

LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: DE VERSALLES A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Miguel Ángel Encinar del Pozo
Magistrado

Resumen

El presente artículo analiza la evolución de los tribunales penales internacionales, desde el Tratado de Versalles hasta la creación de la Corte Penal Internacional. Además, se centra en algunas de las cuestiones polémicas que se plantean sobre la competencia de la citada Corte y sus relaciones con las jurisdicciones nacionales.

Palabras clave: jurisdicción, tribunales penales internacionales, Corte Penal Internacional.

Abstract

This article analyzes the evolution of international criminal tribunals from the Treaty of Versailles to the creation of the International Criminal Court (ICC). In addition, it focuses on some of the controversial questions raised about the jurisdiction of the ICC and its relationship with national jurisdictions.

Keywords: jurisdiction, international criminal tribunals, International Criminal Court.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La evolución histórica de los Tribunales Penales Internacionales. 2.1. Los antecedentes: el final de la Primera Guerra Mundial. 2.1.1. El Tratado de Versalles. 2.1.2. El Tratado de Sèvres. 2.2. Los orígenes: los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial. 2.2.1. Los «juicios de Núremberg». 2.2.2. Los «juicios de Tokio». 2.3. Hacia una jurisdicción universal: los tribunales penales internacionales de la ONU. 2.3.1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). 2.3.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). 2.4. La creación de la Corte Penal Internacional. 2.5. De los tribunales penales internacionales a los tribunales penales «internacionalizados». 3. La Corte Penal Internacional. 3.1. Introducción. 3.2. El carácter permanente. 3.3. La jurisdicción y competencia de la Corte. 3.3.1. Límites por razón de la materia. 3.3.2. Límites por razón del tiempo. 3.3.3. Límites por razón del territorio y de las personas. 3.4. La relación con las jurisdicciones nacionales. 3.4.1. Modelos de relación. 3.4.2. Los criterios de determinación. 4. La situación actual de la Corte. 4.1. Actividad general. 4.2. La oposición de EE. UU.

1. INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la ONU en el año 1948, inmediatamente después de los horrores padecidos en la Segunda Guerra Mundial, supuso la plasmación de un ideal compartido: que todos los ciudadanos del mundo fueran iguales en derechos con independencia de su raza, religión, nacionalidad o cultura. A ella le siguieron otras proclamaciones de derechos de ámbito transnacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o más recientemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con independencia del valor jurídico de estas declaraciones y las instancias creadas para su aplicación, no habrá una eficaz protección de los derechos y libertades a nivel mundial si no existe un órgano que persiga y juzgue su vulneración mediante la comisión de delitos. A tal aspiración responde la creación de la Corte Penal Internacional, tras un largo proceso de 80 años iniciado al final de la Primera Guerra Mundial.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

La instauración de tribunales de ámbito supranacional que pudieran juzgar los delitos que repugnan a la comunidad internacional en su conjunto ha debido superar las mismas dificultades a las que se ha enfrentado el propio derecho penal internacional: en primer lugar, la reticencia de los Estados que consideraban tales tribunales como una injerencia contraria a su soberanía; y, en segundo lugar, la concepción del derecho internacional público, según la cual solo los Estados son los sujetos de ese derecho. Conforme a estas consideraciones, la responsabilidad penal individual es un elemento extraño que tenía difícil encaje en tal ámbito.

2.1. LOS ANTECEDENTES: EL FINAL DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

En el imaginario colectivo, el origen de los tribunales penales internacionales se sitúa en los llamados «juicios de Núremberg», pero lo cierto es que el germen de un enjuiciamiento de tal tipo se halla en los tratados firmados al final de la Primera Guerra Mundial: los tratados de Versalles y de Sèvres.

2.1.1. El Tratado de Versalles

El Tratado de Versalles fue firmado el 28 de junio de 1919 entre los países aliados y Alemania y entró en vigor el 10 de enero de 1920.

En el citado Tratado se estableció la posibilidad de que el *Kaiser* Guillermo II fuera enjuiciado por un tribunal especial. Así, su art. 227 señalaba lo siguiente:

- 1) Las potencias aliadas y asociadas acusan a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados.
- 2) Un tribunal especial se constituirá para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. El tribunal se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las siguientes potencias: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.

- 3) Las potencias aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos una solicitud rogándole la entrega del ex emperador, a efectos de que sea juzgado.

Además, el Tratado de Versalles recogía la posibilidad de que otras personas pudieran ser enjuiciadas por hechos cometidos en la Primera Guerra Mundial. En este caso, se trataba de un enjuiciamiento ante los tribunales militares de las potencias aliadas y asociadas. Las normas recogidas eran las siguientes:

- 1) El Gobierno alemán reconoce la libertad a las potencias aliadas y asociadas de poner a disposición de sus tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra (art. 228, párrafo primero). De tal modo que (art. 229):
 - 1.1) Los autores de hechos cometidos contra los súbditos de alguna de las potencias aliadas y asociadas serán puestos a disposición de los tribunales militares de esa potencia.
 - 1.2) Los autores de hechos cometidos contra los súbditos de varias de las potencias aliadas y asociadas serán puestos a disposición de tribunales militares, que se compondrán de miembros de los tribunales que pertenezcan a las potencias interesadas.
- 2) El Gobierno alemán deberá entregar a las potencias aliadas y asociadas, o a la que entre ellas le dirija solicitud a tal efecto, a todas las personas que, habiendo sido acusadas de cometer un acto contrario a las leyes y costumbres de la guerra, les sean especificadas nominalmente o por el grado, función o el empleo que desempeñaban por orden de las autoridades alemanas (art. 228, párrafo segundo).
- 3) El Gobierno alemán se compromete a suministrar todos los documentos e informaciones de cualquier naturaleza y cuya presentación se considere necesaria para garantizar el pleno conocimiento de los hechos delictivos, el descubrimiento de los culpables y la apreciación exacta de las responsabilidades (art. 230).

La aplicación práctica de estas normas tuvo un escaso alcance. A Guillermo II no se le pudo juzgar, dado que se refugió en Holanda y no fue entregado por las autoridades de este país, pese a la petición de extradición cursada. Allí falleció en 1941.

En cuanto a otras personas responsables, el enjuiciamiento no se produjo ante los tribunales militares, como preveía el Tratado. Por las potencias aliadas se solicitó la extradición de aproximadamente 900 personas. Alemania se negó y tramitó más de 1700 procesos contra posibles responsables, pero solo se dictaron 9 sentencias por el Tribunal Supremo del

Reich, en los conocidos como «juicios de Leipzig». El resultado fue que solo 10 personas resultaron condenadas y no llegaron a cumplir totalmente las penas impuestas.

Pese a ello, cabe destacar que el Tratado de Versalles supuso la primera vez que un tratado internacional recogía la responsabilidad penal individual en el derecho internacional, a enjuiciar mediante un tribunal de ámbito supranacional. Ello supuso un importante precedente para el futuro, sobre todo para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial¹.

2.1.2. El Tratado de Sèvres

El Tratado de Sèvres fue el tratado de paz entre el Imperio otomano y los países aliados de la Primera Guerra Mundial (a excepción de Rusia y Estados Unidos). Fue firmado el 10 de agosto de 1920 y no entró en vigor al no ser ratificado.

En este Tratado se señalaba (art. 230) que el Gobierno turco se comprometía a entregar a las potencias aliadas a las personas responsables de las masacres cometidas durante el estado de guerra en el territorio del Imperio turco. Con esta norma se pretendía juzgar a los responsables del llamado «genocidio armenio» que se inició en 1915. Para tal enjuiciamiento, indicaba que las potencias aliadas se reservaban el derecho a designar un tribunal y, para el caso de que la Sociedad de las Naciones hubiera creado un tribunal competente para ocuparse de dichas masacres, las potencias aliadas se reservaban el derecho de llevar a los acusados ante dicho tribunal.

2.2. LOS ORÍGENES: LOS JUICIOS POSTERIORES A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial sacudieron las conciencias de las sociedades occidentales y algunos responsables de las mismas fueron juzgados en los juicios de Núremberg y Tokio.

Ya en la Conferencia de Moscú, celebrada en octubre de 1943, los gobiernos de los Estados Unidos, Gran Bretaña, Unión Soviética y China declararon («Declaración de Moscú») que cuando llegara a concederse un armisticio a cualquier gobierno que pudiera haberse establecido en Alemania, los funcionarios y subalternos alemanes y afiliados al partido nazi que fueran responsables

¹ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Las Rozas (Madrid): 2008, p. 116.

de las atrocidades, asesinatos en masa y ejecuciones cometidas en los países que habían invadido o a los que hubieran asentido a los mismos, serían entregados a los países en donde cometieron sus abominables actos, para ser juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de dicho países. Pero, a continuación añadía que, la declaración anterior no afectaba al caso de los criminales alemanes cuyos delitos y culpas carecieran de localización geográfica, que serían juzgados y castigados en conjunto por los gobiernos aliados².

2.2.1. Los «juicios de Núremberg»

El día 8 de agosto de 1945, Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética firmaron, en Londres, el Acuerdo sobre la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje. Este Acuerdo establecía un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran una localización geográfica particular³ (art. 1). La constitución, jurisdicción y funciones de ese Tribunal se recogían en un anexo al Acuerdo (art. 2). Ese anexo conforma el Estatuto de un Tribunal Militar Internacional⁴ para el

² Una cuestión históricamente debatida es cuándo surgió la idea de enjuiciar a los criminales de guerra nazis y si esa fue la única posibilidad planteada. La idea de un juicio posterior a la guerra se atribuye a Molotov (ministro soviético de Asuntos Exteriores), quien la propuso en 1942 y que luego fue plasmada en la Declaración de Moscú de octubre de 1943. Sobre otras alternativas al juicio, es objeto de polémica si los dirigentes de las potencias aliadas valoraron otras medidas más drásticas, como la ejecución sumaria de los dirigentes nazis. Parece ser que esta posibilidad se debatió por el Gobierno británico, poniendo sobre la mesa la elaboración de un listado de entre 50 y 100 dirigentes nazis; y también Roosevelt se inclinó por ella en algún momento, siguiendo las tesis de Morgenthau (secretario del Tesoro) frente a las de Stimson (secretario de Guerra). El propio Churchill relata en sus memorias lo sucedido en la Conferencia de Teherán celebrada entre Churchill, Roosevelt y Stalin entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 1943. Relata que en la cena del día 29 de noviembre, Stalin sugirió que si al final de la guerra se conseguía rodear a 50.000 oficiales del ejército nazi habría que aniquilarlos para acabar con el poder militar de Alemania, a lo que Churchill respondió que nunca aceptaría esa idea; si bien Roosevelt dijo que los aliados no deberían acabar con la vida de 50.000 oficiales, pero sí con la vida de 40.000. El propio hijo de Roosevelt, que estaba presente, aclaró que su padre no dijo estar dispuesto a acabar con la vida de 40.000 oficiales, sino con la vida de 49.500. Con más detalle, CHURCHILL, W. *The Second World War. Closing the ring*. 1951, pp. 373 y 374; y GELLATELY, R. *Introducción a GOLDENSOHN, L., Las entrevistas de Nuremberg*. Madrid: 2004, pp. 10 a 13.

³ El Acuerdo de Londres de 1945 estableció que la creación del Tribunal Militar Internacional no era incompatible con la posibilidad de enjuiciamiento por los tribunales nacionales (art. 4), dado lo previsto en la Declaración de Moscú.

⁴ Este Estatuto ha sido calificado como el «acta de nacimiento del derecho penal internacional», véase WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado de derecho penal inter-*

enjuiciamiento de los principales criminales de guerra del Eje (art. 1 del Estatuto) cuya sede permanente se fija en Berlín, indicando que el primer juicio se celebraría en Núremberg y cualquier juicio posterior se llevaría a cabo en los lugares que el Tribunal decidiera (art. 22 del Estatuto). El citado Tribunal se compondría de cuatro miembros, nombrados por cada una de las potencias firmantes (art. 2 del Estatuto), los cuales elegirían un presidente entre ellos [art. 4, letra a) del Estatuto]. Las decisiones se tomarían por mayoría, teniendo voto de calidad el presidente en caso de empate [art. 4, letras b) y c) del Estatuto].

El Estatuto fijaba la competencia del citado Tribunal para enjuiciar los delitos que eran definidos en el art. 6 del mismo. Se trataba de los siguientes:

- 1) Crímenes contra la paz, consistentes en la planificación, preparación, iniciación y desarrollo de una guerra de agresión o una guerra en violación de los tratados, acuerdos o garantías internacionales.
- 2) Crímenes de guerra, consistentes en librar una guerra contraviniendo las leyes o usos de la misma (que pretende proteger fundamentalmente a la población de los países enemigos).
- 3) Crímenes contra la humanidad, consistentes en los actos contra la población civil, antes o durante la guerra (que se puede cometer contra la población de los países enemigos, pero también contra la población del propio país⁵).

El Tribunal podía juzgar a personas físicas, definidas en el art. 1 del Estatuto como «los principales criminales de guerra del Eje europeo», e imponerles la pena de muerte o cualquier otro castigo que determinara como justo (art. 27 del Estatuto). También podía, en el juicio de un miembro individual de cualquier grupo u organización, declarar que ese grupo u organización era una organización delictiva (art. 9 del Estatuto).

Este Tribunal inició sus sesiones (conocidas como «los juicios de Núremberg») en octubre de 1945 y dictó sentencia en octubre y noviembre de 1946. De los 22 acusados, 12 fueron condenados a muerte⁶, 3 a cadena

nacional, 3.ª ed. Valencia:2017, p. 42; o como «la partida de nacimiento del DPI», véase OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, *op. cit.*, p. 121.

⁵ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, *op. cit.*, p. 122.

⁶ Göring, von Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Jold, Seyss-Inquart y Bormann. Fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946, excepto Bormann (que fue juzgado en ausencia) y Göring, que se suicidó en la cárcel unas horas antes de la ejecución ingiriendo una cápsula de cianuro que, al parecer, le proporcionó un soldado estadounidense; véase «I gave Göring his poison pill, says American». *The Telegraph*. 8 de febrero de 2005.

perpetua⁷, 4 a penas de prisión⁸ y 3 resultaron absueltos⁹. Además, 4 organizaciones fueron declaradas organizaciones criminales¹⁰.

Los «juicios de Núremberg» han recibido críticas desde el punto de vista político y jurídico¹¹. Políticamente, han sido tildados de justicia de «vencedores sobre vencidos», sin que se llevaran a cabo procesos para dilucidar los posibles crímenes de guerra cometidos por los aliados¹². Desde el punto de vista jurídico, se han calificado por algunos autores como un «derecho de ocupación»¹³ (más que un derecho internacional) y plantean dudas desde dos perspectivas: i) desde la del principio de legalidad y su garantía de existencia de «ley previa» al hecho; y ii) desde la del derecho al juez predeterminado por la ley antes de la comisión del hecho punible¹⁴.

Estas críticas ya se pusieron de manifiesto por la doctrina española de la época. Para QUINTANO, el defecto fundamental que se puede achacar a los juicios es el olvido del principio de legalidad, si bien «*es seguramente disculpable en virtud de las insuperables circunstancias*» en que se desarrollaron; en la medida en que hubo que optar entre la impunidad o un cierto sacrificio de la dogmática¹⁵. Por otra parte, JIMÉNEZ DE ASÚA afirma, sin ambages, que se trata de juicios desarrollados ante tribunales «*creados para juzgar y penar hechos que se declaran delitos con posterioridad a su perpetración y por un tribunal organizado después de cometidos*»¹⁶.

⁷ Hess, Funk y Raeder.

⁸ Dönitz, von Schirach, Speer y von Neurath.

⁹ Schacht, von Papen y Fritzsche.

¹⁰ La Gestapo, el SD, las SS y las Waffen-SS.

¹¹ Al respecto, PIGNATELLI Y MECA, F. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*. Madrid: 2003, p. 12.

¹² Esta cuestión es polémica, si tenemos en cuenta hechos como la utilización sistemática de la agresión sexual contra las mujeres, a medida que distintos territorios iban siendo liberados de la dominación nazi; lo sucedido en Katyn –zona de Polonia dominada por la URSS desde el principio de la guerra–; o «acciones de guerra» difícilmente explicables desde la óptica de la estrategia militar –como el bombardeo de Dresde–. Por otra parte, actos de innegable gravedad y crueldad se produjeron no solo durante la guerra sino en los años inmediatamente posteriores; al respecto, LOWE, K. *Continente salvaje. Europa después de la Segunda Guerra Mundial*. 2015.

¹³ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: 1955, p. 99.

¹⁴ Sobre estas críticas, véase la STEDH *Kononov contra Letonia*, de 17 de mayo de 2010, en la que se indica que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no fue una legislación criminal *ex post facto* y que antes de su promulgación los crímenes de guerra ya estaban definidos como actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra y el derecho internacional había definido los principios básicos y una amplia gama de actos que constituían estos crímenes.

¹⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de derecho penal. Tomo II. Filosofía y ley penal*, 4.^a ed. Buenos Aires: 1964, p. 1271. Este autor realiza un detallado estudio de

En todo caso, su importancia es incuestionable porque, desde ellos, la responsabilidad penal individual de un sujeto activo de un «crimen internacional» pasa a ser objeto del derecho internacional¹⁷.

2.2.2. Los «juicios de Tokio»

La exigencia de responsabilidad penal a los criminales de guerra japoneses se determinó por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que no fue creado por un acuerdo internacional, sino por un Decreto del general Mac Arthur de 19 de enero de 1946. Los crímenes que definía su estatuto eran los mismos que en el caso de Núremberg, si bien ambos tribunales diferían en la composición, ya que estuvieron presentes jueces de más nacionalidades (estaban representados los once Estados frente a los que Japón había declarado la capitulación).

El Tribunal juzgó a 28 dirigentes japoneses, sin incluir al Emperador¹⁸. El Tribunal inició sus sesiones en mayo de 1946 y dictó sus sentencias en noviembre de 1948, incluyendo 7 condenas a muerte, 16 condenas a prisión perpetua y 2 condenas a prisión (de los tres dirigentes restantes, 2 de ellos murieron durante el juicio y un tercero no fue finalmente acusado)¹⁹.

2.3. HACIA UNA JURISDICCIÓN UNIVERSAL: LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DE LA ONU

Acabada la Segunda Guerra Mundial, se iniciaron las labores de codificación de los crímenes de derecho internacional y se firmaron varios tratados sobre la materia, como el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y los Convenios de Ginebra de 1949.

Además, anteriormente se había dictado la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado²⁰, de 20 de diciembre de 1945, sobre el castigo de personas

las posiciones de la doctrina española y extranjera sobre el particular (*op. cit.*, pp. 1271 a 1279).

¹⁷ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

¹⁸ La razón de su exclusión se debe a las condiciones en que se produjo la capitulación de Japón y se le concedió inmunidad.

¹⁹ Con más detalle, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 1215 a 1217; y FRASCHINA, A.V. *Análisis comparativo de la competencia de los distintos tribunales penales internacionales e internacionalizados*. Palma de Mallorca: 2008, pp. 17 y 18.

²⁰ Este órgano actuaba como órgano legislativo en la Alemania de postguerra.

que sean culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad, que recogía el modelo de Núremberg para unificar los juicios por parte de los tribunales militares contra los criminales de guerra²¹. En virtud de esta norma se celebraron los procesos conocidos como «juicios sucesivos al juicio de Núremberg», que se siguieron contra médicos, jueces²², personal administrativo de los campos de concentración, titulares de industrias²³ o miembros de tropas de asalto, entre otros (es decir, frente a los no considerados como «grandes criminales» de guerra por hechos cometidos en su territorio o contra sus ciudadanos²⁴).

Sin embargo, durante décadas se abandonó la idea de instaurar tribunales penales internacionales y los procesos a través de órganos judiciales nacionales fueron excepcionales (con algunos casos muy conocidos, como el juicio a Eichmann en Israel). Por ello, hasta comienzos de la década de los noventa del siglo xx la situación era paradójica: los fundamentos jurídicos del derecho penal internacional se encontraban ampliamente afianzados, pero faltaba la disposición y capacidad de los Estados y de la comunidad internacional para dar vida a estos principios y aplicarlos mediante tribunales²⁵.

En esta situación se produjeron los conflictos de Yugoslavia y Ruanda y se produce un relanzamiento de los tribunales penales internacionales con la creación de los tribunales penales internacionales de la ONU en relación con ambos supuestos²⁶. Se trata de tribunales *ad hoc* y su creación no obedece a un tratado internacional, sino a dos resoluciones de Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Este método de creación obedeció a la necesidad de abordar con urgencia la situación de vulneración de los derechos humanos que se estaba produciendo en ambos países, a la que no se podía fácilmente responder mediante el «método clásico» de elabo-

²¹ Con más detalle, VIVES CHILLIDA, J. «La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad». *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*. 2003, pp. 329 a 383, esp. pp. 348 a 350.

²² Este proceso, celebrado en 1947, se conoce como el «juicio de los jueces» y se siguió contra 16 acusados, que habían actuado como funcionarios del Ministerio de Justicia o como jueces y fiscales en órganos judiciales del régimen nazi. La sentencia (United States of America v. Josef Altstoetter, et al. -Case 3-) condenó a varios de ellos a penas de prisión de diversa duración. En este juicio se inspira la película «¿Vencedores o vencidos?», dirigida por Stanley Kramer, en la que Spencer Tracy interpreta el papel de un juez estadounidense jubilado que acude a Núremberg para juzgar a varios jueces alemanes. Entre estos, el rol principal corresponde a Burt Lancaster.

²³ Como I.G. Farben, Krupp o Roehling.

²⁴ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...*, op. cit., p. 122.

²⁵ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, op. cit., p. 127.

²⁶ PIGNATELLI Y MECA, F. *El Estatuto de la Corte...*, op. cit., p. 13.

ración y aprobación de un tratado, abierto al posterior proceso de firma y ratificación por los Estados²⁷.

2.3.1. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Se creó por la 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.

La Resolución recoge su Estatuto, que indica que se crea como un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz (art. 1). Los delitos que puede perseguir son violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 3), violación de la leyes o usos de la guerra (art. 4), el genocidio (art. 5) y crímenes de lesa humanidad (art. 6).

Este Tribunal ha procesado a más de 160 personas y ha dictado su última sentencia de instancia el día 22 de noviembre de 2017, condenando a Ratko Mladic a la pena de cadena perpetua, por los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y por violación de las leyes o usos de la guerra. El Tribunal finalizará su actividad el día el 31 de diciembre de 2017²⁸.

2.3.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

Se creó por la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un tribunal inter-

²⁷ FRASCHINA, A. V. *Análisis comparativo...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ Una vez finalice su actividad, los procesos pendientes se conocerán por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales. Este órgano fue establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010, para concluir la labor iniciada por el TPIY y el TPIR. El Mecanismo está integrado por dos subdivisiones que corresponden a los dos tribunales. La subdivisión del TPIR, ubicada en Arusha (Tanzania), comenzó a funcionar el 1 de julio de 2012. La subdivisión del TPIY está situada en La Haya y comenzó sus actividades el 1 de julio de 2013.

nacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

La Resolución recoge su Estatuto, que indica que se crea como un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 (art. 1). Los delitos que puede perseguir son el genocidio (art. 2), los crímenes de lesa humanidad (art. 3) y las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios (art. 4).

Este Tribunal finalizó su actividad en 2015.

2.4. LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Tras la Segunda Guerra Mundial, el artículo VI del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 ya indicaba que las personas acusadas de genocidio 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».

Después de diversos trabajos infructuosos, entre los meses de junio y julio de 1998, se celebró en Roma una conferencia convocada por la ONU para la elaboración del estatuto para una Corte Penal Internacional. De manera que el 17 de julio de 1998 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 21 Estados se abstuvieron y 7 Estados se opusieron (Estados Unidos, China, Israel, Irak, Libia, Yemen y Qatar rechazaron el Estatuto). Tras las ratificaciones necesarias, el Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

España firmó el Estatuto el 18 de julio de 1998 y se procedió a su ratificación por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁹.

²⁹ En la ratificación se contiene una declaración en el sentido siguiente: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española». Esta declaración se introdujo ante la previsión de que la Corte pudiera imponer la pena de reclusión a perpetuidad (art. 77.1, letra b, del Estatuto), ya que al momento de ratificar el Estatuto esa pena no existía en nuestro ordenamiento.

El Instrumento de ratificación es de fecha 19 de octubre de 2000. Posteriormente, se promulgó la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

2.5. DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES A LOS TRIBUNALES PENALES «INTERNACIONALIZADOS»

Se trata, en este caso, de una especie de «tribunales híbridos» en el sentido siguiente: son tribunales penales nacionales del país donde se cometieron los crímenes pero que cuentan con elementos de «internacionalización» en su composición mixta (en cuanto a jueces o fiscales) o en el derecho aplicable. Al igual que el TPIY y el TPIR son tribunales *ad hoc* para tratar una situación específica y por un periodo determinado³⁰.

Como ejemplos de tribunales de este tipo en el que hay componentes que no son nacionales, cabe citar:

- 1) El Tribunal Especial para Sierra Leona. Se estableció en el año 2002 tras el fin de la guerra civil en este país, mediante un acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona. En este caso, un número de jueces es nombrado por el secretario general de Naciones Unidas y otros por el Gobierno de Sierra Leona. Concluyó su actividad en 2013 y los procesos pendientes los ha asumido el Tribunal Residual Especial para Sierra Leona.
- 2) El Tribunal Especial para el Líbano. Creado en el año 2007, a solicitud del Gobierno del Líbano, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tiene su sede en Holanda. La Sala de Primera Instancia del Tribunal consta de dos jueces internacionales y un juez libanés; y la Sala de Apelaciones se compone de tres jueces internacionales y dos libaneses.
- 3) Las Salas Especiales de Camboya. Creadas para la investigación de los crímenes cometidos bajo el régimen de Pol Pot. En este caso, las salas de primera instancia constan de tres jueces camboyanos y dos jueces internacionales, y los procedimientos de apelación se deciden por cuatro jueces camboyanos y tres jueces internacionales. Ahora bien, por lo menos un juez «internacional» en cada sala debe votar a favor en cada decisión adoptada.

Hay también experiencias de este tipo en Timor Oriental, Senegal o Kosovo.

³⁰ Para un análisis comparativo entre todos estos tribunales y la Corte, GEISS, R. y BULINCKX, N. «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 861. Marzo de 2006.

3. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1. INTRODUCCIÓN

Como ya se ha dicho, la Corte fue creada por el Estatuto de Roma, hecho el 17 de julio de 1998. Su creación ha supuesto un hito en la implementación de una jurisdicción internacional que no permita la impunidad de los autores de los crímenes execrables que el propio Estatuto contempla y define (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión).

La Corte es una organización internacional³¹ permanente e independiente, cuya finalidad es la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. De tal manera que opera como una jurisdicción global que actúa allí donde los Estados implicados no pueden o no estén dispuestos a actuar respecto de hechos que conciernen y repugnan a la comunidad internacional en su conjunto.

Su creación era necesaria tras las experiencias de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, que consistieron en tribunales para conflictos específicos. Pero no podemos olvidar las múltiples cuestiones de carácter sustantivo y procesal que su régimen jurídico implica y que ponen en juego la propia legitimación de la Corte.

La plasmación de los delitos en el Estatuto, con la facultad reconocida en el mismo de que sus elementos sean definidos por la Asamblea de los Estados parte, a fin de ayudar a la Corte a interpretarlos y aplicarlos, plantea cuestiones relacionadas con el principio de legalidad y tipicidad, especialmente dada la diversidad de sistemas jurídicos estatales.

El carácter complementario de la Corte exige un uso cuidadoso y exquisito de su mecanismo de activación³². Si bien este mecanismo se ejerce por el fiscal de la Corte, este puede actuar de oficio o a instancia de un Estado parte o del Consejo de Seguridad, por lo que se debe evitar la impresión de que nos hallamos ante una justicia de «vencedores contra vencidos» o de «países ricos frente a países pobres».

Por otra parte, la diversidad de sistemas sustantivos y procesales de los Estados parte exigirá una adecuada coordinación con la Corte en materias tales como la definición de tipos penales, aplicación del principio de *non*

³¹ PIGNATELLI Y MECA, F. *El Estatuto de la Corte...*, *op. cit.*, p. 15.

³² Véase, AMBOS, K. «Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y *Realpolitik*». *Política criminal*, n.º 4. 2007, pp. 1 a 16, esp. pp. 3 a 5.

bis in idem o ejecución de penas (especialmente, en este último caso, si alguna de las penas que recoge el Estatuto no está prevista en la legislación nacional); o, en otro orden de cosas, en ámbitos como la investigación de hechos en el propio territorio, la cooperación y auxilio judicial o la detención y entrega de personas a la Corte.

En cuanto al sistema de cooperación diseñado, se mueve entre un sistema de «cooperación vertical», en el que la misma no depende de la decisión soberana de los países involucrados, sino que están obligados a cooperar (como es el caso de los tribunales *ad hoc* establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU, con los que existe una obligación de cooperar, que resulta directamente del efecto vinculatorio de las resoluciones del Consejo de Seguridad) y un sistema de «cooperación horizontal», en el que la misma se produce entre «Estados soberanos iguales» y depende de la decisión voluntaria del Estado en cuestión. Como decíamos, el Estatuto contiene un «régimen mixto de cooperación», que es menos vertical que el de los tribunales *ad hoc* pero que va más allá de una cooperación simplemente horizontal: está basado en un tratado internacional y no puede ser impuesto por el Consejo de Seguridad, de manera que se debe hacer una distinción entre la obligación general de cooperar de los Estados parte y la obligación limitada de los Estados que no son parte del Tratado³³.

Sobre la entrega de personas, es una materia especialmente polémica, dado que ante la Corte no se puede oponer ningún tipo de cargo oficial o inmunidad reconocida por las legislaciones estatales o el derecho internacional. Ello ha dado lugar a que entre los más de 120 países que han ratificado el Estatuto de Roma no se encuentren aún algunas de las primeras potencias políticas y económicas mundiales, que priman el «proteccionismo» de sus nacionales frente a la Corte (veremos, posteriormente, que este es el caso de EE. UU.). Este es, sin duda, uno de los factores que debilita su jurisdicción y su aspiración de globalidad.

Como se observa, el camino iniciado en Roma en 1998 está por recorrer en muchos de sus tramos y se debe avanzar en el mismo, dejando atrás la idea de que la Corte supone una cesión de soberanía por parte de los Estados, para ir vislumbrando la meta que supone la consolidación de una verdadera «jurisdicción universal».

³³ Al respecto AMBOS, K. «Enjuiciamiento de crímenes...», *op. cit.*, pp. 5 a 11.

3.2. EL CARÁCTER PERMANENTE

El artículo 1 del Estatuto de Roma indica:

«Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional («La Corte»). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdiccionales penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto».

La Corte se define como una «institución permanente». Con ello se quiere decir que es un foro permanente para la aplicación directa del derecho penal internacional, pero no significa que esté concebida como un tribunal penal mundial con competencia universal, sino como un tribunal «de emergencia y de reserva»³⁴. Así se pone de manifiesto en: i) el hecho de que la Corte tiene limitada su jurisdicción y competencia por medio de diversos criterios; y ii) que tiene carácter complementario (no exclusivo ni excluyente) respecto a las jurisdicciones nacionales.

3.3. LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA CORTE

La Corte tiene limitado su conocimiento mediante la aplicación de diversos criterios: i) por razón de la materia; ii) por razón del tiempo; iii) por razón del territorio; y iv) por razón de las personas.

3.3.1. Límites por razón de la materia

Se recogen en los arts. 5 a 8 bis del Estatuto. Conforme a ellos, la competencia de la Corte se limitará a «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto». Como tales se define el genocidio (art. 6), los crímenes de lesa humanidad (art. 7), los crímenes de guerra (art. 8) y el crimen de agresión (art. 8 bis) –este último introducido en el año 2010, tras el acuerdo alcanzado en Conferencia de Revisión en Kampala³⁵.

³⁴ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 183.

³⁵ En su momento, se valoró la posibilidad de incluir también los delitos de terrorismo internacional y tráfico de drogas, si bien finalmente no se incluyeron; cfr. VILLÁN DURÁN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: 2006, p. 518.

Debe tenerse presente que, en este punto, no solo es relevante la materia concreta, sino también la gravedad de los hechos. Ello porque si los hechos no son de «gravedad suficiente» la Corte puede decidir inadmitir el asunto (art. 17.1, letra d). Esta regla de exclusión parece basada en consideraciones de economía procesal, con el fin de evitar una sobrecarga de trabajo, pero lo cierto es que no se recogen criterios claros para fijar esa «gravedad suficiente»³⁶.

En definitiva, la Corte no conoce de todos los crímenes que atenten contra cualquier interés de la comunidad internacional, sino solo contra los que atacan los intereses que se consideran fundamentales; y, de entre ellos, no conoce de todos los crímenes posibles, sino que conoce de los más graves³⁷.

3.3.2. Límites por razón del tiempo

La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (que se produjo el 1 de julio de 2002)³⁸; y si un Estado se hace parte después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que este haya hecho una declaración en sentido contrario (artículos 10 y 12).

3.3.3. Límites por razón del territorio y de las personas

La competencia de la Corte se circunscribe, por regla general, a crímenes cometidos en el territorio de un Estado parte o por un nacional de un Estado parte (así se deriva del art. 12.2), siempre que los responsables sean

³⁶ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 197.

³⁷ Cfr. CARDONA LLORENS, J. «Los estatutos de los tribunales penales internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?», en CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (coords.). *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Madrid: 2009, pp. 193 a 203, esp. p. 199.

³⁸ Ahora bien, debe tenerse presente que el art. 124 del Estatuto permite que un Estado, al hacerse parte, podrá declarar que, durante un periodo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio.

mayores de 18 años –la limitación de edad se contiene en el art. 26–. Se siguen así los principios de territorialidad y de personalidad activa.

Estas reglas generales tienen excepciones, como son las siguientes:

- 1) Un Estado que no sea parte del Estatuto puede aceptar la jurisdicción de la Corte (art. 12.3).
- 2) Con independencia del lugar de comisión del delito y la nacionalidad del autor, la Corte es competente cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas inicia el procedimiento (art. 12.2, *sensu contrario*). En este caso, la competencia de la Corte deriva de la autoridad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que según el derecho internacional puede adoptar medidas vinculantes respecto de cualquier Estado miembro de Naciones Unidas, en orden a asegurar la paz³⁹.

Desde el punto de vista subjetivo, no hay limitación de la competencia de la Corte por razón del carácter oficial del posible responsable. Es decir, no existe la inviolabilidad o inmunidad de jurisdicción. Al respecto, el art. 27 del Estatuto señala:

«1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá «per se» motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimientos 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».

Esta regla es una de las más contestadas por los países contrarios a la Corte, en la medida en que impide negar la entrega a la misma de sus propios nacionales en los que concurran estas circunstancias⁴⁰.

³⁹ WERLE, G. y JESSBERGER, F. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁰ Especialmente beligerantes se han mostrado los Estados Unidos, los cuales, interpretando la posible contradicción entre el art. 27 y el art. 98 del Estatuto, han ido celebrando tratados bilaterales posteriores a la entrada en vigor de la competencia de la Corte, en los que se pacta la no-extradición de sus nacionales, con el fin de que los países firmantes de esos tratados no entreguen a la Corte a ciudadanos estadounidenses bajo su custodia.

3.4. LA RELACIÓN CON LAS JURISDICIONES NACIONALES

3.4.1. Modelos de relación

Es factible que la jurisdicción nacional y la internacional pueden pugnar por conocer de un asunto, si tenemos en cuenta que ninguno de los tribunales penales internacionales creados o proyectados hasta la fecha ha sido diseñado con la finalidad de asumir en exclusiva la totalidad de los crímenes de derecho internacional⁴¹. Si ello es así, la relación entre ambas jurisdicciones se puede organizar de diversas maneras:

- 1) Exclusividad del tribunal internacional. Es el modelo seguido en los juicios de Núremberg, ya que el tribunal internacional era el único que podía juzgar a los principales criminales nazis y solo para otros criminales se preveía la competencia de las otras jurisdicciones.
- 2) Primacía del tribunal internacional. Es el modelo seguido en los tribunales internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, ya que pueden concurrir con las jurisdicciones nacionales pero tenían prioridad sobre ellas, por cuanto podían solicitar a las mismas que declinaran un procedimiento en su favor⁴².

⁴¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*. Valencia: 2004, p. 305.

⁴² El artículo 9 del Estatuto del TPIY indica:

«1. El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

2. El Tribunal Internacional tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional».

A su vez, el artículo 8 del Estatuto del TPIR indica:

«1. El Tribunal Internacional para Ruanda y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda por violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

2. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados miembros. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional para Ruanda podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional para Ruanda».

- 3) Subsidiariedad de jurisdicciones. Es el modelo seguido en el caso de la Corte, ya que el art. 1 del Estatuto indica que tiene «carácter complementario» respecto a las jurisdiccionales penales nacionales. Ello supone que la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales, de modo que si un Estado investiga o persigue adecuadamente un crimen de derecho internacional la misma carece de competencia. Ahora bien, la determinación de si esa persecución existe efectivamente a nivel interno es decisión exclusiva de la Corte.

3.4.2. Los criterios de determinación

Surgen del contenido del art. 17 del Estatuto (que lleva por rúbrica «Cuestiones de admisibilidad»). Conforme con este precepto, la Corte no será competente cuando:

- 1) El asunto ya ha sido objeto de decisión por una jurisdicción nacional. Aquí caben dos posibilidades:
 - 1.1.) Que el asunto haya sido decidido sin juicio; esto es, que haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate (art. 17.1, letra b).
 - 1.2) Que el asunto haya sido decidido tras el oportuno juicio; esto es, que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia (art. 17.1, letra c).
- 2) El asunto esté aún en trámite ante una jurisdicción nacional; esto es, que sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él (art. 17.1, letra a).

A su vez, estas reglas tienen excepciones, de manera que aun cuando concurren estas circunstancias, la Corte tiene competencia conforme a los criterios siguientes:

- 1) Si el asunto ya ha sido objeto de decisión por una jurisdicción nacional sin celebración de juicio, la Corte es competente si tal decisión ha obedecido a que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17.1, letra b).
- 2) Si el asunto ya ha sido objeto de decisión por una jurisdicción nacional tras el oportuno juicio, la Corte tiene competencia conforme a los criterios siguientes (art. 20.3):
 - 2.1) Si el proceso ya seguido obedece al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

- 2.2) Si el proceso ya seguido no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.
- 3) Si el asunto esté aún en trámite ante una jurisdicción nacional, la Corte tiene competencia si el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17.1, letra a).

Como ya se ha indicado, es la propia Corte la que decide si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado por parte de la jurisdicción nacional. Para lo cual debe tener en cuenta los criterios del art. 17.2 y 3 del Estatuto, que son los siguientes:

- 1) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.
- 2) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- 3) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- 4) A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Como se puede deducir, el Estatuto confiere a la Corte un papel revisor y fiscalizador de las condiciones del ejercicio de la jurisdicción nacional en el caso concreto. De esta manera se opera conforme a un principio de subsidiariedad «condicionada» y «tutelada»⁴³: i) la instancia inicialmente competente para la persecución son las jurisdicciones nacionales (subsidiariedad de la Corte); ii) la Corte solo actúa cuando concurre la condi-

⁴³ SÁNCHEZ LEGIDO, A. *Jurisdicción universal...*, op. cit., pp. 308 a 310.

ción de que aquellas no están actuando de manera efectiva para el castigo de los culpables en el caso de constatarse su culpabilidad (subsidiariedad «condicionada»)⁴⁴; y iii) es la propia Corte la que, en última instancia, controla que su competencia ceda ante el ejercicio del *ius puniendi* estatal (subsidiariedad «tutelada»).

Este mecanismo de relación con las jurisdicciones nacionales es sumamente polémico y ha sido uno de los aspectos más criticados por los Estados que se han opuesto a la existencia de la Corte, por entender que es una facultad contraria a su soberanía y que puede suponer una vulneración del principio de *non bis in idem*.

El propio Estatuto es consciente de las dificultades que pueden surgir en este ámbito, de manera que recoge normas para equilibrar la situación en los arts. 18 y 19, como son: i) la previa notificación al Estado interesado de que la Fiscalía ha iniciado una investigación o se propone hacerlo; ii) la posibilidad de ese Estado de presentar información ante la Corte; iii) el establecimiento de un régimen amplio de impugnación de la decisión de admisibilidad de un asunto, incluyendo la posibilidad de que se impugne por el Estado que tenga jurisdicción en la causa, porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes.

Debe ponerse de manifiesto la similitud de los criterios recogidos en los art. 17 y 20 del Estatuto con los también recogidos en el art. 23.5 de la LOPJ, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Conforme a tal precepto, cuando se pretenda aplicar la jurisdicción española a supuestos de delitos cometidos en el extranjero en virtud del principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ se debe ponderar, conforme a criterios similares a los del Estatuto, si el otro Estado ha estado en disposición de investigar y/o enjuiciar efectivamente el hecho; para lo cual señala que esa ponderación deberá llevarla a cabo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Tal similitud ha permitido a la Sala de lo Penal interpretar los criterios del Estatuto. Así, el Auto de 1 de julio de 2015 (Causa 20271/2015) señala:

⁴⁴ La Corte «se mantiene al margen» si el Estado que tiene jurisdicción investiga los crímenes seriamente y castiga a los responsables. Las razones fundamentales de esta forma de proceder son: i) es una tarea de los Estados enjuiciar los «delitos internacionales», especialmente si fueron cometidos en su territorio; y ii) se debe reconocer que la Corte nunca podrá –en términos de capacidad procesal– sustituir a los Estados en esta tarea; AMBOS, K. «Enjuiciamiento de crímenes...», *op. cit.*, pp. 11 y 12.

«Se atribuye, así, a esta Sala, la competencia para realizar una ponderación, similar a la que el art. 17 del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, atribuye a la misma para decidir sobre la admisibilidad o no de las pretensiones formuladas. (...) La primera de las normas citadas [se refiere al art. 17 del Estatuto] establece y regula, respecto a la Corte Penal Internacional, el principio de complementariedad respecto a las jurisdicciones penales nacionales, de manera que la Corte, según lo expuesto, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando sea objeto de investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga jurisdicción sobre él o cuando haya sido objeto de investigación por dicho Estado y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate. No obstante lo cual, el propio artículo le reconoce la posibilidad de que si entiende que dicho Estado no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no puede realmente hacerlo, la Corte asuma su investigación. Se le reconoce de esta forma lo que se ha denominado una cierta facultad de «tutela y supervisión», sobre las jurisdicciones penales nacionales, en los delitos de su competencia; con la necesaria ponderación que implica el ejercicio de dicha facultad, que exigirá que la Corte se pronuncie sobre la Administración de Justicia de otros Estados o sobre la intención de sus autoridades.

»El artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra, por su parte, la institución de la cosa juzgada, pero con determinadas excepciones en la línea señalada por el artículo anterior

»El apartado cinco del artículo 23 de la LOPJ, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo), atribuye a esta Sala de lo Penal, como decíamos, la realización de un juicio de ponderación similar al que los artículos citados atribuyen a la Corte Penal Internacional».

Como se observa, la Sala de lo Penal es consciente de lo delicado que es revisar la actuación de la jurisdicción de otro Estado y ha puesto de manifiesto el cuidado con el que se debe llevar a cabo. Muestra de ello, también, es el Auto de 20 de octubre de 2015 (Causa 20092/2015), en el que se indica:

«Lo que ahora procede por tanto dilucidar, y este es el objetivo de esta resolución, es si el principio de justicia universal ha de quedar desplazado por el de subsidiariedad previsto en el apartado cinco del mismo artículo, conforme al cual los tribunales españoles carecerían de jurisdicción para investigar los delitos de los que fue víctima A. si se hubiera iniciado un procedimiento para su investigación y enjuicia-

miento en el lugar en el que se cometieron o en el Estado de nacionalidad de la persona a quien se impute la comisión, siempre que dicho procedimiento revelara realmente una disposición de actuar por parte de dicho Estado; pues si no lo hiciera y así se determinara por esta Sala, los tribunales españoles tendrían jurisdicción para investigarlos en aplicación del principio de justicia universal.

»Asimismo, tal como decíamos en el auto de 1 de julio de 2015 (cuestión de competencia núm. 20271/2015) o en el de 20 de abril del mismo año (cuestión de competencia núm. 20962/2014), al hacer esta valoración habrá de tenerse en cuenta que la misma supone “enjuiciar” la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado, lo que no está exento de dificultades y puede conllevar el análisis de cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista político-diplomático e incluso histórico, que exigen a este Tribunal prudencia en su ejercicio».

4. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CORTE

4.1. ACTIVIDAD GENERAL

Desde el inicio de sus actividades, la Corte ha tramitado un total de 27 causas, en relación con 45 sospechosos o acusados. Se han abierto investigaciones en 13 situaciones: Afganistán, Bangladesh/Myanmar, Burundi, Côte d’Ivoire, Darfur (Sudán), Georgia, Kenia, Libia, Malí, República Centroafricana I y II, República Democrática del Congo y Uganda.

El 10 de julio de 2012, dictó su primera sentencia condenatoria, imponiendo a Thomas Lubanga una pena de 14 años de prisión por el reclutamiento y utilización de niños soldado en la región de Ituri (República Democrática del Congo) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003⁴⁵. La sentencia fue recurrida y el recurso fue desestimado por sentencia de 1 de diciembre de 2014. Tras cumplir la totalidad de su condena, el Sr. Lubanga fue puesto en libertad el 15 de marzo de 2020.

⁴⁵ LÓPEZ MARTÍN, A.M. «Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012». *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre, 2013, pp. 209 a 226.

En 2016, la Corte decidió su primera causa relativa a la destrucción de bienes culturales (ataques contra monumentos históricos y edificios dedicados a la religión en Tombuctú). Esta fue también la primera causa en que el acusado, Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi, admitió su culpabilidad. Fue declarado culpable el 27 de septiembre de 2016 y condenado a nueve años de prisión.

4.2. LA OPOSICIÓN DE EE. UU.

Estados Unidos votó negativamente en contra del Estatuto de Roma durante la Conferencia de Plenipotenciarios de 1998. Las razones principales fueron la previsión de un fiscal que pudiera actuar *motu proprio* –posibilidad con la que no se mostraba de acuerdo– y la pretensión de mantener el veto del Consejo de Seguridad para la investigación de determinados supuestos, lo que no fue admitido.

Clinton firmó el Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000 (último día en que era posible), pero Bush, el 6 de mayo de 2002, «anuló» la firma de Clinton, iniciando una serie de medidas políticas de oposición a la Corte, para obtener inmunidad ante su competencia. Algunas de esas medidas han sido las siguientes.

En primer lugar, cabe destacar la celebración de tratados bilaterales posteriores a la entrada en vigor de la competencia de la Corte, en los que se pacta la no-extradición de sus nacionales, con el fin de que los países firmantes de esos tratados no entreguen a la Corte a ciudadanos estadounidenses bajo su custodia (se conocen como acuerdos bilaterales de inmunidad). Conforme con estos acuerdos, los EE. UU. exigen a los Estados firmantes que envíen directamente a Estados Unidos a todo ciudadano estadounidense cuya comparecencia haya sido solicitada por la Corte.

Además, se dictó la *American Servicemembers' Protection Act* (ASPA). Es una norma aprobada por el Congreso en agosto de 2002 para restringir la cooperación de EE. UU. con las misiones de mantenimiento de la paz, pues se condiciona a que se garantice la inmunidad de los funcionarios estadounidenses frente a la Corte. Incluso admite la posibilidad de utilizar «cualquier medio necesario» para liberar a ciudadanos estadounidenses que estén bajo la custodia de la Corte en su sede de La Haya (de ahí que se la conozca como la «ley de invasión de La Haya»).

En esta línea, se enmarca la llamada «enmienda Nethercutt». En diciembre de 2004, el Congreso de EE. UU. adoptó esta enmienda, como parte de la *US Foreign Appropriations Bill*. Autoriza la suspensión de los fondos de apoyo económico para los países que hayan ratificado el Estatuto de la Corte pero que no han firmado un acuerdo bilateral de inmunidad con los EE. UU.

La situación de conflicto con la Corte se relajó con la «Administración Obama», ya que EE. UU. cesó sus contactos con otros países para celebrar acuerdos bilaterales de inmunidad e, incluso, extendió su programa de recompensas a personas buscadas por la Corte⁴⁶.

Sin embargo, esta «tregua» se ha roto en 2020 por las sanciones de la «Administración Trump». En junio de 2020, el presidente de EE. UU., Donald Trump, dictó una orden (*Executive Order on Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court*) mediante la que aprobaba una serie de medidas contra la Corte y su personal⁴⁷.

La citada orden tiene su origen en la solicitud presentada por la fiscal jefe de la Corte (Fatou Bensouda), en el año 2017, para iniciar un procedimiento por posibles crímenes de guerra cometidos por miembros del ejército de EE. UU. y de la CIA en Afganistán. La Sala de Cuestiones Preliminares II denegó la autorización; pero, en marzo de 2020, la Sala de Apelaciones accedió a la solicitud de la fiscal. Ante esta decisión, se dictó la orden del presidente Trump, que tilda de «ilegítima» la jurisdicción de la Corte respecto a los ciudadanos estadounidenses implicados en la investigación (si bien, no olvidemos que Afganistán es Estado parte del Estatuto de Roma) y aprueba las restricciones para el órgano y su personal.

En este momento, la Corte no ha iniciado investigación alguna, ya que está evaluando la información que el propio Gobierno afgano le ha remitido sobre los hechos.

En aplicación de la citada orden, en septiembre de 2020, los EE. UU. anunciaron sanciones concretas contra la fiscal jefe de la Corte, Fatou Bensouda, a la que se ha incluido en una lista denominada *SDN*⁴⁸ (compuesta por personas y entidades relacionadas con el terrorismo y el tráfico de drogas). Ello le supone limitaciones de sus bienes y actividades comerciales en EE. UU. y la restricción de entrada en el país.

En el año 2021, el nuevo presidente de EE. UU., Joe Biden, dejó sin efecto estas sanciones⁴⁹

⁴⁶ «Expanded U.S. Program Includes Rewards for Information Leading to Arrest of ICC Suspects». *IRJC*, 22 de abril de 2013.

⁴⁷ Entre otras, el bloqueo de propiedades y bienes en EE. UU. y la suspensión de la entrada en dicho país de funcionarios de la Corte y sus familiares inmediatos.

⁴⁸ *Specially Designated Nationals And Blocked Persons List (SDN) Human Readable Lists*.

⁴⁹ Véase, «Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court», comunicado de prensa del Secretario de Estado Antony J. Blinken (disponible en <https://www.state.gov>).