establecido en sus legislaciones. La jurisdicción universal «no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad», aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la Jurisdicción territorial. Esto no faculta para exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha Jurisdicción territorial para admitir la querrela, sino la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo, lo que se desprende en este caso de la documentación aportada.

Por ello la estimación del recurso de casación en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad debió determinar la admisión de la

querella en los términos del Auto dictado por el Juzgado Central, y puesto que la subsidiariedad constituía la única fundamentación del Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, que es considerada incorrecta por la mayoría, lo consecuente habría sido casar el Auto recurrido.

2) Siendo los querellantes los únicos recurrentes la Sentencia incurre, por tanto, en una *reformatio in peius* al perjudicar la posición de éstos en el proceso: aplicando su interpretación del principio de subsidiariedad en relación con el escaso tiempo transcurrido desde que se conocieron los hechos hasta la denuncia, la Audiencia se estimaba incompetente «por el momento»; sin embargo la decisión del Tribunal Supremo tiene alcance definitivo, al establecer que la Jurisdicción española sólo es competente si las víctimas del genocidio son españolas o los culpables se encuentran en España. No cabe alegar que esta decisión «depende sólo de la ley», pues toda resolución que incurre en esta modalidad de vulneración de la tutela judicial efectiva lo hace estimando que es ajustada a la ley. Lo relevante es que se aprovecha el recurso para, sin estimar las pretensiones de los recurrentes, sentar una nueva doctrina más restrictiva que la sostenida en el Auto recurrido.

3) La mayoría del Tribunal interpreta *contra legem* el art. 23.4 g) LOPJ, pues la única limitación que esta norma establece al ejercicio de la Jurisdicción española es que el delincuente no haya sido absuelto, condenado, indultado o penado en el extranjero. La exigencia de que la víctima sea española es manifiestamente antagónica con lo dispuesto en la norma, que no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva y deja prácticamente sin contenido la persecución del genocidio como delito extraterritorial. La existencia de víctimas españolas puede reforzar las razones que justifican que la Jurisdicción española acepte conocer del asunto, pero dicha Jurisdicción se ejerce conforme al citado art. 23.4 a) en aplicación del principio de justicia universal. Aplicar un interés nacional es contrario a la consideración del genocidio como delito contra la Comunidad Internacional, pues supone que afecte a víctimas exclusivamente españolas fuera de España (ya que, si las víctimas españolas fueran ajenas al grupo, el hecho respecto de ellas no sería calificable como delito de genocidio).

El otro criterio que emplea la Sentencia, la presencia del presunto culpable en territorio español, también es contrario a la norma, puesto que el art. 23.4 distingue dos grupos de delitos, los de competencia extraterritorial por aplicación de la propia norma interna [apartados a) a f)], y los que pueden llegar a serlo por aplicación de un Tratado [apartado g)], incorporando respecto de los primeros al Ordenamiento interno el principio de jurisdic-

ción universal, con arreglo a un principio de *ius cogens* fuera de discusión. Por ello no puede interpretarse que el apartado g) establezca límites a los anteriores respecto de una jurisdicción reconocida con anterioridad, y además los Tratados a tomar en consideración establecen unas obligaciones de ejercicio de la jurisdicción que constituyen un mínimo y no un máximo.

4) Citando precedentes de Derecho comparado concluye que a la persecución del genocidio se aplica el principio de justicia universal como principio de *ius cogens* del Derecho Internacional, por lo que no cabe apreciar en el ejercicio de esta Jurisdicción en los términos del art. 23.4 LOPJ contradicción alguna con otros principios del Derecho Internacional.

Por todo ello la exigencia de un vínculo o conexión entre los hechos y un valor o interés del Estado que ejerce jurisdicción puede constituir un razonable criterio de autorrestricción para evitar la proliferación de procesos por delitos totalmente extraños o alejados, pero siempre como criterio de exclusión del exceso o abuso de derecho, no como medio de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla a partir de la aplicación del principio de personalidad pasiva, que no existe en nuestro Ordenamiento, o de defensa, que se recoge separadamente en el art. 23.3 LOPJ. El enunciado criterio de razonabilidad puede permitir denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción con el fin de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y la ineffectividad de la intervención, pero, al entender ese *nexo común* de modo tan restrictivo como lo hace la mayoría del Tribunal, se suprime en la práctica su ejercicio.

5) En todo caso si en algún supuesto concurren criterios de conexión es en éste, hasta el punto de que «difícilmente se volverá a repetir en la historia de la Jurisdicción española un supuesto en el que existan tan plurales vínculos con un delito de genocidio étnico». Constata a tal efecto la minoría discrepante la existencia de vínculos culturales, históricos, lingüísticos, jurídicos y de toda índole con Guatemala, lo que impide aplicar el «criterio razonable de exclusión» antes explicado y avala la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, a lo que se añade la existencia de un número relevante de víctimas españolas, no del genocidio (pues no pertenecen al grupo étnico), pero sí de actos de represalia o de los propios actos genocidas dirigidos contra la población maya, y en fin, el asalto a la Embajada de España, que «no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país».

En virtud de todo ello considera el voto particular que debió estimarse el recurso, casando el Auto recurrido y confirmando el inicialmente dictado por el Juez Central de Instrucción.

3. Las respectivas demandas de amparo se fundamentan, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) La demanda de amparo con núm. 1744/2003 considera vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de acceso a la jurisdicción, en la que habrían incurrido, tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 al acoger una interpretación injustificadamente restrictiva y *contra legem* del art. 23.4 LOPJ, viniendo en realidad la exigencia, no establecida en la ley, de algún vínculo de conexión entre los hechos delictivos y los intereses del Estado español a derogar el principio de justicia universal consagrado en el citado precepto, como el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 al haber introducido un requisito (el criterio de la subsidiariedad) no recogido en la ley para cerrar el acceso al proceso de los ahora recurrentes. En segundo lugar considera vulnerado igualmente el derecho recogido en el art. 24.1 CE por infracción de la prohibición de la *reformatio in peius* generadora de indefensión, dado que, al ser los ahora demandantes los únicos recurrentes, la Sentencia del Tribunal Supremo perjudica y empeora su situación previa, puesto que cierra de modo definitivo la competencia de los Tribunales españoles frente a la improcedencia «en este momento» de la Jurisdicción española, que había afirmado la Audiencia Nacional. Por lo demás los demandantes hacen suyos los argumentos manejados por el Voto particular. En tercer lugar se alega asimismo la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en que habrían incurrido las resoluciones impugnadas al efectuar una interpretación *contra legem* del art. 23.4 LOPJ y cerrar el paso a la competencia de los Tribunales españoles.

b) La demanda presentada en el recurso registrado con el núm. 1755/2003 impetra amparo por considerar vulnerados los siguientes derechos fundamentales: En primer lugar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) en su vertiente de acceso al proceso; vulneración en que incurren tanto la Sentencia del Tribunal Supremo como el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 al declinar la Jurisdicción española para la persecución de parte de los hechos objeto de la denuncia a partir de una interpretación que precluye toda aplicación del art. 23.4 LOPJ, al sustituir, la primera de las resoluciones citadas, la jurisdicción universal por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en el Ordenamiento español, y al restringir *contra legem* la Audiencia Nacional el marco de competencia de los Tribunales españoles en virtud del principio de subsidiariedad. Del mismo modo, y en segundo lugar, incu-

rren en la vulneración del derecho a un debido proceso en relación con el derecho de igualdad ante la ley cuando discriminan la competencia para la persecución penal de los hechos denunciados en función de la nacionalidad de las víctimas o del «interés nacional», infringiendo con ello lo dispuesto el art. 14 CEDH o el 21 PIDCP. Por último alegan que la Sentencia del Tribunal Supremo infringe la proscripción de la *reformatio in peius*, al resolver la casación, instada por los ahora recurrentes, restringiendo aún más la competencia de los Tribunales españoles al ir más allá que la Audiencia Nacional.

c) El recurso de amparo registrado con el núm. 1773/2003 se interpone en atención a los siguientes motivos de amparo: En primer lugar, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la Sentencia del Tribunal Supremo al dictar una resolución no fundada en Derecho y en contra de lo que, de modo claro y preciso, dispone el art. 23.4 LOPJ, la cual se opone asimismo al derecho al acceso al proceso por restringir indebidamente la competencia de los Tribunales españoles. Y la misma queja se proyecta sobre el Auto de la Audiencia Nacional. Asimismo se priva con tales resoluciones a los ahora demandantes del Juez ordinario predeterminado por la ley, contraviniendo con ello lo dispuesto en el art. 24.2 CE. Sin apoyo argumental aduce además la demanda la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, para concluir afirmando, a partir de la invocación del voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo combatida, que ésta incurre en una *reformatio in peius*.

4. La Sala Segunda, en relación con la demanda registrada con el núm. 1744/2003, dictó providencia de 13 de mayo de 2004 al amparo de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordando conceder al recurrente y al Ministerio Público el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, alegaciones sobre la carencia manifiesta de contenido constitucional conforme al art. 50.1 c) LOTC. El Fiscal y el demandante interesaron la admisión a trámite de la demanda, que fue acordada por providencia de la Sala Segunda de 14 de octubre de 2004, al igual que el emplazamiento de quienes fueran parte en el procedimiento del que traía causa. Por medio de escrito registrado en este Tribunal el 22 de noviembre de 2004 se personó en dicho recurso la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega.

Por diligencia de ordenación de 20 de enero de 2005 se tuvo a dicha Asociación por personada, acordando además dar vista de las actuaciones a todas las partes por plazo de veinte días, según lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, así como concederles plazo de diez días, según lo establecido en el

art. 83 LOTC, para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniese sobre la acumulación al presente recurso del tramitado en la Sala Segunda con núm. 1755/2003 y al seguido en la Sala Primera con núm. 1773/2003.

5. La Sala Segunda, en relación con la demanda núm. 1755/2003, dictó providencia de 19 de mayo de 2004, al amparo de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordando conceder al recurrente y al Ministerio Público plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, alegaciones sobre la carencia manifiesta de contenido constitucional conforme al art. 50.1 c) LOTC. El Fiscal y la demandante interesaron la admisión a trámite de la demanda, que fue acordada por providencia de la Sala Segunda de 28 de octubre de 2004, al igual que el emplazamiento de quienes fueran parte en el procedimiento del que traía causa. Por medio de escrito registrado en este Tribunal el 23 de diciembre de 2004 se personó en dicho recurso la Asociación Libre de Abogados, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega.

Por diligencia de ordenación de 20 de enero de 2005 se tuvo a esta última Asociación por personada, acordando además dar vista de las actuaciones a las partes por plazo de veinte días según lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, así como concederles plazo de diez días, según lo establecido en el art. 83 LOTC, para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera sobre la acumulación del presente recurso al tramitado en la Sala Segunda con el núm. 1744/2003.

6. La Sala Primera, en relación con la demanda núm. 1774/2003, dictó providencia de 18 de mayo de 2004 acordando admitir a trámite la demanda y requerir, conforme al art. 51 LOTC, el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento. Mediante escritos registrados en este Tribunal el 1 de junio de 2004 se personaron en dicho recurso la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega, y Rigoberta Menchú Tum, Silvia Solórzano Foppa, Silvia Julieta Solórzano Foppa, Santiago Solórzano Ureta, Julio Alfonso Solórzano Foppa, Lorenzo Villanueva Villanueva, Juliana Villanueva Villanueva, Lorenzo Jesús Villanueva Imizocz, Ana María Gran Cirera, Montserrat Gibert Grant, Ana María Gibert Gran, Concepción Gran Cirera, José Narciso Picas Vila, Aura Elena Farfán, Rosario Pu Gómez, C. I. Est. Prom. Derechos Humanos, Arcadio Alonzo Fernández, CONAVIGUA, FAMDEGUA y Ana Lucrecia Molina Theissen, representados por la Procuradora doña Gloria Rincón Mayoral.

Por diligencia de ordenación de 8 de octubre de 2004 se tuvo por personados a los citados, acordando además dar vista de las actuaciones a las partes personadas por plazo de veinte días, según lo dispuesto en el art.

52.1 LOTC. Por posterior diligencia de ordenación de 20 de enero de 2005 se concedió, al amparo de lo dispuesto en el art. 83 LOTC, un plazo de diez días a las partes personadas para que pudiesen alegar lo que estimaran pertinente acerca de la acumulación del presente recurso al tramitado en la Sala Segunda con el núm. 1744/2003.

7. El Ministerio Público y las partes personadas en los diversos recursos de amparo interesaron la acumulación o no se opusieron a ella. La Sala Segunda de este Tribunal dictó Auto de 14 de marzo de 2005 acordando la acumulación de los recursos más modernos (1755/2003 y 1773/2003) al más antiguo (1744/2003), por impugnarse en ellos las mismas resoluciones judiciales y aducir sustancialmente la misma vulneración de derechos fundamentales.

8. En el recurso 1744/2003, evacuando el trámite contemplado por el art. 52.1 LOTC, el Fiscal, en escrito registrado en este Tribunal el 10 de febrero de 2005, interesa la estimación del amparo en virtud de las siguientes consideraciones. En relación con la queja relativa a la vulneración del art. 24.1 CE por *reformatio in peius* considera que estaría incurso en la causa de inadmisión del art. 50.1 a) en relación con el 44.1 a) LOTC, dado el hecho de que, siendo tal reforma peyorativa una incongruencia *extra petita*, debió acudir al cauce que ofrecía el art. 240.3 LOPJ, interponiendo un incidente de nulidad de actuaciones antes de acudir a la jurisdicción constitucional; en todo caso, si no se considerara en esos términos por el Tribunal, el citado motivo de amparo debería desestimarse por cuanto, de una parte, no puede calificarse de incongruente una decisión referida a la jurisdicción de los Tribunales españoles, que es improrrogable y, en consecuencia, puede ser apreciada de oficio en cualquier momento procesal, como se desprende del art. 9.1 LOPJ, y, de otra, no puede tampoco afirmarse que la decisión del Tribunal Supremo haya cerrado definitivamente un posible proceso en España sobre los hechos objeto de la denuncia, el cual podría abrirse si llegara a concurrir alguno de los puntos de conexión exigidos.

En relación con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley entiende que no ha existido vulneración alguna del citado derecho, en tanto tienen tal consideración los órganos judiciales que, tras los recursos interpuestos, han dado una respuesta jurídica, siendo ajeno a tal derecho el que los Tribunales inicialmente llamados a conocer de un determinado proceso examinen en sentido negativo su propia competencia y jurisdicción.

Por lo que respecta a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva considera el Ministerio Público que, dado que rige con especial intensidad el principio *pro actione* en el acceso al proceso, no resultará admisible la supeditación de la posibilidad de la apertura de éste

a requisitos no previstos legalmente o exigidos de forma tan rigorista que imposibiliten o dificulten extraordinariamente la incoación y tramitación del proceso (cita, entre otras, las SSTC 34/1999, 84/1996, 71/2001 o 231/2001). Pues bien, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo no se han limitado a requerir la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 23.4 LOPJ, sino que añaden al contenido del citado precepto requisitos no establecidos expresamente en el texto de la Ley. Así el Auto de la Audiencia Nacional reclama a los actores una prueba que no está prevista legalmente y que se proyecta sobre hechos negativos, una *probatio diabolica* cuya exigencia, en consecuencia, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva; y, sobre la resolución del Tribunal Supremo, la referencia al requisito de la «conexión con un interés nacional», aun cuando formalmente aparezca fundada en una interpretación sistemática de diversas normas, constituye un obstáculo no previsto legalmente que es, por lo tanto, contrario al art. 24.1 CE, y ello porque dicho requisito ni siquiera encuentra justificación desde una perspectiva sistemática, dados los siguientes argumentos: a) En primer lugar, la exigencia, como uno de los puntos de conexión, de que haya al menos una víctima española convertiría en innecesaria la previsión específica de la competencia de los Tribunales españoles para conocer del delito de genocidio, puesto que sería de aplicación el principio de personalidad del 23.2 LOPJ; siendo, por lo demás, un hecho necesitado de prueba que será extremadamente difícil de aportar en ocasiones. b) En segundo lugar, el requisito alternativo de que los responsables se encuentren en España carece de toda previsión legal. c) Por último, la exigencia de que, en ausencia de los requisitos anteriores, exista afectación de intereses españoles, resulta, de una parte, redundante con el art. 23.3 LOPJ, y, de otra, puede afirmarse que cuando el legislador español estableció, junto a la tipificación del genocidio, un catálogo de delitos perseguibles en cualquier caso por la Jurisdicción española, lo hizo por entender que era del interés del Estado establecer dicha norma. En suma, dicho requisito (enunciado, por lo demás, de modo genérico) carece de soporte legal, no está justificado, y su imprecisión lo convierte en un obstáculo insalvable.

Por su parte, en evacuación del citado trámite, la representación procesal de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos presentó escrito registrado en este Tribunal el 22 de febrero de 2005, en el que hacían suyas y daban por reproducidas las alegaciones formuladas en la demanda de amparo interpuesta por doña Rigoberta Menchú Tum y otros.

9. En el recurso registrado con el núm. 1755/2003, evacuando el trámite contemplado por el art. 52.1 LOTC, el Fiscal, en escrito registrado en



este Tribunal el 10 de febrero de 2005, interesó la estimación del amparo por entender que la resolución judicial recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes en su vertiente de acceso al proceso, fundamentando tal conclusión en virtud de argumentos muy similares a los esgrimidos en el escrito presentado con ocasión de la demanda de amparo registrada con el núm. 1744/2003.

Por su parte, en evacuación del citado trámite, la representación procesal de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos presentó escrito registrado en este Tribunal el 23 de febrero de 2005, en el que hizo suyas y dio por reproducidas las alegaciones formuladas en la demanda de amparo interpuesta por la Asociación Libre de Abogados.

10. En el recurso registrado con el núm. 1773/2003, evacuando el trámite contemplado por el art. 52.1 LOTC, el Ministerio Público, en escrito registrado en este Tribunal el 16 de noviembre de 2004, interesó la estimación del amparo por entender que la resolución judicial recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes en su vertiente de acceso al proceso, fundamentando tal conclusión en virtud de argumentos muy similares a los esgrimidos en el escrito presentado con ocasión de la demanda de amparo registrada con el núm. 1744/2003. Respecto del resto de los motivos de amparo entiende que no puede considerarse vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley consagrado en el art. 24.2 CE en virtud de los argumentos manejados en el citado escrito; así como que tampoco cabe otorgar el amparo respecto de la queja relativa al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, carente de contenido constitucional puesto que se trata de una simple alegación ayuna de desarrollo argumental alguno.

Por su parte, en evacuación del citado trámite, la representación procesal de doña Rigoberta Menchú y otros presentó escrito, registrado en este Tribunal el 12 de noviembre de 2004, en el que se adhirió íntegramente al recurso de amparo interpuesto por la Asociación Libre de Abogados registrado con el núm. 1744/2003.

11. Por providencia de 22 de septiembre de 2005 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se plantean ante esta jurisdicción constitucional diversas demandas de amparo dirigidas contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 que estimó parcialmente el recurso de

casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, así como contra esta última resolución. El núcleo de la controversia suscitada se proyecta sobre la interpretación restrictiva que, si bien en virtud de argumentos diversos, ambos órganos judiciales efectúan sobre el art. 23.4 LOPJ y el criterio de competencia jurisdiccional penal allí establecido, referible al principio de la denominada jurisdicción universal, con la consecuencia de negar, en todo o en parte, la competencia de los Tribunales españoles para la persecución y enjuiciamiento de los hechos objeto de las denuncias que han dado lugar al presente procedimiento, hechos calificados en las citadas denuncias como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a lo largo de los años setenta y ochenta. Las tres demandas de amparo coinciden en denunciar que las resoluciones impugnadas han procedido a una interpretación infundadamente restrictiva y *contra legem* del citado precepto a partir de la exigencia de una serie de requisitos no contemplados en el Ordenamiento jurídico, lo que habría conllevado la vulneración de sus derechos fundamentales.

En concreto estiman vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, tanto en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho como en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción. Coinciden también en la denuncia relativa a la vulneración del art. 24.1 CE en que habría incurrido la Sentencia del Tribunal Supremo al haber desembocado en una *reformatio in peius*, por cuanto, mientras que la Audiencia Nacional, apelando al principio de subsidiariedad, descartó la competencia de los Tribunales españoles «por el momento», dejando abierta tal posibilidad en el futuro, la Sentencia del Alto Tribunal, rechazando tal principio pero acogiendo la necesidad de conexión con intereses españoles, niega de modo definitivo la jurisdicción de nuestro Estado, dejando, en consecuencia, en peor situación a los recurrentes en casación.

Junto a los citados motivos de amparo tanto el recurso registrado con el núm. 1744/2003, como el registrado con el núm. 1773/2003 aducen asimismo la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), derivada igualmente de dicha interpretación infundadamente restrictiva, así como también (el último recurso citado) la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por último incluye el recurso registrado con el núm. 1755/2003 la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 CE, vinculado al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en tanto la concreción de la competencia de los Tribunales españoles se establece a partir de una discriminación de las víctimas en función de su nacionalidad.

El Ministerio Público, por su parte, interesa el otorgamiento del amparo en atención a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en que habrían incurrido tanto el Auto de la Audiencia Nacional como la Sentencia del Tribunal Supremo al restringir el acceso al proceso con una interpretación excesiva e infundadamente rigorista del art. 23.4 LOPJ, a partir de criterios o elementos restrictivos de la competencia de los Tribunales españoles no incluidos en la ley ni razonablemente derivables de ésta.

2. Siendo varias las quejas formuladas hemos de comenzar, con arreglo a nuestra reiterada doctrina, con el examen de aquéllas de las que pueda derivarse una retroacción de actuaciones, con el fin de salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo (por todas, SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2004, de 2 de junio, FJ 4; y 53/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Más en concreto, y teniendo en cuenta que es el motivo de amparo central en todas las demandas, comenzaremos por la alegación relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción.

Ambas vertientes citadas del derecho recogido en el art. 24.1 CE, si bien poseen su propio campo de aplicación, han de ser enfocadas de modo conjunto en el presente caso, y ello porque el contenido nuclear de la queja se cifra precisamente en que, por medio de una decisión no fundada en Derecho, se priva a los recurrentes del derecho de acceso al proceso. Ese abordaje conjunto o duplicado de las quejas aboca, en consecuencia, a un doble canon o test de enjuiciamiento. Ello es así porque el derecho de acceso a la jurisdicción, constituyendo, como hemos afirmado, «la sustancia medular» (STC 37/1995, de 5 de febrero, FJ 5), el «contenido propio y primario» (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2), del derecho a la tutela judicial efectiva, imprime, junto a los cánones comunes al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtención de una resolución fundada en Derecho, tales como exigencia de motivación suficiente, y ausencia de arbitrariedad, de irrazonabilidad manifiesta y de error patente, una exigencia ulterior y potencialmente más intensa de proporcionalidad, derivada del principio *pro actione*. Así hemos mantenido, desde la STC 35/1995, de 7 de febrero, FJ 5, que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos (así como en el denegatorio de la jurisdicción cuando se cierra el acceso al proceso) del citado principio *pro actione* (SSTC 203/2004, de 16 de noviembre, FJ 2; 44/2005, de 28 de febrero, FJ 3, 133/2005, de 23 de

mayo, FJ 2, entre otras muchas). Principio «de obligada observancia por los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (SSTC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 168/2003, de 29 de septiembre, FJ 2).

Como hemos afirmado en diversas ocasiones el acceso a la jurisdicción constituye un derecho prestacional de configuración legal, estando su ejercicio y su dispensación supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido, por lo que no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2). Asimismo hemos puesto de manifiesto que el principio *pro actione* no puede entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponde resolver a los Tribunales ordinarios (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2). Por el contrario el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, «impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (por todas, STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2).

Tal como afirma la STC 73/2004, de 23 de abril, FJ 3, «la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia *ex art.* 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos con-

trovertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas)».

Es decir, aun cuando la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituya, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, a este Tribunal le corresponderá revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Y, además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 179/2003, de 13 de octubre, FJ 2; 3/2004, 14 de enero, FJ 3; 79/2005, de 2 de abril, FJ 2). Expresado en los términos de la reciente STC 133/2005, FJ 2, «lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión (o de no pronunciamiento) que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican».

A los efectos de una cabal comprensión del alcance e incardinación del citado principio *pro actione* bajo la esfera protectora del art. 24.1 CE no resulta improcedente recalcar el carácter más incisivo que posee el canon del acceso al proceso, en el sentido de que interpretaciones judiciales de la legalidad procesal que satisfagan el test de razonabilidad, y de las que incluso fuera predicable «su corrección desde una perspectiva teórica», pueden conllevar una «denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable» (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3) y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva en la citada vertiente.

3. Expuesto el marco de enjuiciamiento que habrá de ser de aplicación al presente caso es hora ya de adentrarse en el mismo. Como ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes el núcleo de la controversia radica en

la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla de atribución de competencia incluida en el art. 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas. Dirigiéndose la demanda contra ambas resoluciones (el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003), y estando fundados sus respectivos pronunciamientos en diversos argumentos, es conveniente analizarlos por separado.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de dichos argumentos es importante recordar que, aun cuando referido a otro de los delitos incluidos en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, el precepto legal objeto de la controversia ha sido objeto de pronunciamientos previos por parte de este Tribunal, de los cuales pueden extraerse algunas implicaciones para el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas. Concretamente la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3, puso de manifiesto que; «al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos [...]. Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional». Asimismo, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que «el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes».

Esta consideración relativa al fundamento de la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar el alcance constitucional, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, de la resolución del Auto de la Audiencia Nacional, por cuanto el presupuesto teórico de que parte para fundar la ausencia de jurisdicción, el principio de subsidiariedad, parece no ser *prima facie* coincidente con el principio de concurrencia, que este Tribunal ha considerado preferente. En aras a destacar la relevancia que esa diferente perspectiva teórica pudiera tener desde la perspectiva

del análisis constitucional procede, en primer lugar, profundizar en los argumentos en los que la Audiencia Nacional apoya su argumentación, para después entrar a estudiar cuáles han sido los concretos criterios de aplicación del tal principio que han llevado a la denegación de la jurisdicción española y, con ello, a la denunciada vulneración del derecho de acceso al proceso.

En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, y ello tanto en relación con la resolución de la Audiencia Nacional como con la del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegetica, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir.

4. Como ya ha sido anticipado el Auto de la Audiencia Nacional objeto del recurso, apoyándose en resoluciones anteriores del mismo órgano judicial, parte del Convenio sobre Genocidio, y, más concretamente, de su art. VI, para concluir afirmando la vigencia de una relación de subsidiariedad de la Jurisdicción española sobre la territorial. El citado precepto dispone:

«Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción».

La Audiencia Nacional parte de la concepción de que el citado precepto, que establece la obligación de los Estados en cuyo territorio se produzcan los hechos de proceder a su persecución, en absoluto conlleva una prohibición para el resto de las Partes firmantes de establecer criterios extraterritoriales de jurisdicción para el genocidio; como elocuentemente pone de manifiesto, citando resoluciones anteriores, tal limitación sería contraria «al espíritu del Convenio, que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante el empleo de sus respectivas normas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de impunidad de un crimen tan grave». No obstante, acto seguido, concluye que el artículo VI del citado Convenio impone la subsidiariedad de actuación de jurisdicciones distintas a las contempladas en él.

Salvando el hecho de que en la resolución combatida no se entra a explicitar las razones por las que se llega a dicha conclusión, sino que tal relación de subsidiariedad se infiere de la sola mención del criterio de territorialidad (o del relativo a un tribunal penal internacional), debemos comenzar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la Comunidad Internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.

Esto afirmado, debe seguidamente advertirse que el tema propuesto no deja de tener relevancia constitucional, puesto que lo que en última instancia se discute, tanto por los demandantes de amparo y el Ministerio Público, como por la Sentencia del Tribunal Supremo que discrepa del cri-



terio aplicado por la Audiencia Nacional de afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad, son los términos en los que tal regla o principio se ha aplicado; más concretamente, el mayor o menor número de requisitos exigidos en relación con la pasividad del Estado donde se produjeron los hechos. El Auto de la Audiencia Nacional objeto de recurso, reproduciendo la doctrina establecida por los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, define los términos de aplicación de la regla de subsidiariedad del siguiente modo: «la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional». Acogiendo literalmente tal aseveración la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal Internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. *A sensu contrario*, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos.

Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre Genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional

de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

5. Tal como ha sido expuesto con detalle en los antecedentes, el Tribunal Supremo fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en distintos argumentos que los de la Audiencia Nacional, atinentes en particular a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdicción universal plasmada en el art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, la Sentencia combatida hace depender la aplicabilidad del citado precepto de que un Convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. Por lo que respecta al delito de genocidio (en el que prácticamente centra su argumentación), a pesar de manifestar en un primer momento que el Convenio, frente al criterio de los demandantes, si bien «no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe», lo cierto es que termina por afirmar lo contrario, considerando que su artículo VIII «no autoriza a cada Estado a instituir su Jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar frente a la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso» (fundamento jurídico séptimo).

De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art.27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, según el cual lo acordado en los Tratados internacionales no puede ser incumplido por la legislación interna de cada Estado.

Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la Jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen

de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados para la asunción por los Tribunales españoles de la jurisdicción sobre los hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre Genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre Genocidio para la activación de la Jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina), sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre Genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición.

6. No estando, a juicio del Tribunal Supremo, reconocida la jurisdicción universal por el Convenio sobre Genocidio, sostiene la Sala Segunda de este Alto Tribunal que su asunción unilateral por el Derecho interno debe, entonces, venir limitada por otros principios, en virtud de lo que viene siendo regla en la costumbre internacional. De ello se derivará una restricción del ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, exigiendo para su entrada en juego determinados «vínculos de conexión», como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales. El empleo de tales criterios correctores se fundamenta por la Sentencia objeto de análisis en la costumbre internacional,

llegando a la conclusión de que, no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado punto de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia.

En apoyo del presupuesto de partida, a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal, invoca el Tribunal Supremo determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales; así cita en particular diversas resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán, la decisión de la Corte de Casación belga sobre el *caso Sharon*, así como la resolución de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2002 (*caso Yerodia*), en la que se condenó a Bélgica por la expedición de una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo.

Pues bien, lo primero que hemos de poner de manifiesto es que resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria. Al respecto, no ha de ser preciso un amplio desarrollo argumental, dado el hecho de que el Voto particular a la Sentencia impugnada, firmado por siete Magistrados (cuya trascendencia no puede dejar de resaltarse), ha venido, de modo convincente, a refutar la pretendida validez de las resoluciones citadas como sostén teórico del planteamiento seguido por la Sala Segunda, aportando otras referencias de signo contrario. Como se afirma por los Magistrados discrepantes de la mayoría, las resoluciones alemanas citadas no representan el *status quaestionis* en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la Sentencia del Tribunal Internacional de La Haya en el *caso Yerodia*, ha de concluirse que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acer-

ca de la jurisdicción universal en materia de genocidio, dado que así lo había solicitado expresamente la República Democrática del Congo en su demanda. Y lo mismo debe afirmarse en relación a la Sentencia de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003, de cuyo contenido el Tribunal Supremo alude solamente a los aspectos relacionados con la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio, y en cambio omite toda mención al reconocimiento expreso que en dicha resolución se formula de la jurisdicción universal establecida en la legislación belga.

Si a lo acabado de afirmar añadimos que existen multitud de precedentes en Derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia, el presupuesto en que la Sentencia del dicho Alto Tribunal sostiene su interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (la existencia de una limitación generalizada del principio de justicia universal en el Derecho internacional consuetudinario) pierde gran parte de su sustento, teniendo en cuenta, en particular, que la selección de referencias no es exhaustiva y no incluye algunas significativamente contrarias a la orientación que se mantiene. A este respecto resulta discutible que la Sentencia omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 CP), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la Comunidad Internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. A título de significativo ejemplo basta indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo cita la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de 13 de febrero de 1994 y sin embargo no hace mención alguna al art. 6 del CP alemán ni al Código de Crímenes contra el Derecho internacional de 26 de junio de 2002 (Ley promulgada con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional) en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte) «incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania».

7. La Sentencia del Tribunal Supremo incluye, asimismo, un listado de Tratados Internacionales relativos a la persecución de delitos relevantes

para la Comunidad Internacional suscritos por España con la finalidad de mostrar que, de una parte, en ninguno de esos Tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal, y que, de otra, en ellos se establece como forma de colaboración la clásica fórmula *aut dedere aut iudicare*; es decir, los Estados tendrán la obligación de juzgar a los responsables de delitos comprendidos en los Tratados cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por algún otro Estado con competencia obligatoria según las disposiciones del respectivo Tratado. Del análisis de ese sector del Derecho convencional internacional infiere el Tribunal Supremo la necesidad y la legitimidad de restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ a los casos en que el presunto responsable se halle en territorio español, al amparo del art. 96 CE, del apartado g) del art. 23.4 LOPJ, y del ya citado art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, según el cual las Partes de un Tratado no podrán invocar su Derecho interno para justificar el incumplimiento de un Tratado.

Independientemente de lo que después habremos de afirmar, la interpretación seguida por el Tribunal Supremo para justificar tal criterio de restricción de la Ley debe ser rechazada ya por razones de índole metodológica. Para empezar, la pretendida referencia sistemática al apartado g) del art. 23.4 LOPJ no puede servir para extender las conclusiones a las que el Alto Tribunal llega al resto de los delitos contenidos en los apartados precedentes del citado precepto. Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del art. 23.4 LOPJ, que según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del art. 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles *ex lege* en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un Tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los incluidos expresamente en el precepto. No resulta, en consecuencia, ni mucho menos evidente que las limitaciones o condicionantes que, por vía de la interpretación de los diversos Tratados internacionales que menciona la Sentencia, se prediquen de estos últimos sean de aplicación analógica a los primeros. Procedimiento analógico que, además de ser contrario al principio *pro actione* al reducir de modo ostensible el acceso a la jurisdicción de los demandantes, no se ve amparado por una identidad de razón suficiente, según se acaba de afirmar.

De igual modo resulta muy discutible apelar al art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados como sostén de tal proceder argumenta-

tivo. Y ello porque, ni en el Convenio sobre Genocidio, como ya se afirmó, ni en los Tratados que menciona la Sentencia impugnada, se contempla prohibición alguna del ejercicio de la jurisdicción universal unilateral que pudiera considerarse incumplida por lo dispuesto en la Ley española.

Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la Comunidad Internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.

8. Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la Sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que «una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales» se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión.

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el *telos* del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio *pro actione*, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que «los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad» (STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3), al constituir una «denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable» (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3).

9. Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el art. 607 CP el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio Público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita



concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional».

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir «el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes» (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ. Además el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redundante en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en

relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio *pro actione*) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos.

10. De todo lo anterior se desprende que tanto el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por lo que procede otorgar el amparo y, en consecuencia, anular las citadas resoluciones y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de la Audiencia Nacional anulado sin que, en aras a preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo proceda entrar a analizar las denuncias de vulneración de otros derechos fundamentales que se efectúan en la demanda.

## F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Rigoberta Menchú Tum y otros, por la Asociación de Derechos Humanos de España y por la Asociación Libre de Abogados y otros, y en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), de los recurrentes.

2.º Restablecer a éstos en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 retrotraendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del Auto de la Audiencia Nacional a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil cinco.

## **1.5. CONVENIOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION UNIVERSAL EN MATERIA DE CRIMENES INTERNACIONALES**

### **1. Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948**

#### **Artículo VI**

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

### **2. Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I Convenio), para mejorar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en la mar (II Convenio), relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III Convenio) y relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio) Artículo 49 del I Convenio, artículo 50 del II Convenio, artículo 129 del III Convenio y artículo 146 del IV Convenio**

#### **Sanciones penales. I. Generalidades**

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones pena-

les que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

### **3. Convenio de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado**

#### **Artículo 28. Sanciones**

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención.

### **4. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977**

#### **Artículo 85. Represión de las infracciones del presente Protocolo**

1. 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.

### **5. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984**

#### **Artículo 5.º**

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4.º en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará, asimismo, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8.º, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

## **6. Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1994**

### **Artículo 10. Establecimiento de jurisdicción**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en los casos siguientes:

- a) Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado;
- b) Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado.

2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:

- a) Sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o
- b) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o
- c) Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3.....

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que ese Estado no conceda su extradición, conforme al artículo 15, a alguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 ó 2.

**7. Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados)**

**Artículo 14. Cumplimiento**

1. Cada una de las Altas Partes Contratantes adoptará todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas y de otra índole, para prevenir y reprimir las violaciones del presente Protocolo cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control.

2. Entre las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo figuran medidas pertinentes para garantizar la imposición de sanciones penales a las personas que, en relación con un conflicto armado y en contravención con las disposiciones del presente Protocolo, causen deliberadamente la muerte o lesiones graves a civiles, y la comparecencia de esas personas ante la justicia.

**8. Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción (Convención de Ottawa) de 1977**

**Artículo 9. Medidas de aplicación a nivel nacional**

Cada uno de los Estados Parte adoptará todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida a los Estados Parte conforme a esta Convención, cometidas por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control.

**9. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998**

**Preámbulo**

.....  
*Recordando* que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.  
.....

## **10. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999**

### **Artículo 7**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 cuando estos sean cometidos:

a) En el territorio de ese Estado;

b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito;

c) Por un nacional de ese Estado.

2. Cada Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando sean cometidos:

a) Con el propósito de perpetrar un delito de los mencionados en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 2 en el territorio de ese Estado o contra uno de sus nacionales o haya tenido ese resultado;

b) Con el propósito de perpetrar un delito de los mencionados en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 2 contra una instalación gubernamental o pública de ese Estado en el extranjero, incluso un local diplomático o consular de ese Estado, o haya tenido ese resultado;

c) Con el propósito o el resultado de cometer un delito de los indicados en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 2, en un intento de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto;

d) Por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado; o

e) A bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado.

b) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o

c) Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa.

3.....

4. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas que resulten necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 en los casos en que el presunto autor del delito se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con lo dispuesto con los párrafos 1 ó 2.

5. Cuando más de un Estado Parte reclame jurisdicción respecto de uno de los delitos mencionados en el artículo 2, los Estados Partes interesados procurarán coordinar sus acciones de manera apropiada, en particular respecto de las condiciones para enjuiciar y de las modalidades de la asistencia judicial recíproca.

## **11. Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1999**

### **Artículo 15. Violaciones graves del presente Protocolo**

(2) Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente artículo, y para sancionar estas infracciones con penas adecuadas. Al hacer esto, las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos.

### **Artículo 16. Jurisdicción**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, cada Parte adoptará las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de las infracciones indicadas en el artículo 15, en los casos siguientes:

- a) cuando la infracción se haya cometido en el territorio de ese Estado;
- b) cuando el presunto autor sea un nacional de ese Estado;
- c) cuando se trate de las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del primer párrafo del Artículo 15, en caso de que el presunto autor esté presente en el territorio de este Estado.

2. Con respecto al ejercicio de la jurisdicción, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 28 de la Convención:

- a) el presente Protocolo no excluye que se pueda incurrir en responsabilidad penal individual ni que se ejerza la jurisdicción en virtud de derecho nacional e internacional aplicable, y tampoco afecta al ejercicio de la jurisdicción en virtud del derecho internacional consuetudinario;
- b) excepto en el caso en que un Estado que no es Parte en el presente



Protocolo pueda aceptarlo y aplicar sus disposiciones con arreglo al párrafo 2 del Artículo 3, los miembros de las fuerzas armadas y los nacionales de un Estado que no es Parte en el presente Protocolo, salvo aquellos de sus nacionales que sirven en las fuerzas armadas de un Estado que es Parte en el presente Protocolo, no incurrirán en responsabilidad penal individual en virtud del presente Protocolo, que además no impone ninguna obligación relativa al establecimiento de jurisdicción con respecto a esas personas ni a su extradición.

## **Artículo 22. Conflictos armados de carácter no internacional**

1. El presente Protocolo se aplicará en caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que se haya producido en el territorio de una de las Partes.



## **2. INFORMACIÓN**



## 2.1. JURISDICCION UNIVERSAL SOBRE CRIMENES DE GUERRA

### *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario*

#### **Documento informativo del Comité Internacional de la Cruz Roja**

Un elemento importante en la represión de los crímenes de guerra a nivel nacional es la persecución de los criminales sea cual fuere su nacionalidad o el lugar en que cometieron el crimen.

#### JURISDICCION DEL ESTADO

Se reconoce universalmente que un Estado puede ejercer jurisdicción en su propio territorio. Esta jurisdicción incluye el poder de crear normas (jurisdicción legislativa), el poder de interpretar o aplicar normas (jurisdicción contenciosa) y el poder de intervenir para hacer cumplir las normas (jurisdicción coercitiva). Sin embargo, aunque la aplicación de la jurisdicción coercitiva se limita generalmente al territorio nacional, en derecho internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede legislar respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial) o juzgarlos.

En materia de derecho penal, se han invocado varios principios para fundamentar esta jurisdicción extraterritorial, entre los que cabe señalar la jurisdicción sobre actos (i) cometidos por personas que tienen la misma nacionalidad del foro (principio de nacionalidad o personalidad activa) (ii) perpetrados

contra nacionales del foro (principio de personalidad pasiva) y (iii) que afectan la seguridad del Estado (principio de protección). Aunque tanto en la teoría como en la práctica estos principios reciben distinto grado de apoyo, todos requieren que haya algún tipo de vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción. Sin embargo, la universalidad, otro de los principios que justifican la jurisdicción extraterritorial, no requiere este vínculo.

## JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La jurisdicción universal se refiere a la jurisdicción sobre los delitos, independientemente del lugar en que se cometieron o la nacionalidad del perpetrador. Se cree que se aplica a una serie de delitos que los Estados, por motivos de interés internacional, pueden o deben reprimir.

La jurisdicción universal puede aplicarse a través de la promulgación del derecho nacional (jurisdicción universal legislativa) o la investigación y el juicio de los acusados (jurisdicción universal contenciosa). La primera es mucho más común en la práctica del Estado y es generalmente necesaria para la investigación y el juicio. Con todo, es posible, por lo menos en principio, que un tribunal base su jurisdicción directamente en el derecho internacional y ejerza jurisdicción universal contenciosa sin remitirse para nada a la legislación nacional.

## JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA

El ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra se basa tanto en el derecho de los tratados como en el derecho internacional consuetudinario.

## DERECHO DE LOS TRATADOS

En lo relativo a los tratados, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 introdujeron la aplicación de la jurisdicción universal para las violaciones de los Convenios que se califican de infracciones graves. Conforme al artículo pertinente de cada Convenio, los Estados tienen la obligación de buscar a las personas acusadas «sea cual fuere su nacionalidad», y deben hacerlas comparecer ante los propios tribunales o entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante. Si bien los Convenios no estipu-

lan expresamente que la jurisdicción deba ejercerse sea cual fuere el lugar en que se cometió la infracción, se ha entendido por lo general que establecen una jurisdicción universal. Por este motivo constituyen uno de los primeros ejemplos de jurisdicción universal en el derecho de los tratados.

Los Convenios se clasifican en la categoría de la jurisdicción universal obligatoria, *obligan* a los Estados a ejercer su jurisdicción. Los Estados no están necesariamente obligados a juzgar a los acusados, pero si no lo hacen están obligados a entregar a las personas a otra Parte Contratante que tenga presunciones razonables. Puesto que esta entrega a otro Estado puede no ser posible, los Estados siempre deben contar con una legislación penal que les permita juzgar a los acusados, sea cual fuere su nacionalidad o el lugar en que cometieron la infracción.

Los Convenios no limitan expresamente el ejercicio de la jurisdicción a los acusados encontrados en el territorio del Estado –en otras palabras, no se limitan a estipular una jurisdicción universal *territorial*. En cierto sentido, esto implica que los Estados pueden, y de hecho deberían, ordenar investigaciones o iniciar causas contra los acusados fuera de su territorio– por lo menos cuando su sistema jurídico disponga estos procedimientos.

#### DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Mientras las disposiciones pertinentes del derecho de los tratados se limitan a las infracciones graves, puede decirse que en el derecho internacional consuetudinario la jurisdicción universal abarca todas las violaciones de las leyes y los usos de la guerra que constituyen crímenes de guerra. De ellos, algunas violaciones graves de las normas relativas a los medios y métodos de guerra que no se consideran infracciones graves. Asimismo, es cada vez más aceptada la idea de que las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados no internacionales también constituyen crímenes de guerra. Por consiguiente, también estas violaciones, incluidas las violaciones graves al artículo 3 común y al Protocolo adicional II, están sujetas a la jurisdicción universal facultativa.

A diferencia de lo que sucede con el derecho de los tratados, no parece haber argumentos que permitan concluir que el derecho internacional consuetudinario *obliga* a los Estados a ejercer su jurisdicción sino que establece más bien una jurisdicción universal facultativa. Por consiguiente, en lo que hace a los crímenes de guerra que no constituyen infracciones graves, los Estados pueden decidir si ejercer o no la jurisdicción universal.

## MÉTODOS LEGISLATIVOS

Los Estados han adoptado varios métodos para estipular la jurisdicción universal en el derecho nacional.

Las disposiciones constitucionales son de fundamental importancia para determinar el lugar que ocupa el derecho consuetudinario o convencional en el sistema jurídico nacional. Se puede pensar que los tribunales podrán invocar estas disposiciones para ejercer jurisdicción universal cuando el derecho internacional lo permita o exija. En la práctica, sin embargo, parecería que las disposiciones de derecho internacional pertinentes no se consideran como auto-aplicables y que es necesario legislar para definir la jurisdicción aplicable a una determinada infracción.

La jurisdicción universal está prevista en el código penal ordinario de varios Estados con sistemas basados en códigos. Otros países la estipulan a veces en el código de procedimiento penal, en un código penal militar independiente o en una ley sobre los poderes judiciales.

El ámbito jurisdiccional y material de la infracción pueden definirse en la misma sección de un código. Sin embargo, es más frecuente que las disposiciones sobre jurisdicción universal figuren en la sección general sobre jurisdicción y se remitan a las infracciones graves definidas en otras normas. Por consiguiente, para establecer el ámbito material de las disposiciones jurisdiccionales hay que remitirse a la definición de estas infracciones. Sin embargo, en algunos casos, las disposiciones sobre jurisdicción pueden referirse a infracciones que no figuran en otra parte, ampliando de este modo el ámbito material del derecho.

En los países cuyos sistemas no se basan en códigos –generalmente los de «common-law» (derecho consuetudinario)– se acostumbra a estipular la jurisdicción universal en la legislación primaria que define tanto el ámbito jurisdiccional como material de la infracción.

## CUESTIONES LEGISLATIVAS

Independientemente del método que se adopte, al estipular la jurisdicción universal en el derecho nacional hay que examinar varias cuestiones:

- Es importante aclarar que la jurisdicción se extiende a *todas* las personas que violan normas sea cual fuere su nacionalidad e independientemente de si la infracción se cometió en el territorio del Estado o en el extranjero.
- Puesto que existe una jurisdicción común con otros Estados, varios países limitan la jurisdicción a los casos en que el acusado no haya sido



juzgado por la misma infracción en el extranjero, o estipulan que hay que tener en cuenta las sanciones ya impuestas en el extranjero. Ésta parece constituir una aplicación correcta del principio de *ne bis in idem* y una eximición legítima de cualquier obligación de ejercer jurisdicción.

- Por el contrario, algunos Estados exigen que la jurisdicción pueda ejercerse solamente con respecto a un acto que constituye una infracción también en el lugar en que se cometió. Aunque esto también puede considerarse como el ejercicio de la jurisdicción universal porque no hay otro fundamento para la aplicación de la jurisdicción universal, está claro que es un requisito que viola todo tipo de *obligación* de ejercer jurisdicción universal establecida en el derecho internacional.

- El ejercicio de la jurisdicción universal puede limitarse a los casos en que el acusado está presente en el territorio (jurisdicción territorial universal). En algunos países esta restricción puede figurar explícitamente en la legislación en materia de jurisdicción universal. En otros países, la presencia del acusado en el territorio puede exigirse siempre por una cuestión de principio jurídico general.

Por último, juzgar las infracciones cometidas en el extranjero plantea problemas especiales en cuanto a reunir pruebas y al derecho del acusado (o de la parte civil) de examinarlas. Al establecer la jurisdicción universal, es importante estudiar el tema del acopio y la evaluación de las pruebas y, cuando fuere necesario, adoptar medidas apropiadas como, por ejemplo, disposiciones para reunir pruebas por enlaces vídeo, enviar exhortos o diligenciarlos en el extranjero. También puede requerir el afianzamiento de los acuerdos de asistencia mutua judicial previstos en el Protocolo adicional I (artículo 88).

### *Servicio de Asesoramiento del CICR*



## 2.2. LEGISLACION COMPARADA Y JURISDICCION UNIVERSAL

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Pese a los Convenios internacionales que establecen la jurisdicción universal (Convenio sobre el Genocidio de 1948, Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, Convenio de La Haya de 1954 y su Protocolo II de 1999, Convenio sobre la tortura de 1984, Convenio sobre protección del personal de la ONU de 1994, entre otros) los Estados han sido muy reticentes en la aplicación de esta norma que, en la actualidad, se considera forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario. A continuación reproducimos diversos preceptos de la legislación nacional de algunos Estados, relacionados con la jurisdicción universal.

### ALEMANIA, REPUBLICA FEDERAL

LEY DE 26 DE JUNIO DE 2002, DE APROBACIÓN DE UN CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL

#### **Artículo 3. Modificaciones de la Ley Procesal penal**

La Ley procesal penal en la versión de la publicación de 7 de abril de 1987, modificada por última vez mediante el artículo 3 de la Ley de 21 de junio de 2002, se modifica como sigue:

1 a 4.....

5. Después del párrafo 153 e, se añade el siguiente párrafo 153 f:  
Párrafo 153 f

(1) La fiscalía puede abstenerse de perseguir el hecho punible según los párrafos 6 a 14 del Código Penal Internacional (1) en los casos (2) del párrafo 153 c, párrafo 1, número 1 y 2, cuando el culpable no se encuentre en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del párrafo 153 c párrafo 1, número 1, si el culpable es alemán, lo anterior solo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho.

(2) La fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible según los párrafos 7 al 15 del Código penal internacional en los supuestos del párrafo 153 c, párrafo 1, números 1 y 2, cuando:

1. no exista ninguna sospecha contra un alemán
2. El hecho no fue cometido contra un alemán
3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y
4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho.

Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los supuestos previstos en el párrafo 1, números 2 y 4 y la entrega a un Tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

(3) Si en los supuestos de los párrafos 1 ó 2 ya se hubiere formulado la acusación pública, la fiscalía puede retirar la acusación en cualquier momento del proceso y suspender el proceso.

## ARGENTINA

El artículo 111 del Código de Justicia Militar de la República Argentina, Ley n.º 14.029, de 1951 (con reformas posteriores) establece:

---

(1) Se trata de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra contra personas, crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos, crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas, crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos, crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra, infracción del deber de vigilancia y omisión de la comunicación de un delito (Nota del autor).

(2) Tal precepto se refiere a los hechos: 1.º cometidos fuera del ámbito de vigencia espacial de esta ley o cometidos en este ámbito por un partícipe de una acción cometida fuera del ámbito espacial de esta ley. 2.º cometidos por un extranjero en el interior del país en una embarcación o aeronave extranjeras (nota del autor).

Artículo 111. Cuando las tropas de operaciones se hallasen en territorio del enemigo, están sujetos a la jurisdicción de los tribunales militares todos los habitantes de la zona ocupada, que fueren acusados por cualquiera de los delitos o faltas comunes, salvo que la autoridad militar dispusiere que éstos sean juzgados por los tribunales comunes de la zona ocupada.

## AUSTRIA

El párrafo 64 del Código penal de Austria de 23 de enero de 1974, dispone:

1) Las leyes penales austriacas se aplicarán con independencia de las leyes vigentes en el lugar del extranjero en el que se realicen los hechos siguientes:

1.º a 5.º

6.º Cualesquiera otra acción punible a cuya persecución esté obligada Austria con independencia de la ley penal vigente en el lugar del hecho.

## AUSTRALIA

La Ley australiana sobre los Convenios de Ginebra de Ginebra, de 1957 (con enmiendas posteriores), dispone en su Sección 7 (3) que para el castigo de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I cometidas en Australia o en otra parte, se aplicará esta sección a cualquier persona sin tener en cuenta su nacionalidad o ciudadanía.

## BELGICA

El artículo 27 de la Ley de 5 de agosto de 2003 derogó la Ley de 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, modificada por las leyes de 10 de febrero de 1999, 10 de abril y 23 de abril de 2003.

El artículo 7 de la ley derogada establecía:

Las jurisdicciones belgas son competentes para conocer de las infracciones previstas en la presente ley (3), independientemente del lugar donde

---

(3) Genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Nota del autor).

hubieran sido cometidas. Por lo que se refiere a las infracciones cometidas en el extranjero por un belga contra un extranjero, la denuncia del extranjero o de su familia o la noticia oficial de la autoridad del país donde la infracción ha sido cometida, no resulta necesaria.

El código penal belga actualmente vigente dispone en su artículo 4 (jurisdicción extraterritorial) que la infracción cometida fuera del territorio del reino, por belgas o por extranjeros, no es punible, en Bélgica, más que en los casos previstos por la ley.

## CANADA

La Ley canadiense sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 29 de junio de 2000, en su Sección 8 (a) y (b), establece que:

Cualquier persona que sea acusada de haber cometido genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad dentro fuera de Canadá puede ser perseguida por tales delitos si

(a) en la época en que se hubiere cometido el delito,

(i) fuere ciudadano canadiense o empleado al servicio de Canadá como civil o militar

(ii) fuere ciudadano de un Estado que participe en un conflicto armado contra Canadá o empleado al servicio de tal Estado como civil o militar

(iii) la víctima fuere canadiense

(iv) la víctima fuere un ciudadano de un Estado aliado de Canadá en un conflicto armado; o

(b) después de la presunta comisión, esta persona se encuentre en Canadá.

## CHILE

El artículo 3 del Código de Justicia Militar de Chile establece que:

Los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional.

Igualmente tienen jurisdicción para conocer de los mismos asuntos que sobrevengan fuera del territorio nacional, en los casos siguientes:

1.º Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas;

2.º Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio;

3.º Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior.

## COLOMBIA

El Código Penal de Colombia de 2000, que castiga numerosos crímenes de guerra conforme a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales en sus artículos 16 (6) (a) a (d) y en los artículos 135 a 164, dispone que:

El Código Penal de Colombia se aplicará a: .....

cualquier extranjero que hubiere cometido un delito fuera de Colombia contra un extranjero, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

(a) que estuviere presente en el territorio de Colombia;

(b) que el crimen esté castigado en Colombia con pena de prisión no menor de tres años;

(c) que el crimen no constituya un delito político; y

(d) que si la extradición ha sido solicitada, no haya sido concedida por el Gobierno de Colombia.

## CUBA

El artículo 5 (3) del Código Penal de Cuba de 1997 concede a los Tribunales cubanos la jurisdicción sobre, *inter alia*, los crímenes contra la humanidad, dignidad humana o salud colectiva o perseguibles según los tratados internacionales sin tener en cuenta la nacionalidad del acusado o el lugar donde los crímenes hubieran sido cometidos con tal de que los actos en cuestión también constituyan crímenes donde fueren cometidos.

## DINAMARCA

El Código Penal de Dinamarca de 1978, en su artículo 8, apartados 5 y 6, dispone:

Los siguientes actos cometidos fuera del territorio del Estado de Dinamarca pueden también corresponder a la jurisdicción penal de danesa, con independencia de la nacionalidad del perpetrador:

.....  
(5) cuando el acto esté comprendido en un convenio internacional según el cual Dinamarca tiene la obligación de iniciar un procedimiento judicial;

(6) cuando hubiere sido rechazado el traslado del acusado para proceder legalmente en otro país, y el acto, siempre que haya sido cometido dentro del territorio reconocido por el derecho internacional como perteneciente a un estado extranjero, sea punible de acuerdo con el derecho de ese estado, y con tal de que este acto esté castigado según el derecho danés con una pena más grave que la de un año de prisión.

## ESPAÑA

### ARTÍCULO 23 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

1.....

2.....

3.....

4. 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.

## ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

La Sección 109, apartado (d) de la Ley de 1987, relativa a la aplicación del Convenio sobre el genocidio, establece las siguientes condiciones como circunstancias necesarias para estos presuntos delitos:

- (1) que el delito se haya cometido en los Estados Unidos; o



(2) que el presunto autor sea nacional de los Estados Unidos (tal como está definido en la Sección 101 de la Ley sobre Inmigración y Nacionalidad).

La Sección 2340, apartado (b) de la Ley de 1994 relativa a la aplicación del Convenio contra la tortura, que establece el castigo de los actos de tortura cometidos fuera de los Estados Unidos, dispone que:

Existe jurisdicción sobre (los actos de tortura) si:

(1) el presunto autor es nacional de los Estados Unidos; o

(2) el presunto autor se encuentre presente en los Estados Unidos, con independencia de la nacionalidad de la víctima o la del presunto autor.

La Sección 2441, apartados (a) y (b) de la Ley sobre crímenes de guerra de 1996, modificada en 1997 (4), determina que:

(a) Delito. El que, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos, cometa un crimen de guerra, en cualquiera de las circunstancias descritas en la subsección (b), será multado según este título o castigado a prisión perpetua o por un número determinado de años, o a ambas penas, y si se produjere la muerte de la víctima, podría también ser castigado con la pena de muerte.

(b) Circunstancias. Las circunstancias referidas en la subsección (a) consisten en que la persona que hubiere cometido el crimen de guerra o la víctima de tal crimen de guerra sea un miembro de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos o un nacional de los Estados Unidos (definido en la sección 101 de la Ley sobre Inmigración y Nacionalidad).

## FINLANDIA

El Código penal revisado de Finlandia de 1995, que castiga los crímenes de guerra, los crímenes de guerra agravados y los crímenes de guerra menores, establece en la sección 7 del capítulo 11 que:

El derecho de Finlandia será aplicable a cualquier delito cometido fuera de Finlandia cuando la punibilidad del acto, sea cual sea el derecho del lugar de comisión, está basada en un acuerdo internacional vinculante para Finlandia o en otro estatuto o regulación internacional vinculante para Finlandia (delito internacional).

---

(4) La modificación de esta Ley tuvo por objeto abarcar las infracciones graves de cualquier protocolo en el que fueran parte los Estados Unidos, los actos o conductas prohibidos por los artículos 23, 25, 27 y 28 del Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya de 1907, las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y la muerte o graves lesiones causadas a civiles por actos o conductas contrarias al Protocolo II de 1980, enmendado en 1996 (Nota del autor).

## FRANCIA

El artículo 70 del Código de Justicia Militar francés de 19 de noviembre de 1982 dispone:

Son de la competencia de la jurisdicción de las fuerzas armadas los delitos y faltas cometidos desde el comienzo de las hostilidades por los nacionales de un país enemigo o por los agentes al servicio de la administración o los intereses enemigos en territorio de la República, en territorio sometido a la autoridad de Francia o en toda la zona de operaciones de guerra:

— Ya se hayan cometido contra un nacional o protegido francés, un militar que sirva o haya servido bajo la bandera francesa o un apátrida o refugiado que resida en uno de los territorios antes citados.

— Ya sea en perjuicio de los bienes de todas las personas físicas antes citadas, o de toda persona jurídica francesa, cuando tales infracciones, incluso realizadas con ocasión o pretexto de la guerra, no sean justificables por las leyes y costumbres de la guerra.

El artículo 2 de la Ley francesa de cooperación con el Tribunal Penal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que los autores o cómplices de los delitos mencionados en el artículo 1 (graves violaciones del derecho internacional humanitario) pueden ser perseguidos y juzgados por los Tribunales franceses, en aplicación del derecho francés, si son hallados en Francia. Estos preceptos se aplican a los delitos intentados cuando tal tentativa sea punible...El tribunal internacional informará de cualquier procedimiento en curso relativo a los hechos que puedan ser de su competencia.

Se incluye un precepto similar (artículo 2) en la Ley francesa de cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1996, para los actos de genocidio y graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda.

## GUATEMALA

El artículo 5 (5) del Código penal de Guatemala de 1973 establece que la ley penal guatemalteca se aplicará a cualquier delito que, en virtud de un tratado o convenio, sea punible en Guatemala aún cuando el delito no hay sido cometido en territorio guatemalteco. El artículo 378 del mismo código incorpora diversos crímenes de guerra.

## INDIA

La Ley india sobre los Convenios de Ginebra de 1960 dispone en su Sección 4 que cuando un delito comprendido en este capítulo (infracciones graves de los Convenios de Ginebra) sea cometido por cualquier persona fuera de la India, ésta puede ser castigada en relación con tal delito como si hubiere sido cometido en cualquier lugar dentro de la India en que pueda ser hallado.

## IRLANDA

Las Secciones 3 y 4 de la Ley sobre los Convenios de Ginebra, determina el castigo de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y su Protocolo I Adicional, cometidas por cualquier persona sea cual sea su nacionalidad y tanto si es dentro o fuera del Estado.

## ISRAEL

La Ley Penal de Israel enmendada de 1977, dispone en su Sección 16 denominada «Delitos contra el Derecho de Gentes» que:

a) Las leyes penales de Israel se aplicarán en relación con los delitos cometidos en el exterior de los que tenga noticias el Estado de Israel, en tratados internacionales multilaterales abiertos a la adhesión, que los castiguen; lo mismo se aplicará aún en el caso de que la persona que cometa el delito no fuere ciudadano de Israel o residente, y con independencia del lugar de comisión del delito.

## MEXICO

El Código penal mexicano de 1931, enmendado posteriormente, establece en su artículo 4 que los delitos cometidos en territorio extranjero y contra extranjeros o mejicanos por un nacional mexicano, o por un extranjero contra nacionales mexicanos, deben ser perseguidos en Mexico con tal de que se satisfagan las condiciones siguientes:

- I. el acusado se encuentre en territorio de la República;
- II. el caso no haya sido juzgado definitivamente en el país donde el delito haya tenido lugar; y

III. el delito del que es acusado es delito en el país donde ha tenido lugar y en la República (de México).

## NICARAGUA

El artículo 16 del Proyecto de Código penal de Nicaragua determina que la ley penal de Nicaragua es aplicable a los nacionales nicaragüenses y extranjeros que hubieren cometido dentro del territorio nacional los siguientes crímenes:

.....

otros crímenes que, según los tratados y convenios internacionales, deban ser perseguidos en Nicaragua de acuerdo con las previsiones constitucionales.

## NUEVA ZELANDA

La Ley sobre crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional de Nueva Zelanda de 2000, establece que:

- (1) Puede ser incoado un procedimiento por un delito:
  - (c) contra la sección 9 (genocidio), sección 10 (crímenes contra la humanidad) o sección 11 (crímenes de guerra) sin tener en cuenta:
    - (i) la nacionalidad o ciudadanía de la persona acusada; o
    - (ii) si el hecho forma parte o no de un delito ocurrido en Nueva Zelanda; o
    - (iii) si la persona acusada está o no en Nueva Zelanda en el momento en que se cometía el acto constitutivo de delito o en el momento en que se adopta la decisión de formular cargos a la persona por un delito.

## PAISES BAJOS

La Sección 2 del párrafo 1 (Disposiciones Generales) de la Ley sobre crímenes internacionales de 19 de junio de 2003, dispone que

1. Sin perjuicio de las pertinentes previsiones del Código penal y del Código de derecho militar, el Derecho penal holandés se aplicará:

- (a) a cualquiera que cometa alguno de los crímenes definidos en la presente ley<sup>5</sup> fuera de los Países Bajos, si el sospechoso está presente en los países Bajos;
- (b) a cualquiera que cometa alguno de los crímenes definidos en la presente ley fuera de los Países Bajos, si el crimen se ha cometido contra un nacional holandés;

---

(5) Genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura (Nota del autor).

(c) a un nacional holandés que cometa uno de los crímenes definidos en la presente ley fuera de los Países Bajos.

2. La expresión «alguno de los crímenes definidos en la presente ley» referida en la subsección 1 se equiparará con los crímenes definidos en los artículos 131-134, 140, 189, 416-417 bis y 420 bis-420 quater del Código penal, si el delito o crimen referido en tales artículos constituye un crimen definido en esta ley.

3. El enjuiciamiento basado en la subsección 1 (c) puede también tener lugar si el sospechoso llega a ser nacional holandés solo después de cometer el crimen.

En la sección 16 del parágrafo 4 (Extensión de la responsabilidad criminal) de esta misma Ley sobre crímenes internacionales, se establece que:

La persecución penal por cualquiera de los crímenes contenidos en la presente Ley se excluye con respecto a:

(a) Jefes de Estado extranjeros, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, en tanto en cuanto se encuentren desempeñando su cargo, y otras personas cuya inmunidad se encuentre reconocida según el derecho internacional consuetudinario;

(b) Personas que gocen de inmunidad según algún Convenio aplicable en el Reino de los Países Bajos.

## PARAGUAY

El artículo 8 (hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos con protección universal) del Código penal de Paraguay de 1997 dispone que el derecho penal paraguayo será también aplicable a los siguientes hechos cometidos en país extranjero:

1 a 5.....

6. Genocidio previsto en el artículo 319,

7. Hechos punibles que la República, en virtud de un tratado internacional vigente, está obligada a perseguir aun cuando hayan sido realizados en el extranjero.

## POLONIA

El artículo 113 (capítulo XVIII) del Código penal de Polonia de 1997 establece que:

No obstante las normas en vigor sobre el lugar de comisión del delito, el derecho penal polaco será aplicable a los ciudadanos polacos o extranjeros, con respecto a quienes haya sido adoptada una decisión de no extradición, en el caso de la comisión en el extranjero de un delito por el que la República de Polonia estuviere obligada a perseguirlo según los acuerdos internacionales.

## PORTUGAL

El artículo 5 (hechos cometidos fuera del territorio portugués) del Código Penal de Portugal (aprobado por Decreto-Ley n.º 400/82, de 23 de septiembre de 1982) dispone:

1. La ley penal portuguesa es también aplicable, salvo tratado o convenio en contrario:

(a).....

(b).....

(c) a hechos realizados fuera del territorio nacional por portugueses o extranjeros contra portugueses, siempre que:

(I) los agentes sean encontrados en Portugal;

(II) sean también punibles por la legislación del lugar en que fueran practicados, salvo cuando en ese lugar no se ejerza poder punitivo;

(III) constituyan un crimen que admita extradición y ésta no pueda ser concedida;

2. La ley penal portuguesa es también aplicable a cualesquiera hechos cometidos fuera del territorio nacional que el estado portugués esté obligado a juzgar por tratado o convenio internacional.

## REINO UNIDO

La Ley inglesa sobre los Convenios de Ginebra, de 1957, en su Sección 1, apartados (1) y (2) dispone:

Toda persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que, dentro o fuera del Reino Unido, cometa, ayude, facilite o proporcione la comisión por otra persona de una infracción grave de los Convenios (de Ginebra de 1949) o del Protocolo primero será culpable de un delito y condenado o acusado (será castigado con una pena). En el caso de que un delito previsto en esta sección sea cometido fuera del Reino Unido, el autor será procesado, acusado, juzgado y penado por tanto en cualquier lugar del Reino

Unido como si el delito hubiere sido cometido en ese lugar, y el delito, para todos los propósitos incidentales o consecuencias del juicio o pena, será considerado como si hubiera sido cometido en tal lugar.

La Sección 5.º de la Parte 5 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional de 2001, dispone que esta norma incluye como delitos según el derecho interno los actos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.

La Sección 51 de la Parte 5 de la citada Ley establece que:

(1) Existe un delito contra el derecho de Inglaterra y Gales por parte de la persona que cometa genocidio, un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra.

(2) Esta Sección se aplica a los hechos cometidos:

(a) en Inglaterra o Gales, o

(b) fuera del Reino Unido por un nacional del Reino Unido, un residente en el Reino Unido o una persona sometida a la jurisdicción del Reino Unido.

## RUSIA

El artículo 12 (1) a (3) del Código penal ruso de 1996 (acción del derecho penal respecto de las personas que han cometido un crimen fuera de las fronteras de la Federación rusa) determina que:

1. Los nacionales de la Federación rusa y las personas que tengan su residencia permanente en la Federación rusa que hayan cometido un crimen fuera de las fronteras de la Federación rusa incurrirán en responsabilidad criminal según el presente código si el hecho que ha sido cometido es contemplado como un crimen donde haya sido cometido y si esas personas no han sido condenadas en el estado extranjero. Cuando se condene a tales personas la pena no podrá exceder del límite máximo de la sanción establecida en el derecho del estado extranjero donde el crimen ha sido cometido.

2. Los miembros de las unidades armadas de la Federación rusa ubicados fuera de las fronteras de la Federación rusa en relación con crímenes cometidos dentro del territorio de un estado extranjero incurrirán en responsabilidad criminal según el presente código si no se dispone otra cosa por un tratado internacional del que la Federación rusa sea parte.

3. Los extranjeros y las personas que no tengan su residencia permanente en la Federación rusa que hayan cometido un crimen fuera de las

fronteras de la Federación rusa incurrirán en responsabilidad criminal según el presente código en los supuestos de un crimen que afecte directamente a los intereses de la Federación rusa y en los casos previstos en un tratado internacional del que la Federación rusa sea parte si la persona no ha sido condenada en el estado extranjero y si el procedimiento criminal contra ella ha sido iniciado en el territorio de la Federación rusa.

## SUECIA

El párrafo 2 (Capítulo 2) del Código penal de Suecia de 1962 determina:

Los crímenes cometidos fuera del Reino pueden ser juzgados de acuerdo con el derecho sueco y por los tribunales suecos cuando el crimen ha sido cometido:

1. por un ciudadano sueco o por un extranjero domiciliado en Suecia,
2. por un extranjero no domiciliado en Suecia que, después de haber cometido el crimen, se ha convertido en ciudadano sueco o ha adquirido domicilio en el Reino o que sea nacional de Dinamarca, Finlandia, Islandia o Noruega y esté presente en el Reino, o
3. por cualquier otro extranjero, que está presente en el Reino, y el crimen según el derecho sueco pueda suponer prisión por más de seis meses.

Asimismo el Código penal, en su párrafo 3 (6) establece:

Aún en otros casos distintos de los previstos en la Sección 2, los crímenes cometidos fuera del Reino pueden ser juzgados según el derecho sueco y por los Tribunales suecos, si el crimen es (entre otros) un crimen contra el derecho internacional, tráfico ilegal con armas químicas, minas o fraude o declaración imprudente ante un tribunal internacional.

Además, el párrafo 6 (Capítulo 22) del Código penal dispone que:

Una persona culpable de infracción grave de un tratado o acuerdo con una potencia extranjera o de una infracción de los principios generalmente reconocidos o en relación con el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados podrá ser sentenciado por un crimen contra el derecho internacional a la pena de prisión.

## SUIZA

El Código Penal Militar de Suiza dispone en su artículo 2, apartados 1 a 9, lo siguiente:



Están sometidos al derecho penal militar:

1.º a 8.º ...

9.º Los civiles que, en ocasión de un conflicto armado, se encuentren culpables de infracciones contra el derecho de gentes (artículos 108 a 114 del mismo Código)

Asimismo establece el artículo 9 del citado Código Penal Militar que:

El presente código es aplicable a las infracciones cometidas en Suiza y a las cometidas en el extranjero.

El Código penal suizo de 1937 (modificado posteriormente) determina en su artículo 6 bis:

El presente código es aplicable también en relación con los actos cometidos en el extranjero respecto de los que el Estado estuviere obligado a perseguirlos de acuerdo con un tratado internacional, a condición de que el acto sea punible en el Estado donde hubiere sido cometido y que el autor del crimen se encuentre en el territorio de Suiza y no hubiera sido extraditado a otro Estado.



### 2.3. NORMAS CONSUECUDINARIAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Seguidamente reproducimos las Reglas de Derecho Internacional Consuetudinario relacionadas con la Justicia penal Internacional, seleccionadas entre las elaboradas sobre la materia en la obra *Customary International Humanitarian Law, Volume I. Rules*, por Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, Comité Internacional de la Cruz Roja, Cambridge University Press, 2005. Se trata de la versión oficial al idioma español realizada por el propio Comité Internacional de la Cruz Roja.

Las siglas CAI significan Conflictos armados internacionales y las CANI quieren decir Conflictos armados sin carácter internacional. Figuran después de cada norma para indicar su aplicabilidad a una u otra clase de éstos conflictos o a ambos.

#### APLICACIÓN

##### RESPECTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

**Norma 139.** Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control. [CAI/CANI]

**Norma 140.** La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no depende de la reciprocidad. [CAI/CANI]

**Norma 141.** Cuando sea necesario, los Estados pondrán asesores jurídicos a disposición de los jefes militares para que los aconsejen, al nivel

adecuado, sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. [CAI/CANI]

**Norma 142.** Los Estados y las partes en conflicto deberán impartir cursos de formación en derecho internacional humanitario a sus fuerzas armadas. [CAI/CANI]

**Norma 143.** Los Estados deberán promover la enseñanza del derecho internacional humanitario entre la población civil. [CAI/CANI]

#### MEDIDAS PARA HACER RESPETAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

**Norma 144.** Los Estados no alentarán las violaciones del derecho internacional humanitario por las partes en un conflicto armado. En la medida de lo posible, deberán ejercer su influencia para hacer que cesen esas violaciones. [CAI/CANI]

**Norma 145.** Cuando no están prohibidas por el derecho internacional, las represalias bélicas están sujetas a condiciones estrictas. [CAI]

**Norma 146.** Quedan prohibidas las represalias bélicas contra las personas protegidas por los Convenios de Ginebra. [CAI]

**Norma 147.** Quedan prohibidas las represalias contra los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra y la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales. [CAI]

**Norma 148.** Las partes en un conflicto armado no internacional no tienen derecho a recurrir a represalias bélicas. Quedan prohibidas otras contramedidas contra personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades. [CANI]

**Norma 149.** Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular:

(a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas;

(b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa;

(c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y

(d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio.

[CAI/CANI]

**Norma 150.** El Estado responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada. [CAI/CANI]

## RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

**Norma 151.** Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos. [CAI/CANI]

**Norma 152.** Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes. [CAI/CANI]

**Norma 153.** Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables. [CAI/CANI]

**Norma 154.** Los combatientes tienen la obligación de desobedecer una orden que es manifiestamente ilícita. [CAI/CANI]

**Norma 155.** La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta. [CAI/CANI]

## CRÍMENES DE GUERRA

**Norma 156.** Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra. [CAI/CANI]

**Norma 157.** Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. [CAI/CANI]

**Norma 158.** Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados. [CAI/CANI]

**Norma 159.** Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello. [CANI]

**Norma 160.** Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra. [CAI/CANI]

**Norma 161.** Los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados. [CAI/CANI]

## **IV. BIBLIOGRAFÍA**





## BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL\*

- AL-BAHARNA, H.M.: «Some reflections on the drafting of a Statute for an International Criminal Court», en AL-NAUIMI, N. & MEESE, R. (eds.): *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 1995, pp. 729-760.
- AMBOS, K.: «The International Criminal Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters», *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol.IX, 1998, pp. 413-414.
- AMBOS, K. & JULIÁN GUERRERO, O. (comps.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- AMBOS, K.: *Temas del Derecho Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- AMBOS, K. (coord.): *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ARBOUR, L.; ESER, A.; AMBOS, K. & SANDERS, A. (eds.): *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Freiburg im Breisgau, Germany, 2000.
- ARNOLD, R.: *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, 2001.
- AAVV: *Derecho penal internacional. Sobre la penalización de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y la Corte Penal Internacional*, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., Colombia, 2000.

---

\* Bibliografía preparada por CARMEN QUESADA ALCALÁ.

- AAVV: *Hacia una justicia internacional* (XXI Jornadas de Estudio, 9 al 11 de junio de 1999, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, 2000.
- BASSIOUNI, M. Ch. (ed.): *The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, Association Internationale de Droit Pénal, érès, 1997, p.30.
- BASSIOUNI, M. Ch.: «From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court», *Harvard Human Rights Journal*, Vol.10, Spring 1997, pp. 58-62.
- BASSIOUNI, M.Ch.: *The statute of the International Criminal Court: a documentary history*, New York, Transnational Publishers, 1998.
- BASSIOUNI, M. Ch. (ed.): *ICC Ratification and National Implementing Legislation*, Association Internationale de Droit Penal, 1999.
- BASSIOUNI, M. Ch.: «Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, Vol.32, N.º 3, 1999, pp. 455.
- BASSIOUNI, M.Ch. & BLAKESLEY, Ch.L.: «The Need for an International Criminal Court in the New International World Order», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.25, N.º 2, 1992, pp. 160 y ss.
- BASSIOUNI, M.Ch., «Un planteamiento estratégico y comprehensivo de cooperación internacional para la prevención, control y represión de la criminalidad internacional y transnacional, incluyendo la creación de un tribunal internacional», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, fascículo II, mayo-agosto 1992, pp. 665-680.
- BAZELAIRE, J.-P. & CRETIN, Th.: *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir. De Nuremberg à la Haye*, Presses Universitaires de France, París, 2000.
- BOLLO AROCENA, M.D.: «El ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal Penal Internacional permanente conforme a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma de julio de 1998», *Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, Vol.I, Universidad del País Vasco, 1999, pp.329-367.
- BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court: A checklist for implementation», *Nouvelles études pénales*, N.º 13, 1999.
- BUENO ARÚS, F.: «El Tribunal Penal Internacional», *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*. Seminario Conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999, pp. 365-382.

- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CARDONA LLORENS, J.; GONZÁLEZ-CUSSAC, J.L./GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.): *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- CARJEU, P.M.: «Projet de statut pour une juridiction criminelle internationale», *R.G.D.I.P.*, n.º 1, 1956, pp. 401 y ss.
- CARRILLO SALCEDO, J.-A.: «La Cour pénale internationale: l'humanité trouve une place dans le droit international», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 103, 1999, pp. 23 y ss.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. (Coord.): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, C.G.P.J, Madrid, 2000.
- CASSESE, A.: «The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections», *European Journal of International Law*, Vol.10, N.º 1, 1999, pp. 146-166.
- CASSESE, A. & DELMAD-MARTY, M. (eds.), *Jurisdictions nationales et crimes internationaux; Crimes internationaux et juridictions internationales*, Valeurs, politique et droit, PUF, Paris, 2002.
- CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.W.D.J.; ESER, A.; GAJA, F.; KIRSCH, Ph.; PELLET, A. & SWART, B. (eds.): *The Statute of Rome of the ICC: Commentary*, Oxford University Press, USA, 2002, Vol.I y Vol.II.
- CEDIH: «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 78, julio-diciembre 2001, pp.108-128.
- *CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, «Special Issue on the International Criminal Court», Vol.32, n13, 1999.
- *CRIMINAL LAW FORUM*, «Special Issue on the International Criminal Court», Vol.10, n11, Kluwer, La Haya, 1999.
- CUERDA RIEZU, A. y RUIZ COLOMÉ, M.A.: «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *La Ley*, n.º 14724, febrero 1999, pp.1-5.
- DAVID, E.: «La Cour pénale internationale: une Cour en liberté surveillée?», *International Law Forum du Droit International*, Vol.1, N.º 1, 1999, pp. 22 y ss.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1836-37, 15 de enero de 1999, pp.13 y ss.
- DOMÍNGUEZ MATÉS, R.: «...Al fin, un Tribunal Penal Internacional justo, imparcial y eficaz?», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *La*

- desprotección internacional de los derechos humanos. (A la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, Universidad de Huelva, 1999, pp.89-121.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional, n.º 75, enero-junio 2000, pp. 178 y ss.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos», nota para la *R.E.D.I.*, Vol.LIV, n.º 2 (2002), pp.999-1003.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI*, Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002, pp. 243-264.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una justicia internacional* (XXI Jornadas de Estudio, 9 al 11 de junio de 1999, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, Ministerio de Justicia, BSCH, Civitas, 2000, pp. 504-524.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La Corte Penal Internacional», en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, 13 ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 413-421.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional», en GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.): *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 227-236.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», en QUEL LÓPEZ, J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, N.º 4, Madrid, 2000, pp. 31-44.
  - ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 21, julio 2003, pp.5-35.
  - *EUROPEAN JOURNAL OF CRIME, CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE*, «Special Issue on the International Criminal Court», Vol.6, n14, 1998.

- FERENCZ, B.: *An International Criminal Court: a step toward world peace. A Documentary History and Analysis*. Vol.I, Oceana, New York, 1980.
- FERNÁNDEZ, GURMENDI, S.A.: «Elementos para el establecimiento de una corte penal internacional eficaz e independiente», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n1 23, enero-junio 1996, pp. 43-55.
- FIERRO SEDANO, E.: «La conferencia de Roma para la creación de una Corte penal Internacional: El proceso negociador y sus dificultades jurídicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n153, 1999, pp. 231-246.
- GABORIAU, S. & PAULIAT, H. (eds.): *La justice pénale internationale*, PULIM, Limoges, 2002.
- GUARIGLIA, F.: «Creación de la Corte Penal Internacional: Algunos aspectos del Estatuto de Roma», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Vol.I-II, 1998, pp.41-54.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Los condicionamientos políticos y limitadas competencias del Tribunal Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional, n.º 75, enero-junio 2000, pp.123 y ss.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «La Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad», *A.D.I.*, 2002, pp.41 y ss.
- HAFNER, G.; BOON, K.; RÜBESAME, A. & HUSTON, J.: «A reponse to the American View as Presented by Ruth Wedgwood», *European Journal of International Law*, N.º 10, 1999, pp. 101-115.
- HUESA VINAIXA, R.: «Hacia una protección penal internacional de los derechos humanos», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. I, Universidad del País Vasco, 1999, pp.307-328.
- INGADOTTIR, Th. (ed.): *The International Criminal Court: Recommendations on Policy and Practice. Financing, Victims, Judges, and Immunities*, Transnational Publishers, NY, 2003.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «Hacia una jurisdicción internacional obligatoria en el siglo XXI. El Estatuto del TPI adoptado en Roma el 17 de julio de 1998», *Studia Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 3, Instituto Ramón Carande, 1999, pp. 103-131.
- KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.
- LATTANZI, F & SCISO, E.: *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Atti del Convegno Roma, 15-16 Diciembre 1995, Napoli, 1996.

- LATTANZI, F.: *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.
- LATTANZI, F. & SCHABAS, W. (eds.): *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol.I, Ed. Il Sirente, 1999.
- LEE, R.: *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute-Issues, Negotiations, Results-*, Kluwer Law International, Netherlands, 1999.
- CHIAVARIO, M. (dir.) *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- LIROLA DELGADO, I y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.
- MacPHERSON, B.F.: *An International Criminal Court-Appling World Law to Individuals*, 1992.
- OLÁSOLO ALONSO, H.: *Corte Penal Internacional: ¿Dónde investigar?. Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- OLÁSOLO, H.: *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005.
- PELLET, A. & SWART, B. (eds.): *The Statute of Rome of the ICC: Commentary*, Oxford University Press, USA, 2002.
- PÉREZ OTERMIN, J.: *Introducción a la Corte Penal Internacional: Estatuto de Roma*, AMF, Montevideo, 2002.
- PIGNATELLI Y MECA, F.: «La Corte Penal Internacional», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.): *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002., pp. 539-560.
- PIGNATELLI Y MECA, F.: *El Estatuto de la Corte Penal Internacional: antecedentes y textos complementarios*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003.
- PIGRAU SOLÉ, A.: «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1997*, pp.127-176.
- PIGRAU SOLÉ, A.: «La Corte Penal Internacional posible», *Agenda ONU-Anuario de la Asociación para las Naciones Unidas en España*, n11, 1998, Barcelona, 1999, pp.9-38.
- POLITI, M.& NESI, G. (eds.): *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Ashgate Publishing Company, 2004.
- PUEYO LOSA, J.: «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en *La cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 5, Escuela Diplomática, Asociación Española de Pro-

- fesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid, 2001.
- QUÉL LÓPEZ, J. (Ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, Madrid, 2000.
  - QUESADA ALCALÁ, C.: «La Corte Penal Internacional: una jurisdicción singular», en BOU FRANCH, V. (coord.): *Nuevas Controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant Monografías, Valencia, 2005, pp. 137-203.
  - QUESADA ALCALÁ, C.: *La Corte Penal Internacional y la Soberanía estatal*, Tirant Monografías, Valencia, 2005.
  - REMIRO BROTONS, A.: «Una Corte Penal Internacional?», en *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva/Política Exterior, Madrid, 1999, pp.237-249.
  - RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional», en GÓMEZ-GUILLAMÓN, R. (coord.): *Derecho Penal Internacional. Jornadas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (junio de 1999)*, Madrid, 1999, pp. 215-254.
  - RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *Fuerzas Armadas y Derechos Humanos. ¿Es posible alcanzar el equilibrio?*, Miño y Dávila Editores, Sevilla 2000, pp. 23 y ss.
  - RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en QUÉL LÓPEZ, F.J. (coord.): «Creación de una jurisdicción penal internacional», *Colección Escuela Diplomática*, n.º 4, pp. 133-162.
  - RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional», en GÓMEZ-GUILLAMÓN, R. (coord.): *Derecho Penal Internacional. Jornadas celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (junio de 1999)*, Madrid, 1999, pp.215-254.
  - RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Los Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75, enero-junio 2000, pp. 381-440.
  - RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Un estudio sobre la parte general del Derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de Derecho Penal», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, 2001, pp. 127-154.

- *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR*, n.º extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional, n.º 75, enero-junio 2000.
- SAROOSHI, D.: «The Statute of the International Criminal Court», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.48, Part.2, April 1999, pp. 397 y ss.
- SADAT, L.N.: *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium (Innovation in International Law)*, Transnational Publishers, mayo, 2002.
- SCHEFFER, D.: «International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction», *Proceedings 1999 Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1999.
- SEWALL, S.; KYSEN, C. & SCHARF, M.P.: *The United States and the International Criminal Court*, Rowman & Littlefield, USA, 2000.
- SHELTON, D. (ed.): *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the ICC*, Transnational Publishers, New York, 2000.
- STONE, J. & WOETZEL, R.K. (eds.), *Toward a Feasible International Criminal Court*, World Peace Through Law Center, Geneva, 1970
- TRIFFTERER, O. (ed.): *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- *U.D. DAVIS JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLICY*, VOL.5, N.º 12, SPRING 1999.
- VON HEBEL, H.A.M. & LAMMERS, J.G.: SCHUKKING, J. (eds.): *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, T.M.C. Asser Press, The Hague, Netherlands, 1999.
- ZIMMERMAN, A.: «The Creation of a Permanent International Criminal Court», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.2, 1998, pp. 211-219.
- YÁÑEZ-BARNUEVO, J.A.: «Situación actual del desarrollo del Estatuto del Tribunal Penal Internacional» en AA.VV.: *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares*, II Jornadas de asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa (1999), Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pp.483-493.
- YÁÑEZ-BARNUEVO, J.A.: «De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional», en A.A.VV.: *50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fundación El Monte, Sevilla, 1999, pp.45-64.
- YÁÑEZ-BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2000, pp.37-52.





MINISTERIO  
DE DEFENSA



SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES