

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

José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO
Doctor en Derecho. General Consejero Togado.
Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional
Humanitario de la Cruz Roja Española.

1. INTRODUCCION

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

EL Derecho penal internacional, como sistema normativo, nace —preciso es reconocerlo— con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación *de facto* del Derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos. El obstáculo era (y, realmente, sigue siendo) de tal magnitud que los primeros balbuceos de un sistema de justi-

cia penal internacional olvidaron los clásicos fundamentos del *ius puniendi*, tan celosamente proclamados por la doctrina y los textos constitucionales, para construir un Derecho penal retribucionista, cuando no vindicativo, que en el mejor de los casos añadió la prevención general, para limitar así (retribución y prevención general) los fines de la pena.

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

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

2. GÉNESIS

A. Características principales del Estatuto de Roma

Si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instrumento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo la Corte) respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1 del Estatuto), que se ratifica en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: «... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Esto explica, entre otros, preceptos tales como los arts. 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

En segundo término, como ha destacado el embajador Yáñez-Barnuevo García, jefe de la Misión Diplomática de España en la Conferen-

cia de Roma, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 arts.) que comprende lo que, en el Derecho interno, constituiría al menos el contenido de las normas fundamentales (orgánicas probablemente) siguientes: un Código penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional.

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

B. Los fines de la pena en la Justicia Penal Internacional

Volviendo a nuestras consideraciones iniciales sobre los fines de la pena en el sistema de justicia penal internacional que consolida el Estatuto de Roma, podemos afirmar que el fin de la retribución figura claramente expresado en el preámbulo del Estatuto («... poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes»), que proclama también el fin de prevención general («... contribuir así a la prevención de nuevos crímenes»), sin que sea tampoco ajena a los propósitos de los creadores de la Corte la idea de prevención especial, que centra el efecto de la pena en la persona que ha cometido un crimen para que no vuelva a delinquir. Idea que aflora en el art. 110 del Estatuto (Examen de una reducción de la pena). Como hemos apuntado antes, la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por la creación de la Corte, mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamien-

to («... para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia»), de la pena y de su ejecución. Aunque objeto de crítica por la moderna doctrina, resulta particularmente atractivo en el actual momento de la justicia penal internacional el concepto de la prevención general positiva o de integración, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva, contribuyendo a la socialización del individuo mediante las funciones explicativa, legitimadora y limitadora de la pena.

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

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

C. La elaboración del Estatuto de Roma

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

D. El Derecho aplicable y las fuentes del Derecho penal internacional

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

- 1.º El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.
- 2.º Los Elementos del crimen (art. 9 del Estatuto) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que deberá aprobar por mayoría cualificada la Asamblea de los Estados-Partes.
- 3.º Los tratados y los principios y normas de Derecho internacional aplicables, incluidos los principios del Derecho internacional de los conflictos armados.
- 4.º Los principios generales de Derecho, que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el dere-

cho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el Derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

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

La jerarquía de fuentes que establece el citado art. 21 del Estatuto ha de ser interpretada sin perder de vista que la Corte Penal Internacional es, ante todo, un Tribunal penal instituido para ejercer jurisdicción sobre personas (no sobre Estados) respecto de crímenes (art. 1 del Estatuto), enjuiciando y, en su caso, imponiendo una pena a la persona declarada culpable (art. 77 del Estatuto). No es pues una nueva especie de Tribunal Internacional con competencias penales, sino un auténtico Tribunal de naturaleza penal y ello significa un cambio profundo en la jerarquización de las fuentes del Derecho aplicable. Hay, sin embargo, autores que, hablando de Derecho internacional penal y proponiendo el traslado al ámbito judicial penal de la doctrina de las fuentes del Derecho internacional general. Lo que resulta aceptable en la interpretación de todo tratado internacional, y lo es sin duda el Estatuto de Roma, tiene el límite infranqueable del principio de legalidad penal (como veremos enseguida) a la hora de enjuiciar los crímenes de su competencia, si queremos que la Corte tenga la consideración de un Tribunal de Justicia penal independiente, que cumpla con elementales exigencias del Estado de Derecho. El carácter embrionario de sus precedentes (Nüremberg y Tokio o los constituidos para la ex-Yugoslavia o Ruanda en La Haya o Arusha) no debe hacernos perder de vista el paso decisivo que ha dado el Estatuto de Roma al establecer entre los principios generales, no lo olvidemos, del Derecho penal (Parte III del Estatuto), el principio *nullum crimen sine lege* en el art. 22, justamente a continuación del precepto que determina el Derecho aplicable (art. 21). Ahora bien, si es cierto que la teoría de las fuentes del derecho aplicable por la Corte debe estar limitada en materia penal por el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y predeterminación normativa (art. 22 del Estatuto), también lo es la existencia de problemas de interpretación por la naturaleza de los llamados Elementos de los Crímenes (art. 9). En efecto, se trata de unos elementos que ayudan a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto y como tales se mencionan en el art. 21, si bien con una jerarquía normativa siempre subordinada al propio Estatuto. Sin embargo, parece incontestable concluir, ante el monopolio tipificador del Estatuto, que los Elementos de los Crímenes no pueden ir más allá de las descripciones típicas de los citados arts. 6, 7 y 8. Y ésta sería una interpretación integradora del contenido de los arts. 9, 21 y 22 del Estatuto, aún cuando debemos reconocer

las dificultades para precisar la naturaleza de los Elementos como norma jurídica *sui generis*.

3. EL PROCESO DE APROBACION DEL ESTATUTO DE ROMA

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

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

En todo caso la tarea de la Conferencia de Roma parecía casi irrealizable, dado el gran número de cuestiones sobre las que no había consenso y el escaso tiempo para lograrlo (cinco semanas), pero finalmente se produjo el “milagro” y el Estatuto fue aprobado por votación no registrada: 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. De las intervenciones anteriores y posteriores a la votación pudo deducirse el voto en contra de Estados Unidos de América, China, Israel, Libia, Irak, Qatar y probablemente India (o Yemen).

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

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

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

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

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

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

Se pretendió por algunos Estados “una Corte a la carta”, es decir la posibilidad de que los Estados aceptaran la competencia de la Corte únicamente para determinados crímenes, con exclusión de otros previstos en el Estatuto (*opting in, opting out*). Como testimonio residual

de esta postura se llegó al consenso para mantener el art. 124 del Estatuto, según el cual un Estado Parte puede declarar, al tiempo que ratifica, que no aceptará (durante un periodo de siete años) la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio. Sólo han hecho uso de esta declaración Francia y Colombia.

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

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

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

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

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

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

4. LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

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

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

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

A. El crimen de genocidio

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

A diferencia de los restantes crímenes de la competencia de la Corte, no se ha creído necesario establecer un “umbral” como hace el Estatuto en los crímenes de lesa humanidad (como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil), aunque la utilización del plural o de un sujeto colectivo para describir el sujeto pasivo (“miembros del grupo”, “grupo” o “niños”) deja fuera del tipo las acciones aisladas dirigidas contra una sola persona, a diferencia de lo que se interpreta de la lectura del art. 607 de nuestro Código Penal.

Siguiendo fielmente la citada norma internacional, el Estatuto tipifica en sus apartados *a)* y *b)* del art. 6 el llamado “genocidio físico” (matanza o lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo), mientras que el “genocidio biológico” aparece descrito en los apartados *c)* y *d)* del mismo precepto (Sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo, total o parcial, y las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo) y como “genocidio cultural” puede considerarse la conducta

incriminada en el apartado *e*), consistente en el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

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

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

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

B. Los crímenes de lesa humanidad

Lo primero que hace el art. 7 del Estatuto es establecer un “umbral” para estos crímenes de la competencia de la Corte, puesto que las conductas incriminadas tienen que cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, siendo destacable que basta que el ataque sea sistemático o generalizado, pues se trata de conductas alternativas, y además se concreta el sujeto pasivo en la población civil, exigiendo el tipo que el sujeto activo tenga conocimiento de que su acción u omisión forma parte de tal programado o masivo ataque. Por otra parte, resulta indiferente que estos crímenes se cometan en tiempo de paz o conflicto armado.

En algunos de estos crímenes se exige, como elemento subjetivo o dolo específico, una intención concreta por parte del autor, como en el “exterminio” (encaminado a causar la destrucción de parte de una población), en el crimen de persecución de un grupo o colectividad con identidad propia (por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional), acción

muy próxima la genocidio, así como el embarazo forzado (con la intención de modificar la composición étnica de una población...), el crimen de “apartheid” (intención de mantener un régimen de opresión y dominación racial) o la desaparición forzada de personas (con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado).

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

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

Lo más relevante de este largo precepto y lo que integra la gran novedad del Estatuto es que, por primera vez, se tipifica sistemáticamente la familia de los crímenes de lesa humanidad, pues no merecían tal consideración la concepción de Nuremberg, ni la contenida en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda (arts. 5 y 3, respectivamente), ni mucho menos la descripción inserta en los numerosos Convenios internacionales relativos a la materia.

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

Así pues, las cuidadas definiciones aportan mayor certeza a las descripciones típicas y merecen, en general, un juicio favorable. Se define, en primer lugar, el “ataque a la población civil”, pero no que es “población civil”, acaso porque ya está definida en el art. 50 del Protocolo I de

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

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

C. Los crímenes de guerra

El extenso art. 8 del Estatuto tipifica los crímenes de guerra, no sin antes establecer en su número 1 lo que puede considerarse como un umbral, pues será competente la Corte “en particular” cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. La expresión “en particular”, producto del consenso, nos deja sin saber si se trata realmente de un “umbral” o si tan poco afortunada frase marca la competencia indudable sin rechazar que la Corte pueda conocer en otros supuestos. La dificultad para inclinarse por una u otra interpretación se puede trasladar, si no se aclara en la elaboración de los “Elementos de los crímenes”, a las cuestio-

nes de admisibilidad que deben ser resueltas por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte.

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

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

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho internacional.
- c) Las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional.
- d) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional dentro del marco establecido por el Derecho internacional.

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

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

Tales infracciones graves están recogidas en el art. 50 del I Convenio (Heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña), art. 51 del II Convenio (Heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Arma-

das en la mar), art. 130 del III Convenio (Trato debido a los prisioneros de guerra) y art. 147 del IV Convenio (Protección de la población civil).

Del examen de estos cuatro Convenios de Ginebra, que son normas de universal aceptación (188 Estados las han ratificado y es lugar común que sus preceptos forman parte del Derecho internacional consuetudinario), se puede deducir quiénes son los sujetos pasivos de estos crímenes que el Estatuto denomina «personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente». En ocasiones, sin embargo, la tarea de identificar el sujeto pasivo (que es, a la vez, sujeto de la acción y víctima) presenta algunas dificultades, como ocurre con el restringido concepto de personas protegidas por el art. 4 del IV Convenio de Ginebra, que motivó una discutible sentencia en el caso Tadic juzgado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Sentencia de 7 de mayo de 1997). Y también los arts. 50 del I Convenio de Ginebra, 51 del II Convenio y 147 del IV Convenio se refieren al concepto de bienes protegidos y bienes que no constituyen objetivo militar, a los que habría que añadir los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.

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

b) *Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales*

Nada menos que veintiséis apartados integran este grupo de crímenes que, a modo de cajón de sastre, recoge con dudosa sistemática el contenido de diversas normas que integran el Derecho internacional aplicable a los conflictos armados de carácter internacional. Tales normas están fundamentalmente integradas por el llamado derecho de La

Haya o de la Guerra en sentido clásico (destacando muy particularmente el Reglamento anejo al Convenio IV de La Haya de 1907, sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre), los ya citados cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Convenio para la protección de los bienes culturales de la Haya de 1954, toda la reglamentación dispersa sobre prohibiciones o limitaciones de armas (que nace en la Declaración de San Petersburgo de 1868) y el Protocolo I de 1977 Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra.

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

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

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

— *Violaciones graves del Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra*, como atacar a la población civil como tal y a objetos civiles, lanzar un ataque a sabiendas de que causará daños a personas y objetos o al medio ambiente que sean excesivos en relación a la ventaja militar prevista, cometer ultrajes contra la dignidad de la persona y tratos humillantes y degradantes, así como reclutar o alistar a niños menores de 15 años o utilizarlos en las hostilidades.

— *Protección de las operaciones de las Naciones Unidas*. A propuesta de España, se consideran crímenes de guerra los ataques intencionados contra personas o medios de las misiones de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de las Naciones Unidas.

— *Protección de los bienes culturales*, conforme a los Convenios de La Haya de 1899 o 1907, así como al Convenio de La Haya de 1954,

de protección de los bienes culturales, aunque la redacción es muy arcaica y limitada a los textos primeramente citados, pese a la propuesta más amplia de España. Así se incriminan los ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.

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

c) *Violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949*

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

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

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

d) *Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos*

Conforme al párrafo *f)* del número 2 del art. 8 del Estatuto, este precepto se aplica, con la exclusión ya expuesta de las situaciones de dis-

turbios o tensiones internas, a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado (conflictos armados internos) cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos armados. No coincide exactamente esta definición con el concepto de conflictos armados sin carácter internacional, contenido en el art. 1.1 del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que es más restringido al exigir que los “grupos organizados” estén bajo un mando responsable y ejerzan sobre una parte de su territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar dicho Protocolo.

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

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Reconoce el Estatuto en su art. 22 y de la forma más clásica, el principio *nullum crimen sine lege*. Se trata, con esta proclamación, de la adopción del principio de legalidad penal o taxatividad («la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía»), tal y como se viene formulando en el sistema continental o romano-germánico, frente a la laxitud propia del Derecho penal anglosajón o *common law*, que no satisface siempre las garantías de *lex scripta, praevia, certa y stricta* exigibles como constitucionales en nuestro Estado de Derecho (art. 25 de la Constitución española).

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

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

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

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

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

En el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Sin embargo, la evolución de la represión de estos delitos es, en buena parte, la historia de la irresponsabilidad de los autores de los más graves crímenes de alcance universal. Y ello, pese al claro vínculo existente

entre la perpetuación de las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales y la impunidad (J. A. CARRILLO SALCEDO).

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

Y el tercer mecanismo de competencia es la remisión de una situación a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pero, además, el Consejo puede obtener de la Corte la suspensión de la investigación o del enjuiciamiento por un plazo de doce meses, renovables. Y esta facultad fue ejercida por la Resolución 1422 (2002) de 12 de julio de 2002, por lo que se refiere a la participación personal de Estados no Partes en el Estatuto de Roma en operaciones autorizadas por las Naciones Unidas. En la propia resolución se expresa la intención de renovar esta petición por periodos sucesivos de doce meses y así se acordó en el año 2003, pero no se ha renovado en el año 2004.

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

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

mayoría de los países islámicos están muy lejos de ser Partes en el Estatuto. Prácticamente la mitad de la comunidad internacional.

Por otra parte, algunos Estados Partes (Francia y Colombia) han formulado la declaración del art. 124 del Estatuto (no aceptación de la competencia de la Corte en materia de crímenes de guerra) y otros (Estados Unidos de América) han utilizado extensivamente la vía del art. 98.2 del Estatuto para impedir la posible entrega a la Corte de sus nacionales, han declarado su intención de no ser parte en el Estatuto y no considerarse vinculado por su firma o han aprobado leyes internas (como la “*American Servicemember’s Protection Act*”) que expresan un claro rechazo a la Corte Penal Internacional.

Pese a todas las dificultades de orden político y técnico, muchas de estas últimas resueltas en las normas de desarrollo del Estatuto (“*Elementos de los Crímenes*”, “*Reglas de Procedimiento y Prueba*”, “*Acuerdo de Privilegios e Inmunidades*”, “*Acuerdo entre la Corte y las Naciones Unidas*”, “*Acuerdo de Sede*”, “*Acuerdo de Financiación*” o “*Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes*”), la Asamblea de los Estados Partes ha elegido a los 18 magistrados y al fiscal y fiscales adjuntos, de forma que la Corte se ha constituido en su sede de La Haya (Países Bajos), nombrado su secretario y funcionarios, recibido las primeras denuncias de los Estados Partes (Uganda y República Democrática del Congo) y comenzado a ejercer sus funciones, lo que es motivo de una sólida esperanza de futuro.

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

En definitiva, no es aventurado afirmar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, es ya una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad.