

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.^a 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.

Confíemos 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.^a 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 inculpados 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 inculpado, 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.^a 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 nuevo 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.