

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL PENAL

por PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
540 EAST 57TH STREET
CHICAGO, ILL. 60637

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES PARA ENJUICIAR CRÍMENES INTERNACIONALES
- III. EL PROCESO EFECTIVO DE CONCIENCIACIÓN JURÍDICA PARA EL ENJUICIAMIENTO INTERNACIONAL PENAL
- IV. LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES *AD HOC* COMO INICIOS DE LA CONVICCIÓN JURÍDICA PARA ENJUICIAR LOS CRÍMENES INTERNACIONALES MÁS GRAVES
- V. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
- VI. ¿HACIA LA CRIMINALIZACIÓN E IMPUTACIÓN A LOS ESTADOS DE ACTOS GRAVES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS?
- VII. LA POSITIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL PENAL
- VIII. LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL PENAL
- IX. CONCLUSIONES

1. Introduction

The purpose of this study is to investigate the effects of the proposed system on the performance of the system.

The study is organized as follows. Section 2 describes the system architecture. Section 3 describes the experimental setup.

Section 4 describes the results of the experiments. Section 5 discusses the conclusions of the study.

The study is organized as follows. Section 2 describes the system architecture.

Section 3 describes the experimental setup. Section 4 describes the results of the experiments.

Section 5 discusses the conclusions of the study.

The study is organized as follows. Section 2 describes the system architecture.

Section 3 describes the experimental setup.

I. INTRODUCCIÓN

Lo primero que quiero decir es que no estoy satisfecho con el título de este trabajo que presento a la consideración de todos. No lo estoy porque no refleja exactamente aquello que he querido desarrollar. Aparentemente la jurisdicción internacional no lleva más adjetivo que el de la dimensión espacial y, por tanto, parece referirse a toda la jurisdicción internacional. Por el contrario, la jurisdicción universal, sí lleva el adjetivo que le califica mejor, *penal*, porque, en efecto, no hago referencia más que a la jurisdicción universal penal. Pero no hay que dejarse engañar por las palabras.

No pretendo estudiar como recoge la jurisdicción internacional, incluyendo, por tanto, todos los tribunales internacionales, sean de derechos humanos o no, el principio de jurisdicción universal penal, sino que pretendo enfocar mi reflexión desde la óptica de la «casi» inexistencia de una jurisdicción internacional penal, es decir, de instituciones judiciales que tengan la competencia de enjuiciar las conductas criminalizadas por el Derecho Internacional, estudiando los pasos que se han dado hasta ahora para llegar a ellas.

Y, como no podemos decir que haya actualmente más jurisdicción internacional penal que las creadas *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, porque la Corte Penal Internacional es aún una entelequia, no tengo más remedio que estudiar la jurisdicción universal penal, un sucedáneo que permite, al menos, que, algunas veces, los Estados puedan, siquiera teóricamente, enjuiciar las conductas criminales de Derecho Internacional.

Si esto es así por qué no le he llamado «Jurisdicción internacional y jurisdicción universal penales», que hubiera sido lo correcto. Pues sí, debería haberlo hecho, pero me resultaba «hiriente» al oído, a pesar de ser lo correcto en castellano. No obstante dejo constancia de la causa de la incorrección.

Quizás también debería haber mencionado la copulativa «o», en vez de «y» que hubiera sido más comprensiva en este tema, porque, en principio, una jurisdicción es excluyente de la otra, precisamente porque son complementarias. No obstante quería mostrar que mi análisis iba a ser de las dos jurisdicciones por separado y, por ello, aparece la cópula «y», aunque, obviamente, analizaré también la complementariedad que hay entre las dos jurisdicciones.

Otra cuestión que debo explicar es por qué utilizo siempre la expresión «crímenes internacionales» y no «crímenes de Derecho Internacional» como algunos autores hacen respecto a este tipo de infracciones. La razón es porque los «crímenes de Derecho Internacional» son específicos del genérico «crímenes internacionales» y no veo razones de peso para, como en los fármacos, no utilizar lo genérico, que es más omnicompreensivo.

Una vez más debo recordar el reconocimiento que hizo la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 5 de febrero de 1970, en el *Asunto de la Barcelona Traction* cuando dijo que

debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con res-

pecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los intereses en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto, las obligaciones son en este caso obligaciones *erga omnes*.

Estas obligaciones pueden derivar, como señaló la propia Corte Internacional de Justicia «de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial».

Consecuentemente, hay obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto. Por tanto, cuando se produce un «hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto», estamos en presencia de una violación grave de una norma internacional, como podrían ser, por ejemplo, la agresión, la colonización, el terrorismo o los atentados graves contra el medio ambiente, pero en el campo de los derechos humanos, serían crímenes internacionales aquellas violaciones más graves, como el genocidio, el *apartheid*, la esclavitud, la desaparición de personas y otros actos inhumanos contra la población civil por motivos políticos, la tortura y otros tratos inhumanos, crueles o degradantes, etc.

Esto quiere decir que las obligaciones que generan estos derechos son obligaciones *erga omnes* y, por lo tanto, se produce lo que podríamos denominar una *actio popularis* para reprimir las infracciones de estas obligaciones y, en consecuencia, perseguir a los responsables. Éste es, pues, el fundamento de la jurisdicción universal penal.

Por último debo añadir que me he preocupado de hacer ver fundamentalmente aquellos aspectos relacionados con la imputación individual de los crímenes. No es que el Derecho Internacional no se haya preocupado de estudiar las posibilidades de atribuir a «instituciones» o «colectivos» este tipo de crímenes y que, por ello, puedan ser sancionados. El problema es que la sanción no es estrictamente penal.

Como muestra bien vale un botón. Permítaseme, por tanto, que evoque el artículo I, párrafo 2 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, donde se declara nominalmente «criminales» a «las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*». Ahora bien, como ya he dicho en otros trabajos, declarar no quiere decir atribuir o imputar. Por ello, el artículo III de la citada Convención sólo considera responsables criminales a los particulares, a los miembros de las organizaciones e instituciones o a los representantes del Estado.

Por tanto, mi análisis se dirige esencialmente hacia la criminalidad de los particulares. Sin embargo, he decidido introducir un apartado donde analizo las relaciones halladas en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia entre las violaciones graves de los derechos humanos, es decir, entre crímenes internacionales, y los Estados. Ya sé que no podemos considerar la atribución como imputación, pero esto significa un inicio del proceso de criminalización de los Estados y lo hago valer en un apartado relacionado con la jurisdicción internacional, porque me parece de sumo interés para este tema.

II. LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES PARA ENJUICIAR CRÍMENES INTERNACIONALES

Es verdad que desde hace mucho tiempo se tiene la conciencia de que hay que reprimir los crímenes más graves cometidos por los seres humanos contra sus semejantes, sobre todo, en el escenario de una guerra. Por tanto, en términos de Derecho Internacional las primeras manifestaciones jurídicas se enmarcan dentro del Derecho de los conflictos armados.

Cuando Peter de Hagenbach ocupa la ciudad de Breisach, en 1474, se constituyó un tribunal, que hoy podríamos llamar multinacional, compuesto por jueces alsacianos, austríacos, alemanes y suizos, con el objetivo de enjuiciar su conducta contraria a las leyes de Dios y de los hombres por los homicidios masivos, las violaciones de mujeres y el perjurio grave, durante la ocupación de la citada ciudad.

Ahora bien, esto, como mucho, puede aceptarse como precedente remoto de la idea de lo que podría ser la existencia de una jurisdicción internacional que se encargase del enjuiciamiento de los responsables de las violaciones más graves de los derechos humanos. Pero, un aporte doctrinal serio, no se produciría hasta bien avanzado el siglo XIX¹.

Cuando se trata de humanizar la guerra en 1864 con el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, el Derecho Internacional apenas si comenzaba a desarrollarse tal como modernamente se le conoce. Por ello no tuvo una garantía jurídico-institucional que permitiera la imposición de sanciones a los violadores de las reglas que contenía.

Incluso grandes humanistas que participaron activamente en la elaboración del citado Convenio de Ginebra, como Gustave Moynier, consideraron innecesaria la institucionalización de un tribunal que velara por el cumplimiento estricto del Convenio. Estaban convencidos de que el compromiso moral sería suficiente y, en todo caso, la opinión pública sería «el mejor guardián de los límites que [...] se imponen (ya que), el Convenio de Ginebra, en particular, está ahí gracias a la influencia de la opinión pública y podemos confiarle la aplicación de lo en él estipulado»².

La realidad de las guerras subsiguientes inmediatas demostraría la poca voluntad política de los gobernantes para hacer respetar el Convenio de Ginebra. Por ello, el Comité Internacional de la Cruz Roja, recién creado, a propuesta de su Primer Presidente, a la sazón Gustave Moynier, en 1872, presentó un documento que contenía un proyecto de tratado sobre la creación de una institución judicial internacional para prevenir y reprimir las infracciones al Convenio de Ginebra³.

Este proyecto no fue ni siquiera discutido por los Estados. Es más, ningún Estado hizo manifestación pública de su defensa y ninguno estaría dispuesto a firmar un tratado que creara esta institución⁴. Por lo tanto constituye un eslabón más que

¹ Por supuesto se produjeron algunos Tribunales Arbitrales para dilucidar algunos aspectos de conflictos armados, pero la naturaleza de estos tribunales y las reivindicaciones económicas no son adecuadas para la institución que se analiza, que es la de un tribunal internacional de carácter penal.

² MOYNIER, G., *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, París, 1870, p. 300.

³ El texto de este documento puede verse publicado en el *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, del Comité Internacional de la Cruz Roja, n.º 11, abril de 1872, pp. 122 ss.

⁴ Para un análisis más completo de este proyecto, ver KEITH HALL, C., *La primera propuesta de creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 145, marzo de 1998, pp. 63-82.

crea la cadena del decepcionante fracaso de un tribunal penal internacional que recientemente han resucitado más que los Estados, los innegables hechos que precorizan su necesidad de existir.

Es verdad que la sociedad internacional de finales del siglo XIX no estaba aún madura para configurar tribunales internacionales de ninguna naturaleza, y mucho menos de naturaleza represivo-penal. Recordemos los avatares que tuvieron las Conferencias de la Paz de La Haya de 1899 y 1907 respecto a la creación de sendos tribunales, el Tribunal Permanente de Arbitraje, de carácter voluntario y, sobre todo, sin carácter, dado que su participación judicial ha sido escasísima⁵, y el Tribunal Internacional de Presas que no llegó a constituirse siquiera porque la Convención en donde se instituyó no fue nunca ratificada⁶.

Pero llegaría la Primera Guerra Mundial, la conocida como Gran Guerra, por sus consecuencias sobre los seres humanos (no olvidemos que la sociedad internacional de la época vivía una euforia armamentística que impedía dedicar recursos económicos a la investigación, por lo que el descubrimiento de la penicilina se retrasó notablemente para desgracia de las víctimas de dicha guerra⁷).

De esta manera, terminada la Primera Guerra Mundial y vistas sus consecuencias, los Estados vencedores impusieron en los artículos 227, 228 y 229 del Tratado de Versalles, de 1919, la creación de un Tribunal Internacional para enjuiciar a los responsables de los *actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra y por ofensas supremas contra la moral internacional y la sagrada autoridad de los Tratados*. Ésta era la primera vez que un tratado internacional reconocía jurídicamente la responsabilidad internacional penal, a través de una jurisdicción internacional.

Hubo juicios en Leipzig y otros lugares donde los criminales de guerra se enfrentaron a la justicia, sin embargo, Holanda se negó a extraditar al Emperador alemán Guillermo II, quien había abdicado en 1918 y se había refugiado en los Países Bajos.

En el seno de la Sociedad de Naciones, también se intentó crear un Alto Tribunal de Justicia Internacional que pudiera juzgar a los criminales «del derecho de gentes universal», o, en todo caso, una Sala específica de lo penal en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Sin embargo ni lo uno ni lo otro fue llevado a la práctica por la reticencia de numerosos Estados.

A principios de los años 20, el Imperio Otomano llevó a cabo uno de los genocidios más sangrientos que se conocen si exceptuamos el genocidio contra el pueblo

⁵ El manual de REMIRO BROTONS y otros dice al respecto: «El TPA es una institución viva, pero prácticamente inactiva desde la Segunda Guerra Mundial: de los 23 arbitrajes canalizados a su amparo, sólo uno se ha celebrado después de aquella fecha (compromiso de 1954 entre Grecia y Francia sobre el asunto de la *Administración General de los Faros del Imperio Otomano*). La manifestada disposición del Gobierno de la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) para acudir a la lista de árbitros del TPA —o a un tribunal arbitral *ad hoc*—, a fin de resolver las controversias sobre la sucesión de los bienes y deudas de la antigua Federación yugoslava (declaración de 30 de abril de 1993), tuvo en su día como objetivo justificar la negativa a colaborar en los procedimientos consultivos evacuados sobre este punto por la llamada *Comisión Badinter*», REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional*, MacGraw Hill, Madrid, 1997, p. 845.

⁶ TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 113.

⁷ En realidad la penicilina, aunque descubierta en 1928 por Fleming, no pudo encontrar efectos terapéuticos hasta bien avanzada la Segunda Guerra Mundial, tras los estudios de Florey y Chain, que, junto a Fleming, consiguieron en 1945 el reconocimiento de la comunidad científica y política con el Premio Nobel de Medicina.

judío durante la Segunda Guerra Mundial. Se trata de la represión turca sobre los armenios que terminó con más de un millón y medio de armenios masacrados. La intervención de los Aliados Occidentales culminó con la firma del Tratado de Sèvres, en 1923, donde se decidió la creación de otro Tribunal penal internacional que criminalizara tan graves conductas turcas. Aparece, por primera vez, la expresión Crímenes contra la Humanidad, fundamentados en las costumbres y leyes de la guerra y en las Convenciones aprobadas en las Conferencias Diplomáticas de La Haya, tanto de 1899 como de 1907.

Sin embargo, una vez más, la institucionalización de un Tribunal penal internacional tendría que esperar tiempos mejores para su constitución.

Otro proyecto fue el de la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, al que le siguieron nuevas propuestas pero ninguno de ellos fueron materializados por los Estados. No eran tiempos más que de nacionalismos exacerbados, de crisis económicas, de identidades ideológicas de naturaleza dictatorial, de expansionismo territorial y de relevancia de la industria armamentística.

III. EL PROCESO EFECTIVO DE CONCIENCIACIÓN JURÍDICA PARA EL ENJUICIAMIENTO INTERNACIONAL PENAL

La guerra más maldita de las malditas guerras fue, sin duda alguna, la Segunda Guerra Mundial. La imaginación del ser humano para cometer atrocidades alcanzó las más altas cotas de la perversión. Los acontecimientos no eran distintos de los que habían contemplado los dirigentes políticos en otros escenarios cercanos, como el inolvidable caso de la guerra española. Pero, ahora, sufrían en sus propias carnes las consecuencias de aquella pasividad. Por eso, esos mismos dirigentes o sus sucesores, reclamarían justicia.

Los aliados firmaron el 1 de noviembre de 1943 la *Declaración de Moscú*, en la que adoptarían la Resolución para exigir la *Responsabilidad de los hitlerianos por las crueldades cometidas*⁸. En dicho documento aceptaron el firme compromiso de ejercer una jurisdicción internacional para los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Terminada la guerra, aquel compromiso jurídico vería su institucionalización en el *Acuerdo de Londres*, de 8 de agosto de 1945 que creó el *Tribunal Militar Internacional de Nüremberg* para la «persecución judicial y el castigo de los criminales de guerra responsables de los países europeos del Eje».

Hay muchas críticas que pudieran hacérsele a este Tribunal, pero más podrían haberse hecho si no se hubiera constituido. Es verdad que era un Tribunal Militar y que no estaba previsto en la norma jurídica, y que, a pesar de llamarse Internacional, estaba formado sólo por jueces de potencias aliadas, por lo que no era estrictamente «internacional», sino más bien «multinacional», aunque el Estatuto de Londres había sido firmado por los cuatro aliados a los que se habían adherido otros diecinueve Estados.

También se le ha criticado que sólo persiguiera judicialmente a los «criminales de guerra responsables de los países europeos del Eje», es decir, a nazis y fascistas, de-

⁸ Previamente a esta Declaración los países aliados ocupados por Alemania habían formulado también la necesidad de enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra en la Declaración de Saint James' Palace, de 13 de enero de 1942.

jando las posibles imputaciones criminales de los componentes de los vencedores⁹. Estas imputaciones eran muy serias. No en vano, Stalin llegó, incluso, a proponer la ejecución de 50.000 oficiales alemanes. En esta propuesta «Churchill abandonó el salón, y sólo volvió porque Stalin lo siguió asegurándole que lo había dicho en broma, lo cual, según sabemos hoy de la matanza de oficiales polacos, no era cierto»¹⁰.

No obstante, en perspectiva de interpretación histórica y por las consecuencias tan relevantes que tuvo para el Derecho penal internacional no merece la pena analizar esas críticas porque nos llevaría siempre al absurdo de reinventar la historia. Pero quede constancia de ellas para que nadie me tilde de autocomplaciente.

Aquellas críticas han estimulado una polémica científica que han generado consecuencias muy positivas en claves de Derecho. Hoy, nadie puede decir que no es posible en términos jurídicos, el enjuiciamiento de los «vencedores» en el territorio de la ex Yugoslavia, ante el Tribunal previsto en La Haya. Diferente es que le llegue algún asunto en este sentido.

El Tribunal de Nuremberg tenía competencias para el enjuiciamiento de tres tipos de crímenes: *crímenes contra la paz*, *crímenes contra la humanidad* y *crímenes de guerra*. ¿Qué pretendían las potencias aliadas con esta clara diferenciación de crímenes por grupos? Sencillamente, juzgar también a los responsables políticos de la conducción de la guerra y no sólo a los responsables militares de las acciones militares.

El 20 de diciembre de 1945, el *Consejo de Control de Alemania*, estableció la *Ley número 10* por la que cualquier potencia ocupante podía juzgar a los oficiales alemanes responsables de crímenes de guerra, con rangos militares inferiores a los juzgados en Nuremberg, así como otros ciudadanos civiles o colaboracionistas, aunque fueran de las potencias aliadas. Por tanto, hubo una división de trato. Los militares de grado inferior serían juzgados por los tribunales de ocupación. Los de alto rango por el Tribunal de Nuremberg.

Se ha discutido mucho sobre si esta Ley n.º 10 del Consejo de Control aliado en Alemania es una norma internacional. En este sentido, como dice textualmente Bassiouni, «la incongruencia es obvia, puesto que la Ley n.º 10 había de ser una ley interna aplicable sólo territorialmente, a pesar de dimanar del derecho internacional y que su formulación y su promulgación eran el resultado de la victoria de los Aliados que actuaban en el ejercicio de su autoridad suprema sobre Alemania, tras la rendición incondicional de este país»¹¹.

En Japón sucedió otro tanto igual, sólo que el Tribunal Internacional de Tokio, el paralelo de Nuremberg, ni siquiera sería constituido por un tratado internacional, entre varias potencias sino que sería instituido por el Comandante en Jefe de las Fuerzas de Ocupación, a través de su Ordenanza de 19 de enero de 1946. En ella se crea el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, más conocido como Tribunal Internacional de Tokio. Ello demuestra que en realidad la Segunda Guerra Mundial no fue una guerra sino, al menos tres guerras, esta última librada esencialmente entre los Estados Unidos (junto al Reino Unido, en términos formales) contra Japón.

⁹ Ver KNIERIEM, A., *The Nuremberg Trials*, Ed. H. Regnery Co., Chicago, EEUU, 1959, pp. 101-102; o Kelsen, H., *Will the Judgement in y the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?*, en *International Law Quarterly*, 1972-2.º, p. 153.

¹⁰ KISSINGER, H., *Diplomacia*, Ediciones B, Barcelona, 1996, p. 435.

¹¹ BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Hague, 1992, p. 36.

He mencionado que los crímenes por los que se iban a juzgar a los responsables de la Segunda Guerra Mundial eran de tres tipos: *crímenes contra la paz*, *crímenes contra la humanidad* y *crímenes de guerra*. Las conductas que contemplarían los crímenes contra la paz serían las siguientes: preparación, desarrollo o persecución de una guerra de agresión, por tanto iba dirigido fundamentalmente a los planificadores de la guerra, es decir, a los políticos (o mandos militares) que la dirigieron. Las conductas contempladas en el marco de los crímenes de guerra venían recogidas en el artículo 6.b) del Estatuto de Londres, que decía textualmente:

Las violaciones de las leyes o usos de guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo: el asesinato, los malos tratos o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentren, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, al ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, al destrucción injustificada de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

Por su parte, el artículo 6.c) del Estatuto, recogería las conductas tipificadas como crímenes contra la humanidad. De esta forma decía:

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos o persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados, sean cometidos al perpetrar un crimen sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con él.

El Tribunal Internacional de Nuremberg encontró suficientes fundamentos jurídicos para el enjuiciamiento de los responsables de dichos crímenes. Así, los crímenes contra la paz lo fundamenta en el *Protocolo de Ginebra de 1927*, que aunque nunca fue ratificado era considerado derecho consuetudinario, la *Declaración de la Conferencia Panamericana de 1928*, el *Pacto Briang-Kellog o de Renuncia a la Guerra de 27 de agosto de 1928* (que en 1939 contaba con 63 Estados Partes) y los *Tratados de No Agresión de la Unión Soviética con sus vecinos, hechos entre 1931 y 1933*.

Quisiera reseñar que, desde Nuremberg, en Derecho penal internacional se viene imponiendo la idea de diferenciar las reglas de los derechos penales internos, sobre todo, continentales que basan siempre su ejecución contemplando estrictamente el principio *nullum crimen sine lege*, pero interpretando el término *lege* como norma codificada, establecida claramente en la ley. En Derecho internacional penal este principio, que también ha sido trasladado de los ordeñamientos jurídicos internos no responde a la misma interpretación, dado que la norma escrita en Derecho Internacional tiene el mismo rango que la no escrita, es decir, esencialmente la norma consuetudinaria y es posible, por tanto, invocarla ante los tribunales, aunque éstos sean penales, como veremos luego en las recientes experiencias habidas.

No obstante, no debemos olvidar que el único principio penal internacional que se reconocía explícitamente en aquella época era el principio del derecho a un juicio justo y equitativo. En este sentido, la jurisprudencia de los Tribunales de Ocupación reconoce que

En el ejercicio de su soberanía el Estado tiene derecho a instituir un tribunal, en el momento que considere oportuno, y a conferirle jurisdicción para juzgar a los responsables de violaciones de su derecho penal. La única obligación del Estado soberano para con el responsable de una violación es garantizarle un proceso imparcial ante un tribunal que le autorice a ser asistido por la persona de su elección, obtener la comparecencia de testigos de descargo y defenderse personalmente. Asimismo, una persona acusada de violación del derecho internacional no sufrirá, en caso alguno, una injusticia si se le confieren los mismos derechos y privilegios¹².

Los crímenes de guerra encontrarían su fundamento jurídico en el *Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña de 22 de agosto de 1864*, la *Declaración de San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra*, la *Declaración de La Haya prohibiendo el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano*, de 1899, el *Convenio de 29 de julio de 1899, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, los *Convenios de La Haya del 18 de octubre de 1907* (y su *Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre* que reemplazaría al de 1899, salvo que las Partes en éste no ratifiquen el de 1907), el *Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra de 27 de julio de 1929*, así como otros Tratados Internacionales (el de Washington, de 6 de febrero de 1922 y el Londres de 1930 sobre la guerra marítima).

Respecto a los *crímenes contra la humanidad*, ya se habían consagrado los de piratería, la trata de esclavos (Acta de Bruselas de 1890 y Convenio de Ginebra de 1926) o la trata de blancas (Convenio de 1910 y 1921), donde se establecía el principio de jurisdicción internacional. Sin embargo, es verdad que este tipo de crimen no estaba catalogado expresamente, ni siquiera estaba diseñado en el Derecho Internacional de la época.

Ahora bien, esta expresión ya había sido utilizada por la Francia, Gran Bretaña y Rusia en la Declaración en la que denunciaban la represión turca de los armenios¹³.

En realidad, si se observa detenidamente el artículo 6.c) del Estatuto del Tribunal de Nüremberg no recoge más que los crímenes existentes ya en el derecho internacional y otros crímenes comunes contemplados en las legislaciones internas realizados contra la población civil, como el asesinato, el exterminio, la deportación o las persecuciones. Lo único que se le añade es la crueldad de hacerlo de forma masiva o sistemática. Esto, en mi opinión, tal como he mantenido en otros trabajos, supone un atentado contra la conciencia pública¹⁴ o una «alarma social internacional»¹⁵.

Es verdad que hasta hace muy poco tiempo estos crímenes han estado muy indefinidos y han pecado de ambiguos¹⁶. Sin embargo, los nuevos desarrollos normativos han permitido ir precisándolos, como más adelante veremos.

¹² *Law Reports of Trial of War Criminals*, 1949, vol. XII, p. 63.

¹³ SCHELB, E., *Crimes against humanity*, en *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1949, p. 181.

¹⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *La resistencia de los Estados a reprimir las violaciones graves de los derechos humanos*, en el libro «La desprotección internacional de los derechos humanos», Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1998, p. 40.

¹⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *La violation grave des droits de l'homme comme une menace contre la paix*, en *Revue de Droit International (The International Law Review)*, vol. 77.1.º, janvier-avril 1999, p. 29.

¹⁶ ROBERGE, M.-C., *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 144, noviembre-diciembre 1997, pp. 709-710.

El resultado del enjuiciamiento de Nuremberg es sobradamente conocido. Sus sentencias se dictaron públicamente el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946: 12 alemanes fueron condenados a la pena capital¹⁷; 7 a diversas penas de prisión¹⁸ y 3 que fueron absueltos. Por su parte, el Tribunal Internacional Militar de Tokio hizo público su veredicto el 12 de noviembre de 1948 y tuvo a su vez el siguiente resultado: 7 penas capitales, 16 reclusiones perpetuas y 2 diversas penas de prisión.

Siendo estas manifestaciones jurídicas importantes porque iniciaron el proceso de criminalización internacional por violaciones graves de los derechos humanos, no lo son tanto, en mi opinión personal, como lo es el proceso de convicción que se inició en las Naciones Unidas, ahora sí, en el seno de una auténtica organización internacional de vocación universal.

En efecto, en 1945 nació la ONU y al año siguiente la Asamblea General, su órgano plenario, se reuniría por primera vez en Londres, mientras se fijaba su definitiva sede principal en Nueva York. Uno de los primeros cometidos de esta Asamblea General fue estudiar los principios recogidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg para la represión de los crímenes internacionales.

Tuvo ocasión de pronunciarse sobre ellos y lo hizo como debe hacerlo, con la proclamación de dichos principios como principios propios a través de la Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946.

No obstante, hubo numerosas discusiones sobre la necesidad de definir claramente este tipo de crímenes porque, por ejemplo, para el Tribunal de Nuremberg había una evidente conexión entre los crímenes contra la paz, contra la humanidad y los conflictos armados, lo que no se tiene por qué producir necesariamente como luego veremos. Pero ¿cómo canalizar estas discusiones en el marco de las Naciones Unidas? No parece que el órgano asambleario por excelencia sea un foro adecuado. Se requería un foro reducido y más «técnico».

Así, la Asamblea General ordenó a la Comisión de Derecho Internacional, su órgano subsidiario encargado de la codificación y del desarrollo progresivo del Derecho Internacional que codificara los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El traslado de esta petición lo hizo a través de la Resolución 177(III), de 21 de noviembre de 1947. Desde entonces, la CDI elabora un *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, que a fecha de hoy, aún no ha terminado de elaborar y que, tras la firma del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional probablemente ya no tenga mucho sentido que continúe con este estudio codificador.

Sin embargo, si se hace útil hace algunas referencias someras al proceso de análisis que ha habido en la CDI para comprender la evolución posterior porque propuestas no han faltado. Incluso entre 1950 y 1953 elaboró dos proyectos de Corte Penal Internacional pero que nunca fueron desarrollados, ni tan siquiera presentados.

El *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, fue finalmente presentado a la Asamblea General, en 1954, sin embargo, la

¹⁷ Borman (en rebeldía), Fanck, Frick, Goering, Jold, Kaltenbrunner, Keitel, Ribbentrop, Rosenberg, Sauckel, Seyss-Inquart y Strecicher. Todos, con excepción de Goering que se suicidó previamente, fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946.

¹⁸ A prisión perpetua: Funk, Hess y Raeder; a 20 años de reclusión: Schirach y Speer; a 15 años de reclusión: Neurath; y a 10 años de reclusión: Doenitz.

Asamblea General lo rechazó porque consideraba que había que replantear algunos tipos penales. Se hacía necesario, cuando menos, definir la *Agresión* con lo que se permitiría definir los crímenes contra la paz. Y luego continuar el proyecto.

Aceptando ese reto, en 1954, la Asamblea General estableció una Comisión especial para la elaboración de una definición del concepto de *Agresión*. Como era de esperar, las distintas ideas políticas afloraron en el debate, que a veces, fue acalorado y agrio. Veinte años, veinte, necesitó la Comisión para poder aprobar una Resolución que contuviera una definición de *Agresión*. Fue la Resolución 3314(XXIX), de 4 de diciembre de 1974, la que recogiera dicha definición.

Mientras tanto, la CDI fue madurando otros proyectos jurídicos y su *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, quedó apartado sin el más mínimo entusiasmo. Hasta 1981 la Asamblea General¹⁹ no se decidió a volver a solicitar a la CDI que continuara sus trabajos sobre el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*. Cambiaron sus relatores, se discutieron nuevos aspectos, hubo otros Informes y era evidente que se estaba produciendo un cierto progreso en cuanto a la codificación de los crímenes internacionales y un espectacular avance en su desarrollo progresivo, habida cuenta de la poca práctica que estos temas ofrecían en el Derecho Internacional.

Sin embargo, la Asamblea General, probablemente impulsada por los acontecimientos recientes (todavía no tan graves como los que habría de acontecer años posteriores) invitó a la CDI, el 28 de noviembre de 1990, en su Resolución 45/41 a que, «al proseguir su labor relativa a la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, considerase de nuevo y analizase las cuestiones que se planteaban en su informe en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional».

Ahora, por tanto, la preocupación de la Asamblea General se centra no tanto en la definición de los crímenes como en el tema de la jurisdicción internacional.

En 1991, la CDI aprobó el Proyecto completo de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Con estos réditos, decidió remitirlo, conforme a los artículos 16 y 21 de su Estatuto para que fuese estudiado por los Estados y se adoptase como tratado internacional multilateral. La CDI lo remitió a todos los Estados para que formularan sus observaciones y comentarios, aprobándolo en primera lectura, pero como dice el profesor Remiro Brotons y otros, «basta comparar el proyecto final de la CDI con el aprobado en primera lectura en 1991 para advertir la drástica disminución de los tipos contemplados, consecuencia de la aceleradísima pérdida de entusiasmo en su codificación de los apóstoles del viejísimo *nuevo orden*»²⁰.

Sin embargo, vale la pena destacar del Proyecto algunas ideas que serán muy útiles para conocer la situación presente de la jurisdicción internacional. Lo primero a destacar es que sólo estudia la responsabilidad individual, independientemente si el individuo es un «agente del Estado», actúa «por cuenta del Estado», o «en nombre del Estado», o se relaciona de alguna manera con el Estado aunque no tenga mandato alguno, por ejemplo, que se sirva de la protección del Estado o que per-

¹⁹ Resolución 36/106, de 10 de diciembre de 1981.

²⁰ REMIRO BROTONS, A. y otros, *op. cit.*, p. 1003.

tenezca a entidades paramilitares toleradas por el Estado o a fuerzas de instituciones o empresas no directamente estatales pero que tengan un fuerte contenido de vigilancia estatal.

Ahora bien, aunque el Proyecto sólo estudia la responsabilidad penal internacional individual, no prejuzga la responsabilidad internacional del Estado que sigue vigente aunque los autores materiales hayan sido juzgados y condenados. Por tanto, la responsabilidad internacional no es objeto de análisis pero no se excluye.

Curiosamente el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, aprobado en primera lectura por la CDI en 1991 se basa en el principio *aut dedere aut judicare*, es decir en el principio de extraditar o enjuiciar, es decir en el principio de jurisdicción universal, aunque con una excepción, la del crimen de agresión para el que sí se establece una jurisdicción internacional, salvo que sean los tribunales nacionales para juzgar a sus propios nacionales. Los demás crímenes sí quedan sometidos a la jurisdicción universal.

Digo lo de curiosamente porque en aquellas fechas ya se estaban cometiendo las más graves fechorías en Somalia, Ruanda o Bosnia-Herzegovina y se seguía ignorando la necesidad de una institución judicial internacional que enjuiciase los horrendos crímenes que recogía el propio *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*. Y que la propia Asamblea General le había pedido que continuase profundizando en el tema de la jurisdicción internacional.

No olvidemos que el Proyecto señala como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el crimen de agresión, el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra, casi todos ellos presentes en los conflictos más recientes.

Por crímenes contra la humanidad interpreta aquellos que se cometan de forma sistemática y a gran escala como asesinatos, exterminio, tortura, sujeción a esclavitud, persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos, deportaciones, encarcelamiento arbitrario, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos que menoscaban gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.

Respecto a los crímenes de guerra, es importante saber que no dejan de ser crímenes de guerra, pero si éstos son sistemáticos o a gran escala, simultáneamente, además de ser crímenes de guerra, serían crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Y su tipificación coincide esencialmente con los contemplados como infracciones graves en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

En este orden de cosas, vemos, pues, que la CDI paralelamente se enfrentaba a la culminación de su *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, y simultáneamente al *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Ambos cuerpos, aunque estudiados por el mismo órgano, seguirían vidas independientes, aunque paralelas.

La CDI siguió siendo instigada por la propia Asamblea General²¹ y, en 1992 dedicó todo su esfuerzo en esta campo, al *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*. El Informe del Relator Especial sobre este tema quedó completamen-

²¹ Resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991.

te dedicado a este tema²² que decidió establecer un grupo de trabajo para elaborar dicho Proyecto.

¿Qué quería decir que hubiera dos proyectos? Pues, en mi opinión personal, sólo caben dos opciones. O bien que el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* ya no tendría que estar conectado sólo con la competencia de un determinado Tribunal, o bien que el *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional* tendría una competencia más amplia que la del propio Código.

No es que me extrañe que esto pudiera ser así. El mismo concepto de código, en el orden interno parece que implica la recopilación de todo lo existente en una materia, por ejemplo, el Código Penal español, pero eso no quiere decir que la jurisdicción de los tribunales penales alcance sólo a los delitos tipificados en el propio código. Así sucede, por ejemplo, con normas como la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea española²³, o incluso, la Ley de Represión del Contrabando²⁴.

La realidad posterior ha demostrado que el Estatuto de la Corte Penal Internacional finalmente aprobado, como luego veremos, ha recogido su propio marco de competencias, con un derecho aplicable propio, excluyendo, en principio, extender su competencia a los tipos contemplados en los distintos Convenios internacionales, con la salvedad que hace cuando se refiere incidentalmente en los crímenes de guerra, a los Convenios de Ginebra de 1949 y a otras normas de los conflictos armados.

El *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional* de la CDI fue presentado a la Asamblea General en 1994 y lo hizo incorporando un anexo con un amplio repertorio de tratados internacionales multilaterales en materia de derechos humanos, incluyendo el futuro *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*. Por tanto, la opción recogida por la CDI era la de establecer una jurisdicción internacional relacionada con los crímenes ya contemplados en los tratados internacionales y no con un marco exclusivo de derecho aplicable. Por tanto, los crímenes que juzgaría este Tribunal serían los relacionados en el Proyecto de Código que ya he tenido la oportunidad de mencionar, añadiendo *aquellos crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional*.

En la presentación de la CDI a la Asamblea General del Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, la CDI recomienda la convocatoria de una conferencia diplomática que examinara el proyecto de estatuto a través de un tratado internacional que estableciera un tribunal penal internacional, basado en su propio Proyecto.

Han sido muchos los tratados internacionales que han tipificado ciertas conductas como crímenes internacionales, pero ninguno de ellos ha sido capaz de codificarlas todas. Quizás el único que ha hecho un catálogo de derechos humanos (y, por tanto, sus violaciones son constitutivas de criminalización), ha sido, a nivel universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁵ que con toda su precariedad jurídica (no hay que olvidar que se recoge en una simple Resolución de la

²² Doc. de Naciones Unidas A/CN.4/442.

²³ Ley 29/1964, de 24 de diciembre.

²⁴ Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre.

²⁵ A nivel regional, como se sabe, existen instrumentos jurídicos concretos en el marco de los derechos humanos y las libertades fundamentales que sí suponen, si se quiere, una codificación de los mismos. Es

Asamblea General y no establece un sistema de control) ha servido de guía para el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluso a través de un desarrollo progresivo como han sido los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entre los tratados internacionales pueden citarse la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (9 de diciembre de 1948), la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (30 de noviembre de 1973) o la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (26 de noviembre de 1968), entre otros muchos. Sin embargo, en estos tratados, los Estados Partes se comprometen a la prevención y a la sanción de las conductas que tipifican y se obligan a adoptar medidas legislativas que permitan asegurar la aplicación de los distintos Convenios.

No obstante, lo importante que es el sistema de control no aparece. Sólo la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio menciona una corte penal internacional de jurisdicción voluntaria, como la competente para ejercer la jurisdicción.

En este sentido, el artículo VI establece lo siguiente:

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Como sabemos esta corte nunca ha sido creada. Quizás, hoy día, podríamos decir que la Corte Penal Internacional creada en el Estatuto de Roma, en 1998 puede resultar ser esta corte, pero este Estatuto ni siquiera menciona a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, aunque si recoja con sus mismas palabras el tipo penal del genocidio.

Por tanto, podemos afirmar que, salvo los tribunales creados tras la Segunda Guerra Mundial (si finalmente quisiéramos llamarles tribunales internacionales en el sentido de representativos de la comunidad internacional, que no lo fueron) hasta que se crean los nuevos tribunales *ad hoc* para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, no ha existido la jurisdicción internacional penal.

IV. LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES *AD HOC* COMO INICIOS DE LA CONVICCIÓN JURÍDICA PARA ENJUICIAR LOS CRÍMENES INTERNACIONALES MÁS GRAVES

Tenían que haberse producido no sólo acontecimientos tan trágicos como los acontecidos en Yugoslavia y en Ruanda sino que, además, tenía que haberse caído

más, además de recoger los derechos y libertades, han estableciendo un sistema de control, bien colectiva bien individual. Sin embargo, esto no supone una justicia penal dado que dichos órganos de control, frecuentemente tribunales de justicia no pueden dictar penas y no se dirigen más que a los Estados, dependiendo de ellos no sólo la verdadera ejecución de sus sentencias declarativas sino el propio compromiso del Estado de ser Parte o no en el tratado. Por tanto, en el campo de la jurisdicción internacional penal no es precisamente lo que se necesita, sin restarle la importancia. Véase especialmente el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Convenio Americano de Derechos Humanos.

o haberse tirado, según se mire, el muro de Berlín y haberse globalizado la información lo que hizo que la opinión pública internacional ejerciera de verdadero actor internacional, para que los gobernantes reaccionaran. El cambio de estos escenarios, hizo, pues, que la mecha de la «conciencia pública» se instalara en el pebetero del Consejo de Seguridad.

Fue allí, donde otras tantas veces no llegaron los arcos incendiarios, como en Vietnam, en Irak, Chechenia, Burundi, Zaire o Camboya²⁶, fue allí, digo, donde se generó la convicción de la necesidad de una auténtica jurisdicción internacional para enjuiciar los horrendos crímenes cometidos.

En Bosnia-Herzegovina, territorio federal de la antigua Yugoslavia, la limpieza étnica, las violaciones sistemáticas de mujeres musulmanas, los ajusticiamientos masivos, incluso los hostigamientos homicidas de los enclaves protegidos por las Naciones Unidas, como Srebrenica²⁷, Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde y Bihac²⁸ fueron tan horribles que superaron las imaginaciones más escabrosas.

En estas condiciones, el Consejo de Seguridad y otros órganos de las Naciones Unidas tuvieron una destacada participación²⁹. Por un lado, el Consejo de Seguridad creó en una Resolución el Estatuto del *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991*³⁰. Por otro lado, el Secretario General pidió, mediante carta fechada el 6 de febrero de 1994, a la OTAN que en virtud de la resolución 836(1993) de 4 de junio, actuara con ataques armados aéreos selectivos para impedir el hostigamiento a que estaba sometido Sarajevo.

Respecto a Ruanda, podemos decir igual. Se trataba esencialmente también de un conflicto étnico, con violencia a gran escala, genocidio y otras gravísimas infracciones del Derecho Internacional Humanitario³¹ que creo que son fácilmente recordadas por cuantos las vivimos, informativamente hablando. La reacción del Consejo de Seguridad, entre otras medidas sería la de la creación de un *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*³², con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de otros Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

Pero, aquí y ahora, sólo nos interesa la creación de estos Tribunales Internacionales, por tanto, de esta jurisdicción internacional, aunque comparto la crítica de

²⁶ TAVERNIER, P., *La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 114, noviembre-diciembre 1997, pp. 646-647.

²⁷ Declarada zona segura por la Resolución del Consejo de Seguridad 819 (1993) de 16 de abril.

²⁸ Declarada zona segura por la Resolución del Consejo de Seguridad 824 (1993) de 6 de mayo.

²⁹ Para conocer la participación de las Naciones Unidas en todo el conflicto, véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz-La presencia de la ONU en los conflictos internacionales e internacionalizados*, vol. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1998, pp. 338-361.

³⁰ Creado por la Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993) de 25 de mayo.

³¹ Para mayor información, véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Operaciones de las Naciones Unidas...* op. cit., pp. 300-310.

³² Creado por la Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994) de 8 de noviembre.

Russbach respecto al hecho de establecer jurisdicciones selectivas o como, como él mismo dice, de una justicia internacional a la carta³³.

Quisiera señalar dos elementos que vienen implícitos en el propio mandato del Consejo de Seguridad cuando crea ambos tribunales. Primero el hecho de que se llamen «Tribunales». En español quizás no tenga mucha importancia, pero sí en otros idiomas, como el inglés y el francés.

Cuando se crean jurisdicciones internacionales de carácter permanente, se denominan en inglés *Court* y en francés *Cour*³⁴, independientemente de que en español se diga *Tribunal*, por ser la expresión castellana para designar al órgano judicial³⁵. Aparentemente esto no tiene más importancia que la lingüística, pero en textos jurídicos algo querrá decir tal distinción.

En efecto, luego en la *Corte Penal Internacional*, instituida en Roma se le ha denominado *Corte*, en los tres idiomas mencionados. ¿Por qué, entonces, el Consejo de Seguridad llamó a los órganos judiciales que creó, *Tribunales*? Sencillamente para remarcar que estábamos ante jurisdicciones *ad hoc*, y, por tanto, para crímenes concretos y con carácter temporal.

El segundo elemento que señala su propia denominación y su propio mandato es el marco geográfico al que deben circunscribirse las distintas jurisdicciones establecidas. Por lo tanto, lo de jurisdicción internacional, si lo son, es porque son órganos creados por la comunidad internacional institucionalizada pero no por su marco de acción. Esto supone, pues, un límite más que tienen este tipo de jurisdicciones internacionales.

En ambos Estatutos se establece únicamente la incriminación personal, por lo tanto, el principio de la responsabilidad penal individual es el único invocable.

Algo de suma importancia para que no se produzca la doble incriminación o la ruptura del principio penal de *non bis in idem* es que en los artículos 10 y 9 de los respectivos Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente, se han previsto la primacía de los tribunales internacionales y el efecto de cosa juzgada de sus sentencias. Con ello se impide la persecución nacional de los enjuiciados ante dichos Tribunales, pero también se establece la primacía de los tribunales internacionales.

El Tribunal para Ruanda ha tenido más posibilidad de comprobar la aplicación de esta norma estatutaria cuando, por ejemplo, las autoridades de Camerún decidieron trasladar a un detenido ruandés, el coronel Théoneste Bagosora, que había sido detenido como consecuencia de una orden internacional de búsqueda y captura, solicitada por Bélgica, al citado Tribunal internacional, dándole preeminencia a la jurisdicción del Tribunal antes que a las belgas³⁶.

Se establece, a parte de la obligación general de cooperar de todos los Estados con los respectivos Tribunales Internacionales, la obligación de, digamos *extraditar*, a las personas que se encuentren en territorio de un Estado, es decir, de poner a disposición de los Tribunales a las personas que busquen para enjuiciarlos. Es más, in-

³³ RUSSBACH, O., *Une justice internationale à la carte*, en *Politique Internationale*, n.º 67, 1995, pp. 313-326.

³⁴ Recordemos *International Court of Justice*, o *Cour Internationale de Justice*; o, *European Court of Human Rights* o *Cour Européenne des droits de l'homme*.

³⁵ Recordemos que en español se dice Tribunal Permanente de Justicia Internacional o Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si se ha acuñado la expresión *Corte Internacional de Justicia* es porque el lenguaje oficial de la Carta de las Naciones Unidas así lo reconoce, dado que el español oficial de Naciones Unidas, en 1945, momento de redacción de la Carta era el español de Hispanoamérica, donde a los tribunales de justicia se les denominan *Cortes*.

³⁶ Caso ICTR-96-7-I.

cluso aunque ya se hayan iniciado procedimientos penales contra ellos, iniciados a instancias propias de la jurisdicción nacional respectiva³⁷.

Este mecanismo de inhibición ha sido profusamente utilizado por el Tribunal para Ruanda presentando peticiones de inhibición de tribunales nacionales, en virtud del artículo 8.2.º del Estatuto del Tribunal y con sus propias normas de procedimiento y prueba³⁸.

Esta obligación general de los Estados de cooperar con los Tribunales *ad hoc* fue resaltada por el propio Secretario General, describiendo la naturaleza de estas obligaciones de la siguiente manera:

La creación del Tribunal Internacional sobre la base de una resolución aprobada con arreglo al capítulo VII impone a todos los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para aplicar dicha resolución. En la práctica, esto significa que todos los Estados tendrían la obligación de cooperar con el Tribunal Internacional y prestarle asistencia en todas las etapas de las actuaciones para asegurar que se atiendan las peticiones de asistencia para reunir pruebas, interrogar a los testigos, sospechosos y expertos, identificar y localizar a las personas y tramitar documentos. También se deberán cumplir todas las órdenes de detención, las órdenes de registro, la órdenes de entrega o traspaso de personas y cualesquiera otras órdenes necesarias para llevar adelante el proceso. En este sentido, toda orden que dicte (el Tribunal) [...] se considerará aplicación de una medida coercitiva con arreglo al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas³⁹.

Yo tengo claro que la primacía de la jurisdicción internacional prevalece en el caso de los Estatutos de los Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, hay algún autor que disiente de esta aseveración, como Flavia Lattanzi que considera que el hecho de que aparezca en el artículo 9.2.º del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, que para ejercer la primacía sobre las jurisdicciones nacionales, el Tribunal puede *solicitar* oficialmente que dichas jurisdicciones nacionales desistan de un caso a favor de la jurisdicción internacional *ad hoc*. Es esa expresión de *solicitar* lo que hace pensar a Lattanzi que la primacía no puede ser impuesta y, mucho menos, por vía de un comentario del Secretario General⁴⁰.

Comprendo la preocupación de la profesor Lattanzi, por ello, la vía jurídica que se ha utilizado para la creación de estos Tribunales ha planteado numerosos problemas. Nadie duda de la obligatoriedad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad respecto a los Estados, pero ¿cómo materializar esa obligación respecto a los jueces, magistrados, fiscales, etc., en relación con los justiciables? España ha resuelto este problema publicando en el *Boletín Oficial del Estado* una Ley Orgánica, la número 15/95, de 1 de junio, donde se refleja el texto de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad, que contiene el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia.

³⁷ El Tribunal para Ruanda ha tenido ocasión de solicitar ya las inhibiciones de tribunales nacionales belgas y suizos a favor de su jurisdicción contra inculpadlos de las propias autoridades judiciales belgas y suizas. Ver los Casos ICTR-96-D, ICTR-96-15-T, o ICTR-96-13-D.

³⁸ Véanse, por ejemplo, los Casos ICTR-96-2-D, ICTR-96-5-D, ICTR-96-6-D, o ICTR-96-7-D.

³⁹ Informe del Secretario General, de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, de 3 de mayo de 1993, Doc. S/25704 y Add. 1, párr. 125-126, pp. 32-33.

⁴⁰ LATTANZI, F., *La répression pénale des crimes du droit international: Des juridictions internes aux juridictions internationales*, en el libro *Le droit face aux crises humanitaires*, vol. I, editado por la Commission Européenne, 1995, p. 150.

No creo que ningún miembro de la judicatura tenga ahora dudas sobre la obligación de poner a disposición del Tribunal con sede en La Haya, de las personas que puedan estar en territorio nacional español y que sean reclamadas por la justicia internacional o de cooperar con dicho Tribunal en cuanto pueda necesitar de las autoridades internas españolas.

Sin embargo, respecto al Tribunal de Ruanda, el Gobierno español procedió inicialmente a publicar en el *BOE* el texto de la Resolución 955 del Consejo de Seguridad, con el escaso rango jurídico de una Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores⁴¹. ¿Quería esto decir que una Resolución de un órgano de tan poca categoría jurídica como una Secretaría General Técnica tiene rango obligatorio suficiente para los jueces, magistrados, fiscales u otras autoridades internas como para que comprometa su actuación internacional? No lo creo. Por ello, tres años después, se corrige el error y se aprueba una Ley Orgánica para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, con fecha de 1 de julio de 1998⁴². De esta manera no queda duda sobre la obligatoriedad de la cooperación de las autoridades españolas con este Tribunal, con sede en Arusha, Tanzania.

Diferente sería la cooperación en sentido inverso, es decir, de los Tribunales Internacionales respecto a los tribunales nacionales. En este sentido, Dubois ha lamentado que la cooperación tenga lugar en un sólo sentido, dado que no hay ninguna norma en los Estatutos o en las reglas de procedimiento que prevea la respuesta de estos tribunales si hubiese una petición judicial formulada por las autoridades judiciales de un Estado⁴³.

Respecto al ámbito de aplicación material, ambos Tribunales conocerán de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de las violaciones de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, el Tribunal para la ex Yugoslavia tendrá mayores competencias de aplicación material.

En el Estatuto del Tribunal para Ruanda se regula el genocidio de la misma manera restrictiva que en el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, «pero se restringe la noción de violaciones del derecho humanitario a las comprendidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (art. 4), y se definen los crímenes de lesa humanidad en el artículo 3 del Estatuto hasta el punto de casi confundirse con la noción de genocidio»⁴⁴.

Respecto al crimen de genocidio encontramos una novedad muy importante que ya nos servirá para comprender definitivamente que hay una convicción jurídica de que no es posible conectar únicamente con los conflictos armados. No olvidemos que el Estatuto del Tribunal de Nüremberg consideraba que estas conductas sólo podrían producirse en los conflictos armados.

Es verdad que ya la propia Convención de Nueva York, de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio⁴⁵ recoge en su artículo 1 que «el genocidio,

⁴¹ Resolución de 10 de mayo de 1995, de la Secretaría general Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, *BOE* n.º 123, de 24 de mayo de 1995, pp. 15183-15188.

⁴² *BOE* n.º 157, de 2 de julio de 1998.

⁴³ DUBOIS, O., *Las jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 144, noviembre-diciembre 1997, p. 770.

⁴⁴ FERRER LLORET, J., *Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos*, Editorial Tecnos y Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 73.

⁴⁵ Obsérvese cómo en 1948 aparece el genocidio con la terminología de delito, en vez de crimen, lo que significa solamente que todavía no se había planteado la distinción tal como el actual Derecho Internacional la conoce.

ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional». Por tanto, ya lo saca de la órbita del derecho interno, por un lado y amplía su ámbito de aplicación material, por otro, en el sentido de que incluirán no sólo las conductas definidas como tal en el artículo 2 que sean susceptibles de considerarse como «genocidio» en el marco de los conflictos armados, sino también aquellas conductas susceptibles de considerarse como «genocidio» en períodos de paz.

Con esta apreciación reflejada en los Estatutos de ambos Tribunales la comunidad internacional se decanta definitivamente por un ámbito de aplicación amplio.

Igual ha sucedido con los crímenes contra la humanidad, que no tienen que estar necesariamente conectados con los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra.

Esta idea ha sido mantenida por el propio Secretario General de Naciones Unidas en su informe al Consejo de Seguridad sobre la no inclusión de requisitos de conexión sustantiva con los crímenes relacionados con un estado de guerra en cumplimiento de la Resolución 955(1994) de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad que crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁴⁶, o los Estatutos de creación de los Tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia (art. 5) o Ruanda (art. 3).

El propio Tribunal de la ex Yugoslavia se ha pronunciado sobre esta importante cuestión, en la decisión de la Sala de Apelación de 2 de octubre de 1995 en el caso Dusko Tadic en una cuestión de previo pronunciamiento en materia de jurisdicción, diciendo que

Es ya una norma establecida de derecho internacional consuetudinario el que los crímenes contra la humanidad no exigen la conexión con un conflicto armado internacional⁴⁷.

Véase, pues, un ejemplo de la aplicación de una norma consuetudinaria en el campo del Derecho penal internacional.

En este sentido, el propio Secretario General de las Naciones Unidas, en su Informe al Consejo de Seguridad cuando se instituyó el Tribunal para la ex Yugoslavia, manifestó que «la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas de derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario»⁴⁸.

Por tanto, como simplifica Marie-Claude Roberge, la competencia del Tribunal penal para la ex Yugoslavia abarca las infracciones graves contra los Convenios de Ginebra de 1949, *las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra*, el genocidio y *los crímenes de lesa humanidad*, mientras que en el de Ruanda, se restringe al genocidio, a *los crímenes de lesa humanidad*, y a las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II⁴⁹.

Véase, pues, como, entre las competencias de ambos Tribunales, aparecen normas de derecho consuetudinario, pues, como ya se ha visto en el proceso de crimi-

⁴⁶ Doc. S/1995/134, nota 5.

⁴⁷ Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction (The Prosecutor versus Dusko Tadic a/k/a «Dule»), de 2 de octubre de 1995 (CASE n.º IT-94-I-AR72).

⁴⁸ Doc. S/25704, par. 34.

⁴⁹ ROBERGE, M.-C., *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 144, noviembre-diciembre 1997, p. 695.

nalización, los crímenes de lesa humanidad no aparecen ni codificados ni instituidos en forma alguna en algún tratado o instrumento jurídico, con la excepción ya vista del Estatuto de Nüremberg para el enjuiciamiento de los nazis tras la Segunda Guerra Mundial y la labor inconclusa que llevó a cabo la Comisión de Derecho Internacional.

Por tanto, aunque no sea una novedad la aparición de este tipo de crímenes contra la humanidad, el hecho de que aparezcan en los Estatutos del Tribunal para la ex Yugoslavia y para el de Ruanda, quiere confirmar la convicción jurídica de su existencia, de forma clara y expresa.

Es verdad que entre ambos Estatutos hay diferencias cualitativas en su redacción, en lo referente a los crímenes de lesa humanidad, pues el Estatuto del Tribunal de la ex Yugoslavia recoge en su artículo 5 que «el Tribunal tendrá competencias para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, *cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional...*», mientras que el Estatuto del Tribunal para Ruanda no se exige la existencia de un conflicto armado.

Esta divergencia textual ha sido interpretada, como he dicho, por la Sala de Apelaciones del Tribunal de la ex Yugoslavia, cuando en el caso Tadic considera que no es necesaria una conexión entre los crímenes de guerra y de lesa humanidad por lo que no es preceptivo el estado de conflicto armado⁵⁰.

Probablemente podemos considerar que los Estatutos de estos dos Tribunales *ad hoc* fueron redactados de forma precipitada, que aparecen incompletos, e incluso, como lo califica Tavernier que pueden resultar un poco «chapucero»⁵¹. Sin embargo, el desarrollo posterior de estas jurisdicciones ha demostrado que los jueces y magistrados responsables de la jurisdicción, cuando tienen competencias para ello como es el caso de estos dos Tribunales, pueden elaborar un marco jurídico de procedimiento penal y de establecimiento de las pruebas que puede superar con creces algunas deficiencias técnicas de los propios Estatutos.

Ahora bien, todavía tendríamos que analizar más en profundidad las verdaderas consecuencias jurídicas de la instauración de estas jurisdicciones internacionales. Todavía no se vislumbra una instrumentalización clara de un sistema determinado, porque, aunque los Estatutos de los Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda fueron redactados por anglosajones, que tuvieron en cuenta, sobre todo, su propio sistema jurídico del *common law*, también se han aplicado reglas del sistema continental del *civil law*, lo que ha generado incomprensiones y contradicciones, sobre todo, respecto al procedimiento y otros aspectos.

Podríamos decir que el Tribunal de Ruanda se ha nutrido de la experiencia de su inmediato predecesor, el de la ex Yugoslavia. No olvidemos que incluso poseen instituciones comunes como el propio Fiscal (art. 15 del Estatuto del Tribunal para Ruanda), aunque se prevé un Fiscal Adjunto para el de Ruanda, y una Sala de Apelaciones (art. 12 del Estatuto para Ruanda), así como se aplican en ambos, las Normas de procedimiento y de prueba del Tribunal para la ex Yugoslavia (art. 14 del Estatuto para Ruanda).

No se si hechos como la detención de Slavko Dokmanovic, el 27 de junio de 1997 y de Milan Kovacevic, el 10 de julio de 1997, cuando fuerzas de la OTAN le

⁵⁰ Decision on the defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Duski Tadic*, Caso n.º IT-94-I-AR72, 2 de octubre de 1995, párr. 141.

⁵¹ TAVERNIER, P., *op. cit.*, p. 649.

detuvieron en Bosnia-Herzegovina y lo pusieron a disposición del Tribunal para la ex Yugoslavia o si la imputación a Milosevic y otros de crímenes susceptibles de enjuiciamiento por ese mismo Tribunal⁵², o los resultados del Tribunal de Arusha, serán suficientes para darle credibilidad a la jurisdicción internacional, pero no hay que olvidar que a pesar de la ambigüedad de los procedimientos establecidos, estos precedentes han sido extremadamente útiles para el establecimiento definitivo de una Corte Penal Internacional, de carácter permanente.

Como ha recordado Theodor Meron «lo importante no es cuántos casos de atrocidades puedan tratar los Tribunales Internacionales sino el profundo mensaje que transmite su existencia misma, propiciando así el desarrollo del derecho mediante sus estatutos, sus normas de procedimiento, así como mediante la práctica»⁵³.

Por ello, quisiera ser esperanzado y no dar por perdida ninguna batalla, sobre todo, en estos momentos en que la comunidad internacional ha plantado una fuerte ofensiva a esta cuestión con la creación de la Corte Penal Internacional.

V. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como ya he dicho, cuando la Comisión de Derecho Internacional somete, en 1994, a la Asamblea General, un Proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional, de carácter permanente, la Asamblea General decide en noviembre de 1995 crear un *Comité Preparatorio* que discutiera el Proyecto presentado y completara el texto que debería ser adoptado en una Conferencia Diplomática.

Los problemas que se han detectado en los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda desaconsejaron que se utilizara la vía de una Resolución del Consejo de Seguridad para la creación de esta Corte Penal Internacional, de esta manera no caería bajo la autoridad de un órgano político y no estaría sometida a los vaivenes que pueden quedar sometidos todos los órganos subsidiarios.

Por otra parte, se podía haber instituido una Corte Penal Internacional reformando la Carta de las Naciones Unidas y creándola como un órgano principal de la Organización. Sin embargo, este sistema era poco viable a la vista de los numerosos problemas que plantea esta reforma, que ya lleva años en un intento modesto de cambiar algunas cosas en la ONU.

Por tanto, sólo quedaba el método de convocar una Conferencia Diplomática, lo que hace la Asamblea General en 1996, para que pueda reunirse en Roma, durante los días 15 de junio y el 17 de julio de 1998.

No es este el momento ni el lugar de analizar los avatares que tuvo esta Conferencia sino el de señalar simplemente que la Conferencia terminó aprobando un Convenio Internacional que instituyó una Corte Penal Internacional que estaría «vinculada con Naciones Unidas por un Acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta» (art. 2).

No era fácil la tarea de esta Conferencia Diplomática, porque, además de sentar entre sus representantes a más de 160 Estados, 31 instituciones internacionales y 133

⁵² Ver esta noticia ampliamente comentada y desarrollada en *El País* de 28 de mayo de 1999.

⁵³ MERON, T., *The international criminalization of internal atrocities*, en *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 555.

organizaciones no gubernamentales⁵⁴, tenía la ardua tarea de «articular en un mismo texto, bajo la forma de un tratado internacional, lo que en cualquier país sería materia propia de varias leyes: por lo menos, un código penal, una ley orgánica judicial y una ley de enjuiciamiento criminal (incluso una ley de cooperación internacional que él no cita pero que también podría considerarse), todo ello ceñido, evidentemente, a los crímenes más graves de trascendencia internacional, sin que hubiese aun acuerdo sobre una lista corta o larga de tales crímenes. Para lograr este objetivo había que utilizar adecuadamente principios, reglas y técnicas procedentes de varios sistemas o tradiciones jurídicas, que a veces no se dejan combinar tan fácilmente»⁵⁵.

Dicho Convenio fue aprobado el 17 de julio de 1998, por 120 votos de Estados a favor, 7 en contra⁵⁶ y 21 abstenciones. Este establece la Corte Penal Internacional, de carácter permanente en La Haya, e indica que dicha Corte tendrá jurisdicción sobre los crímenes más graves, como el de genocidio, los crímenes contra la Humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, pero como sistema complementario.

En efecto, el *ius puniendi* lo sigue ostentando el Estado soberano que goza de jurisdicción prioritaria. En este sentido, como ya podemos ver, se diferencia de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda que, como se recordará, tienen la jurisdicción preferente.

El artículo 17 del Estatuto de Roma prevé, en este sentido, que cuando un asunto esté en manos de las autoridades de un Estado que tenga competencia para ello, la Corte Penal Internacional, en caso de que le llegue el asunto, declarará la inadmisibilidad, salvo que determine que el Estado competente no pueda o no quiera llevar adelante la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento o, como señala el artículo 20:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 y 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

A) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia del Tribunal; o

B) no hubiera sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiera sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

La jurisdicción de esta Corte Penal Internacional está diseñada para los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

⁵⁴ Sobre la participación de las ONG en esta Conferencia Diplomática me ha parecido útil la reflexión que hace el profesor Serge Sur en la *Revue Générale de Droit International Public*. En este sentido, véase, SUR, S., *Vers une Cour Pénale Internationales. La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité*, en *Revue Générale de Droit International Public*, janvier-marz, 1999, n.º 1, pp. 35 ss.

⁵⁵ YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., *De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional*, en el libro *50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fundación El Monte, Sevilla, 1998, p. 58.

⁵⁶ Los Estados que votaron en contra de la creación de una Corte Penal Internacional fueron Estados Unidos, China, India, Israel, Sri Lanka, Turquía y Filipinas.

Por supuesto, esta jurisdicción no podrá ejercerse más que para crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Convenio que instituye la Corte Penal Internacional. A cambio, la aprobación del Estatuto implica, según el artículo 12, la aceptación automática de la jurisdicción de la Corte, respecto a los crímenes señalados en el artículo 5, sin necesidad de presentar una ulterior aceptación de jurisdicción. Por tanto, la jurisdicción, en este caso, es obligatoria⁵⁷.

El alcance de la competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional está marcada en el Estatuto en un doble plano. Si el asunto fuera remitido al Fiscal, figura jurídica prevista en el Estatuto, por el propio Consejo de Seguridad, en cuyo caso la competencia se ejercería sobre todos los Estados miembros de Naciones Unidas, independientemente de si son partes o no en el Estatuto de la Corte. En segundo lugar, si fuera un Estado Parte el que lo remite al Fiscal o éste inicia un procedimiento de oficio, la Corte sólo podrá ejercer su competencia si los Estados en cuyo territorio se ha cometido el crimen o del que sea nacional el acusado son partes en el Estatuto o acepta *in casu*, la competencia de la Corte.

Por tanto, y según el artículo 13 del Estatuto, el *locus standi* para presentar denuncias respecto a los crímenes contemplados en el Estatuto lo tienen o bien los Estados Partes o el Consejo de Seguridad o el Fiscal.

Es de aplaudir que en este Estatuto no se recogiera las limitaciones que imponían los proyectos de la CDI sobre el impedimento de que la Corte conozca de asuntos que están en manos del Consejo de Seguridad. No es este el caso, por lo que la Corte podrá conocer de casos de violaciones graves de los derechos humanos aunque estén en relación con un asunto que esté siendo estudiado en el seno del Consejo de Seguridad.

A cambio, hubo que transaccionarse en cuanto a una exigencia de las grandes potencias, por lo que el artículo 16 contempla que

En caso de que el Consejo de Seguridad de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

Este límite tiene el riesgo de que pueda eternizarse la suspensión, con lo que, en realidad se sustraería la verdadera competencia de la Corte para que conozca del asunto, pero, quizás, era lo menos malo dentro de lo posible.

He dicho que la Corte ejercerá su jurisdicción cuando el Consejo de Seguridad le remita un asunto y que esta jurisdicción será obligatoria aunque el Estado no sea parte en el Estatuto de Roma. Ello significa que ejercerá una jurisdicción internacional universal penal, en una acepción diferente de lo que, hasta ahora, entendemos

⁵⁷ Hay una salvedad en la Disposición Transitoria contemplada en el art. 124 del siguiente tenor: «no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 12, un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el art. 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del art. 123.»

como jurisdicción universal penal, es decir, la competencia de los tribunales internos para conocer de crímenes internacionales cometidos en el extranjero, e incluso, por extranjeros.

Por tanto, en el marco de esta competencia no se requiere la aceptación de la jurisdicción internacional por parte del Estado donde se haya cometido el crimen o del que sea nacional el autor de dicho crimen. El fundamento último está en la obligatoriedad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad. No hay, pues, nexo territorial o personal y el alcance de la competencia es independiente de la voluntad de los Estados.

Es verdad que el principio que regula la competencia de esta Corte Penal Internacional es el principio de la competencia complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, tal como se señala en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma, a diferencia de los Estatutos del Tribunal de la ex Yugoslavia y de Ruanda que establecen la competencia prevalente de la jurisdicción internacional.

Como reconoce el Embajador Yáñez-Barnuevo, presidente de la Delegación española en la Conferencia Diplomática de Roma, «se reguló en detalle el llamado “principio de complementariedad” entre la Corte y las jurisdicciones penales nacionales, de tal manera que viene a darse prioridad a los sistemas judiciales internos que resulten competentes, salvo en los supuestos en que la autoridad del Estado haya dejado de funcionar o se vea seriamente afectada o en que haya manifiestamente una dejación o desviación del curso normal de la Justicia, lo que en última instancia habrá de ser determinado en cada caso por la propia Corte»⁵⁸.

En este sentido, el artículo 18 del Estatuto de Roma refleja, por exigencias norteamericanas en el proceso de negociación, una preferencia de las jurisdicciones nacionales. Por tanto, se produce una competencia complementaria de la jurisdicción internacional a favor de la competencia prevalente de las jurisdicciones penales nacionales. Ahora bien, quien dispone de la competencia sobre la competencia es la Corte Penal Internacional, por tanto, en este sentido, la competencia de la Corte Penal Internacional es la que decidirá si conserva la causa o la traslada al Estado para que este continúe con ella.

En este marco, y sólo en este marco, la competencia de la Corte no es, pues, complementaria, sino prevalente.

El Embajador Yáñez, de viva voz, en un seminario celebrado en el mes de mayo de 1999, en la Universidad de Sevilla manifestó la posibilidad de que existan tres tipos de peligro en la complementariedad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional, que transcribo por estar completamente de acuerdo con ellos. El primero, que la Corte Penal Internacional se convierta en una última instancia. El segundo, que la Corte Penal se vea abocada a pronunciarse sobre la administración de justicia en los Estados. Y, tercero y último, que pueda darse un *forum shopping* por el que combinando las normas del Estatuto con las normas nacionales se acuda a la jurisdicción más conveniente.

Pero yo me pregunto, al igual que el profesor Serge Sur⁵⁹, si en estas condiciones se puede hablar de una competencia complementaria y no subsidiaria. Sea

⁵⁸ YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., *La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Balance y Perspectivas*, Ponencia presentada en la I Jornada sobre la creación de una jurisdicción penal internacional, organizada conjuntamente por la Escuela Diplomática y la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales, Escuela Diplomática, Madrid, 26 de marzo de 1999, mimeografiado, p. 9.

⁵⁹ SUR, S., *op. cit.*, p. 42.

como sea, en todo caso, bien es verdad que la Corte Penal Internacional se ha reservado la competencia de la competencia y, en todo caso, podrá recuperar un asunto siempre y cuando el aparato judicial de un Estado no actúe adecuadamente, siempre y cuando se siga el procedimiento marcado en el Estatuto de Roma.

Respecto a los crímenes contemplados para que la Corte pueda ser competente, hay que decir que el Estatuto, a diferencia del proyecto que había elaborado la CDI en 1996 hace definiciones propias, aunque sean copiadas, pero no se remite a los distintos Convenios Internacionales. Por ejemplo, respecto al crimen de genocidio traslada la definición contemplada en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, pero sin remitirse a ella.

Si recordamos el proyecto de la CDI, en este proyecto sí había un listado de Convenios y Tratados Internacionales, cuyos tipos penales entraban dentro de la competencia de la Corte. Pero no ha sido así en el Estatuto de Roma.

Consecuentemente, la definición ha sido restrictiva y, por lo tanto, no ha incluido la persecución política, social o de cualquier otra índole, aunque ello no quiere decir que esta conducta no esté tipificada en el Estatuto, sino que no lo está como genocidio.

Tal como establece el Estatuto de Roma, una Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional se reuniría en Nueva York para establecer, mediante Grupos de Trabajo, los Elementos del Crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Pues bien, esta Comisión Preparatoria tuvo sus primeras reuniones en Nueva York entre el 16 y el 26 de febrero de, 1999 y está en proceso de desentrañar, mediante documentos, los Elementos del Crimen que deben ser aprobados por la Asamblea de Estados Partes⁶⁰.

Dentro de los Crímenes contra la Humanidad el Estatuto ha recogido la deportación o el traslado forzado de personas (es decir, la limpieza étnica), la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización o el embarazo forzado, la desaparición forzada de personas o la persecución de grupos no identificados por motivos políticos, culturales, religiosos u otros y cualquier otro acto inhumano de carácter similar que cause gran sufrimiento o perjudique seriamente la salud física o mental.

Con esta incorporación, se avanza en el concepto y en la definición de crímenes de lesa humanidad. Hay más de los que ya recogía el propio Estatuto de Tribunal de Nüremberg de 1945 y ello es debido a las nuevas experiencias en los conflictos recientes. Sin embargo, una vez más no hace remisión alguna a los Convenios y Tratados Internacionales en vigor que tipifican estas conductas, lo que hubiera sido deseable, en mi opinión personal.

El artículo 7, desgraciadamente, vuelve a conectar los crímenes contra la humanidad con los conflictos armados, al exigir que se entenderá por «*crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque». Sin embargo, ya ha quedado claro que esta conexión no es necesaria. Tampoco parece que la exigencia sea muy profunda por parte del Estatuto de Roma ya que habla de *ataque* y no de conflicto armado *strictu sensu*, aunque no se si podrían diferenciarse ambas cuestiones.

⁶⁰ Respecto al crimen de genocidio, ver, por ejemplo, el doc. PCNICC/1999/WGC/RT.1, de 25 de febrero de 1999.

No obstante, el Dr. Rodríguez-Villasante, ex Presidente del Tribunal Militar Central y Miembro de la Delegación Diplomática española en la Conferencia de Roma, asegura que «la gran novedad del Estatuto de la Corte son los crímenes de lesa humanidad, todos ellos con un umbral puesto que se necesita un ataque generalizado o sistemático contra la población civil [...]. Al definir estos crímenes, triunfó el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, es decir, el derecho continental en cuanto a la descripción de estos crímenes...»⁶¹.

Respecto a los crímenes de guerra se recogen las violaciones más graves del Derecho Internacional Humanitario recogidos en los 4 Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales, así como en otros textos normativos más recientes. Sin embargo, a pesar de hacer referencia expresa a los Convenios de Ginebra, hace una pormenorizada y exhaustiva relación de las conductas que considera tipificada. Sorprende que se haya sido tan comedido en las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cuando esta rama del Derecho Internacional ha sufrido un alto grado de perfección jurídica. Por ejemplo, es sorprendente que sólo se recojan como crímenes de guerra el uso de armas venenosas, gases asfixiantes o tóxicos, o balas con incisiones, etc., es decir, lo ya recogido en numerosos Convenios Internacionales, conocidos como Derecho de La Haya, y no se contemplaran algunos recientes como las minas antipersonales, las armas químicas, cegadoras, nucleares, etc.⁶².

La consideración de crimen de guerra a «los ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas» fue un éxito de la Delegación española que fue quien lo propuso⁶³.

Sin duda alguna, han pesado mucho en la Conferencia de Roma las inquietudes de los penalistas sobre el principio de legalidad y no se ha querido dejar nada a la remisión a otros textos, con objeto de evitar la conculcación del citado principio.

Por razones de conveniencia política la Conferencia no retuvo la idea inicial de regular todas las violaciones graves del derecho de los conflictos armados, con independencia de que dicho conflicto fuera internacional o interno. Por ello aparece diferenciado en el Estatuto de Roma.

No obstante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional está estudiando en estos momentos los Elementos del Crimen de Guerra y, a través de una carta de 18 de febrero de 1999, de los Embajadores de Bélgica, Costa Rica, Finlandia, Hungría, Sudáfrica y Suiza, ha aceptado un documento de trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja donde se desarrolla pormenorizadamente todos los elementos integrantes de este tipo de crímenes, y quien mejor que el CICR para haber elaborado este documento, que sirva de base para establecer dichos elementos, que pueden ayudarnos a hacer más comprensivo y a establecer mejor los tipos penales de referencia en el Estatuto de Roma, respecto a estos crímenes.⁶⁴...

⁶¹ RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., *Análisis del Estatuto del Tribunal Penal Internacional*, ponencia presentada en las Jornadas sobre *Fuerzas Armadas y Derechos Humanos*, celebradas en la Diputación de Sevilla, en marzo de 1999, mimeografiado, p. 8.

⁶² Una crítica o como ella misma le llama, una evaluación preliminar, en lo concerniente a los crímenes de guerra, puede verse en ROBERGE, M.-C., *El nuevo Tribunal Penal Internacional. Evaluación preliminar*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 148, diciembre de 1998, pp. 723-737.

⁶³ RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., *Análisis del...* op. cit., p. 8.

⁶⁴ Ver este documento, como Doc. de Naciones Unidas, PCNICC/1999/WGEC/INF.1, de 19 de febrero de 1999.

Por último, respecto al crimen de agresión, el Estatuto de Roma no pudo recoger finalmente su definición por lo que se limitó a recogerlo e indicar un procedimiento para que una *Comisión* creada después de la firma del Estatuto pudiera establecer dicha definición. En este sentido, el artículo 5.2.º establece:

La Corte ejercerá competencia respecto al crimen de agresión, una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de Naciones Unidas.

Es verdad que podría decirse que ya hay una definición de agresión, contemplada en la Resolución de la Asamblea general 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974. Sin embargo, esta definición lo es en tanto que crimen internacional cometido por Estados y no en cuanto a crimen internacional, o de Derecho Internacional, susceptible de ser cometido por individuos.

Soy crítico con respecto a esta detallada incorporación de las definiciones de los crímenes más importante, sin embargo, reconozco, como asegura Condorelli que el Estatuto tiene el mérito de definir por primera vez, de manera sistemática, los principales crímenes internacionales individuales, codificando y desarrollando, por aproximación global, el derecho material preexistente, considerando, incluso, que el Estatuto consagra o cristaliza el derecho internacional general actualmente en vigor⁶⁵.

Y esto es verdad porque también reconozco que el derecho material que recoge el Estatuto, aun estando contemplado en numerosos instrumentos convencionales, también está muy disperso, tiene un grado de aceptación diferente por parte de los Estados, está sometido a particularidades muy puntuales, responde a redacciones de épocas distintas e, incluso, tiene antecedentes históricos y discusiones en el proceso de elaboración que dificultan una posible homogeneización de las normas, a la hora de tener que ser aplicada por la Corte Penal Internacional.

En lo que concierne al ámbito de aplicación personal se limita a la responsabilidad individual, aunque el artículo 28 reconoce también la responsabilidad del Comandante o los superiores jerárquicos, pero siempre a título individual, nunca a título estatal, excluyendo de forma expresa de su jurisdicción a aquellas personas a las que se le pueda aplicar la eximente de la obediencia debida (art. 33). Esto, por un lado, no es ninguna novedad, e incluso supone la confirmación, en Derecho Internacional, de la regla de la imputabilidad de la responsabilidad internacional del individuo. Sin embargo, y aun reconociendo la inmadurez político-jurídica del momento, hubiera sido deseable haber incorporado alguna disposición alentadora sobre la responsabilidad internacional penal del Estado y otras entidades no estatales, como los movimientos insurgentes, los movimientos de liberación nacional y otros.

Estoy con el profesor Carrillo Salcedo cuando afirma que el Estatuto de Roma tiene el mérito de constituir un condicionante sin precedentes de la soberanía del Estado y de subrayar con fuerza la existencia de un bien común de la humanidad al que los intereses particulares de los Estados deben estar subordinados⁶⁶. Sin em-

⁶⁵ CONDORELLI, L., *La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)*, en *Revue Générale de Droit International Public*, janvier-mars, 1999, n.º 1, p. 9.

⁶⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A., *La Cour Pénale Internationale: l'Humanité trouve une place dans le Droit International*, en *Revue Générale de Droit International Public*, janvier-mars, 1999, n.º 1, p. 24.

bargo, también estoy de acuerdo con las críticas vertidas por Cassese a lo que entonces era el Proyecto de Estatuto que se convirtió finalmente en el texto definitivo, sobre todo, en lo referente a las diferencias entre los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y el Estatuto de Roma, encontrándose en este último mucho más *Estado*⁶⁷.

Pero, a pesar de estas buenas intenciones, la práctica de este tipo de jurisdicción internacional no ha sido muy halagüeña hasta la fecha y la lentitud en el proceso de ratificación que se lleva a cabo es garantía casi absoluta de fracaso. Por ello, las esperanzas puestas en el Tribunal Penal Internacional pueden ser desalentadoras. Una vez más cabe recordar, hasta la fecha sólo tres Estados han ratificado el Estatuto de Roma y necesitará sesenta instrumentos de ratificación para su puesta en funcionamiento. Tardará, pues, años en constituirse. Además, la mitad de la población del mundo estaría fuera de su marco de acción, dado que ni Estados Unidos ni China ni la India lo aceptan.

Además, como he dicho en otro trabajo, «las condiciones en los que se prevé que pueda sentarse en el banquillo a un responsable de crímenes internacionales son leoninas. A ningún gobernante en el poder, porque se requeriría el consentimiento del Gobierno, a ninguno de los que han gobernado porque ellos se preparan leyes de punto final y a sus subordinados, leyes de obediencia debida»⁶⁸.

No obstante, respecto a España, ya se han iniciado los trámites parlamentarios con una proposición no de Ley, adoptada por unanimidad en el Congreso de los Diputados, instando al Gobierno español a que presente cuanto antes el texto del Estatuto para que sea aprobado por el Parlamento, con objeto de una pronta ratificación internacional.

VI. ¿HACIA LA CRIMINALIZACIÓN E IMPUTACIÓN A LOS ESTADOS DE ACTOS GRAVES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS?

Ante todo quisiera decir que soy consciente que en el estado actual del Derecho Internacional no es posible criminalizar o imputar penalmente a un Estado la comisión de una violación grave de los derechos humanos. Ahora bien, se han venido produciendo en los últimos años algunos casos ante la Corte Internacional de Justicia en los que ésta ha tenido que enjuiciar violaciones graves de los derechos humanos que han sido atribuidas a Estados. Yo sé que no es lo mismo atribuir que imputar. Yo sé también que la naturaleza de la Corte Internacional de Justicia no es la de una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, me parece conveniente analizar siquiera brevemente algunos de estos casos que pueden suponer un principio del fin de la impunidad estatal en este tipo de violaciones.

Quedando claras estas circunstancias, quisiera referirme, en primer lugar, al Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares de los Estados Unidos de América en Nicaragua y contra ésta, la Corte Internacional de Justicia, en sentencia de 27 de junio de 1986, consideró que al margen de que el conflicto entre Nicaragua y la «contra», apoyada por los Estados Unidos, sea un conflicto internacional o no, los Estados Unidos están obligados a respetar e incluso a hacer respetar los Convenios de Ginebra «en cualquier circunstancia». Tal obligación no resulta de los Convenios en sí mismos sino de los principios generales del Derecho Humanitario. Esto es una

⁶⁷ CASSESE, A., *On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, en *European Journal of International Law*, n.º 9, 1998, p. 16.

⁶⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *La resistencia de los Estados...*, op. cit., p. 48.

manera más de aplicación de Derecho Internacional general en el ámbito de las violaciones de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario.

La Corte Internacional de Justicia no considera que los Estados Unidos sean responsables de las violaciones de los derechos humanos de la «contra» aducidas por Nicaragua. Efectivamente reconoce que no se encontraron elementos que le permitieran concluir que los actos de tal clase que se hayan podido cometer sean imputables a los Estados en calidad de actos propios.

Ahora bien, si considera que los Estados Unidos son responsables de la publicación y la difusión del manual sobre las «operaciones psicológicas en la lucha de guerrillas». En dicho manual aconseja, por ejemplo, neutralizar determinados «blancos» como jueces, policías, etc., después de haber reunido a la población local para que «tome parte en el proceso y formule acusaciones contra el opresor».

Esto, según el propio Tribunal de La Haya, constituye una violación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que prohíbe «las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio». Por tanto, la instigación a cometer actos contrarios al Derecho Humanitario es ilícita. En este caso, Estados Unidos al publicar y difundir dicho manual está instigando a que se cometan actos contrarios al propio Derecho Humanitario.

El texto del fallo de la Corte es el siguiente:

9. Por 14 votos contra 1,

Decide que los Estados Unidos de América, al elaborar en 1983 un manual titulado «Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas» y al difundirlo a las fuerzas *contras*, han estimulado la comisión por éstas de actos contrarios a los principios generales del derecho humanitario, pero no estima que haya bases para llegar a la conclusión de que los actos de ese tipo que puedan haberse cometido sean *imputables* a los Estados Unidos de América como actos de los Estados Unidos de América⁶⁹.

Si me ha interesado reflejar el texto oficial de este fallo es, no sólo para reflejar que los actos de la contra no le fueron atribuidos a los Estados Unidos, sino, sobre todo, por la expresión que utiliza la Corte, de imputación. Como sabemos, en la regla general del Derecho Internacional de la responsabilidad, a los Estados se les suele atribuir los hechos, pero no imputar que se reserva a los individuos por su acepción penal. Sin embargo, aquí la Corte ha expresado la imputación.

No todos los Magistrados que componen la Corte Internacional de Justicia tienen la misma opinión al respecto. Esta parte del fallo fue tomada por catorce votos afirmativos contra uno. Este voto negativo, hay que decirlo, no fue del Magistrado estadounidense sino del japonés Shigeru Oda, pero en su opinión disidente no explica su voto negativo a esta parte de la sentencia.

Por su parte el Magistrado Nagendra Singh, en su opinión disidente afirma que el manual en sí mismo no constituye una violación del Derecho Humanitario sino un estímulo o provocación para su violación.

También hay que decir que la Cámara de Representantes de los Estados Unidos ya había condenado la publicación de dicho manual e incluso media docena de ofi-

⁶⁹ Ver el texto de este fallo en *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991*. Naciones Unidas, Nueva York, 1992, p. 211. La cursiva es personal.

ciales de la CIA habían sido reprimidos por ello. Pero a pesar de todo, el Magistrado estadounidense Schwebel vota contra los Estados Unidos al considerar que el texto del manual en los términos en que fue preparado por la CIA no puede conciliarse con los términos de las Convenciones de Ginebra ni del Derecho Internacional consuetudinario en la materia.

La aportación de esta sentencia al Derecho Humanitario es importante ya que las violaciones del mismo no han sido consideradas como violaciones de la normativa convencional por lo que se deja al margen el hecho de que Nicaragua y/o los Estados Unidos sean o no partes en los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales. Han sido consideradas como violaciones de principios jurídicos reconocidos por la comunidad internacional como obligatorios.

Esta consideración del Derecho Humanitario como principio general del derecho es, pues, como diría el profesor Truyol y Serra, una exigencia ética inmediatamente aplicable a las relaciones internacionales de nuestra época.

Por ello, es plausible que la Corte Internacional de Justicia haya fallado que los Estados Unidos de América, al producir en 1983 el manual «Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas» y al difundir el mismo entre las fuerzas de la «contra» han instigado a éstas a cometer actos contrarios a los principios generales del Derecho Humanitario, significando, por tanto, que la instigación a cometer dichos actos es también contraria al Derecho Humanitario. El trato jurídico de esta valoración desde el punto de vista del Derecho Humanitario está válidamente fundamentado⁷⁰.

Otro asunto que me parece aún más relevante para el objetivo de poder determinar si se está produciendo o no un proceso de criminalización de los Estados por actos graves contra los derechos humanos es el caso de Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro (República de Yugoslavia) por violaciones de la Convención sobre el Genocidio y otras normas internacionales en materia de derechos humanos.

En este caso, precedente realmente histórico en esta materia, Bosnia-Herzegovina invoca expresamente, entre otros muchos, la violación del Derecho penal internacional. En este sentido, la demanda que presenta la República de Bosnia-Herzegovina, el 20 de marzo de 1993, contra la República de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), ante la Corte Internacional de Justicia lo hace porque considera que Yugoslavia está violando

los principios más elementales y fundamentales del Derecho internacional y de las disposiciones básicas de la Convención sobre Genocidio, la Carta de las Naciones Unidas, los cuatro Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, las Regulaciones de La Haya, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otros tratados que prohíben la amenaza o el uso de fuerza en las relaciones internacionales, así como de las normas básicas del derecho internacional consuetudinario, de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del Derecho penal internacional, y del *ius cogens*.

Era la primera vez que se invocaban este tipo de preceptos, de forma tan rotunda, ante la Corte Internacional de Justicia. No hay, pues, precedentes de esta dimensión

⁷⁰ Pero el que la Corte Internacional de Justicia haya hecho esta consideración no quiere decir que los Estados Unidos sean los únicos culpables de la violación del derecho Humanitario. Por ello, no puede excusarse la responsabilidad de violaciones del derecho de Ginebra tanto a Nicaragua como a la «contra», que quedó demostrado que las hubo, sólo que no han sido juzgadas.

humanitaria ante esta Corte, como reconoció el propio Lauterpacht, Magistrado *ad hoc*, a título de Bosnia-Herzegovina en el asunto⁷¹. La Corte aceptó la demanda y ni siquiera cuestionó la cualidad de Estado de Yugoslavia⁷². La base jurídica que utilizó fue una Carta dirigida por el Secretario General Adjunto para Asuntos Jurídicos, de las Naciones Unidas, de 29 de septiembre de 1992, en la que se manifestaba la pertenencia de Yugoslavia a la ONU, ni había sido «terminada» ni «suspendida»⁷³.

Soslayando esta cuestión, de poco interés para este trabajo, hay que decir que la propia Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, en su artículo IX, indica que «las controversias entre las Partes Contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia».

Véase cómo este artículo habla de la responsabilidad de un Estado en esta materia, aunque ciertamente no señala que esta responsabilidad sea penal (¿qué otro tipo de responsabilidad podría ser?) y admite la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Es verdad que para los asuntos penales individuales ya esta misma Convención, como hemos visto establecía la posibilidad de crear una corte penal internacional, por tanto este artículo IX se limita a la responsabilidad internacional del Estado en tanto en cuanto tratado internacional. Pero si eso es cierto, que no lo dudo, que capacidad de reacción puede tener la Corte Internacional de Justicia si se le solicita, como así fue, medidas provisionales para evitar la comisión de los crímenes de genocidio por parte de la República de Yugoslavia.

Yo sé que la pretensión de Bosnia-Herzegovina era que se dictaran medidas provisionales permitiéndole superar el embargo de armas a que estaba sometida, como una necesidad imperiosa para hacer cesar las actividades criminales de Yugoslavia,

⁷¹ Auto de la CIJ, de 13 de septiembre de 1993, ICJ, Reports, 1993, p. 408.

⁷² ¿Era la República Federal de Yugoslavia Estado Miembro de la ONU? De su respuesta dependerá si puede o no ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y, por lo tanto, tener *locus standi* ante dicha jurisdicción. Para responder a esta cuestión hay que remontarse a los tiempos de la desmembración de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia. Cuando esto se produce, las Repúblicas segregadas, Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia solicitan su ingreso en Naciones Unidas como Estados Miembros de la Organización. Por el contrario Serbia y Montenegro, llamada ahora República Federal de Yugoslavia, no solicita ser Miembro, dado que se considera sucesora en el escaño que le correspondía a la antigua Yugoslavia de Tito, Estado Parte de la ONU desde su fundación.

Ahora bien, hubo oposición a esta pretensión yugoslava. No sólo los Estados segregados se opusieron sino también otros tan influyentes como Gran Bretaña que propuso al Consejo de Seguridad que la Asamblea General no considerara a Serbia y Montenegro (República Federal de Yugoslavia) como la sucesora de la antigua Yugoslavia. Por tanto Serbia y Montenegro (República Federal de Yugoslavia) debería solicitar su ingreso en la ONU y reunir para ello las condiciones impuestas en la Carta de las Naciones Unidas. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General acordaron que, en efecto, la nueva Yugoslavia no sería sucesora de la antigua y que, por tanto, la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) debería solicitar su ingreso en la ONU. No es, pues, Estado Parte.

Sin embargo, esta República sigue formando parte de otros organismos de la ONU, como UNESCO, OACI o IMO. Sigue además pagando sus cuotas, sigue ondeando su bandera entre las banderas de los Estados Miembros de la ONU, sigue conservando sus rótulos, placas, hace circular documentos, etc. Y, ahora, la propia Corte Internacional de Justicia, por el mero hecho de haber admitido su declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción de la Corte, su demanda contra diez Estados, la solicitud de medidas provisionales, la nominación de un magistrado *ad hoc*, el nombramiento de agentes y coagentes, etc., está demostrando con los hechos lo que el derecho le niega.

⁷³ Ver el texto en el Auto de la CIJ de 8 de abril de 1993, ICJ, Reports, 1993, pp. 12-13.

pero esto no debe dejarnos de ver el aspecto más jurídico de la responsabilidad de Yugoslavia, como Estado, respecto a este tipo de crímenes.

La Corte Internacional de Justicia, aceptó la demanda de Bosnia. Es muy significativo que el Greffier de la Corte decidiera que el nombre del asunto sería «Asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia)». El nombre del asunto dice «relativo a la aplicación». Por tanto no a la interpretación de una norma, sino a la aplicación de la misma, y ello es relevante en este tema jurisdiccional que nos ocupa de la represión penal internacional.

La Corte ha tenido ocasión de dictar dos Autos de Medidas provisionales, de 8 de abril y de 13 de septiembre de 1993, respectivamente, establece que Yugoslavia debe inmediatamente, en cumplimiento del compromiso adquirido por la *Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio* de 9 de diciembre de 1948, tomar las medidas en su poder para prevenir la comisión de este crimen, así como asegurarse de que ninguna unidad militar, paramilitar o unidad armada irregular que pudiese dirigir o beneficiar con su apoyo, ni ninguna organización o persona que pudiera encontrarse bajo su autoridad o influencia cometa, incite directa y públicamente, o sea cómplice de este crimen, cualquiera que sea la víctima del mismo y, por último, solicita a ambos Gobiernos, demandante y demandado, que no tomen medidas que puedan agravar o extender la controversia existente sobre la prevención y sanción del crimen de genocidio.

No voy a criticar la simpleza de estas medidas⁷⁴ establecidas por la Corte, porque lo que me interesaba resaltar era solamente la existencia de este asunto, por el derecho material aplicable y por el tipo de jurisdicción que lo asume.

En estos momentos, la Corte Internacional de Justicia tiene abierto este asunto, y ha dado un plazo hasta el 23 de julio para la duplica⁷⁵ de Yugoslavia a la réplica de Bosnia-Herzegovina, por lo que el asunto sigue su procedimiento, encontrándose, pues, *sub iudice*.

Soy crítico con las actuaciones de la Corte Internacional de Justicia en este caso (y en otros) no sólo por la simpleza de las medidas provisionales ordenadas, como ya he dicho, sino por las dilaciones para cerrar el caso. Que en 1999 siga sin establecerse una sentencia a un asunto de este calibre abierto en 1993 es cuando menos sospechoso. Pero, aun así, no creo que esto tenga demasiada relevancia en un contexto general. La verdad es que es una vía de posible criminalización de los Estados.

Otro caso más reciente se produjo el día 29 de abril de 1999, cuando, en esta ocasión la República Federal de Yugoslavia presentó una demanda contra diez Estados por la violación de la obligación de no recurrir al uso de la fuerza contra un Estado y solicita a la Corte que ordene el cese inmediato del uso de la fuerza. Uno de dichos Estados ha sido España como parte beligerante en el conflicto de Kosovo.

Es lógico que la República Federal de Yugoslavia haya demandado a los Estados Partes de la OTAN que están colaborando en el bombardeo aéreo dado que de haber denunciado a la OTAN, la Corte Internacional de Justicia se hubiera decla-

⁷⁴ Ver una crítica muy seria en el trabajo de investigación de COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T., *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio: problemas presentes en la concesión de medidas provisionales*. Universidad de Sevilla, marzo de 1995, mimeografiado, pp. 1-114.

⁷⁵ Ver los Autos de la CIJ de 17 de diciembre de 1997, de 22 de enero de 1998 y de 11 de diciembre de 1998.

rado incompetente para conocer la demanda por la excepción *rationae personae*. La OTAN, como organización internacional no puede ser parte ante la Corte Internacional de Justicia. Sólo los Estados pueden ser demandados ante dicha jurisdicción.

Por supuesto, la República Federal de Yugoslavia antes de demandar a cualquier Estado tenía que haber aceptado la jurisdicción de la Corte por cualquiera de los medios que le permite el Estatuto de la Corte.

Cuatro días antes de la demanda (recordemos el 29 de abril), Yugoslavia hace una declaración expresa por la que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin acuerdo especial, siempre y cuando los otros Estados acepten la misma obligación (es decir bajo la condición de reciprocidad), la jurisdicción de la Corte para toda controversia que haya surgido o pueda surgir entre las Partes, a partir del día de la fecha de la declaración (recordemos el 25 de abril). Por supuesto deja salvaguardados los asuntos en los que se hayan ya previsto otros procedimientos de arreglo pacífico, aquellos asuntos que sean de la exclusiva competencia interna de Yugoslavia o las cuestiones territoriales.

La pretensión de Yugoslavia es, obviamente, sustraer a la competencia de la Corte el tema de Kosovo.

La demanda ha seguido su curso normal, es decir, se ha procedido a establecer el tribunal que juzgará sobre la admisibilidad de la demanda para lo cual, el Presidente de la Corte, el Sr. Schwebel, de nacionalidad estadounidense ha renunciado a ejercer su presidencia por ser nacional de uno de los Estados demandados, quien ha sido sustituido por el Vicepresidente, Sr. Weeramantry. Los Estados demandados y el demandante han procedido también a nombrar cada uno un magistrado nacional *ad hoc*, a lo que tienen derecho (España ha nombrado al Sr. Santiago Torres Bernárdez, antiguo Secretario de la Corte Internacional de Justicia) y a sus agentes y coagentes.

Para conocer el caso, el lunes día 10 de mayo de 1999, la Corte ha abierto una audiencia pública sobre las medidas provisionales solicitadas por Yugoslavia. La base del pleito pretendido por Yugoslavia es la violación de la obligación de no recurrir al uso de la fuerza, aunque el objeto de la controversia es mucho más amplio: la violación de las obligaciones de no inmiscuirse en asuntos internos de un Estado, atentar contra la soberanía de Yugoslavia, no proteger a la población civil y los bienes civiles en tiempos de guerra, no proteger el medio ambiente, no permitir la libertad de navegación en los cursos de agua internacionales (Danubio), *violar los derechos humanos y las libertades fundamentales, utilizar armas prohibidas y someter intencionalmente a un grupo nacional a condiciones de existencia que entrañen su destrucción física*⁷⁶.

Las medidas provisionales solicitadas están relacionadas con la suspensión inmediata de los bombardeos aéreos sobre Yugoslavia.

No es mi pretensión analizar todos los aspectos jurídicos o políticos de este conflicto, sino circunscribirme al hecho de la demanda de Yugoslavia contra diez Estados (entre ellos España) ante la Corte Internacional de Justicia, alegando violaciones graves de derechos humanos, de derecho humanitario y de genocidio.

Este caso, como puede observarse por el título que se le ha asignado, registrado el día 29 de abril de 1999, «Asunto sobre la licitud del empleo de la fuerza (Yugoslavia contra ... {el nombre de los diez Estados demandados})». Es verdad que es

⁷⁶ La cursiva es personal para destacar lo que en el marco de este trabajo me interesa.

esta la violación mayor que invoca Yugoslavia, e incluso es el nombre que ella propone⁷⁷. Sin embargo, como he dicho, el objeto de la demanda es mucho más amplio, como también he señalado.

No voy a entrar en las circunstancias concretas que afectan a España respecto al tema jurisdiccional, entre otras cosas porque ya ha sido resuelto mediante un Auto de la Corte Internacional de Justicia, de 2 de junio de 1999, por el que ha estimado que la Corte no tiene jurisdicción para analizar este asunto de Yugoslavia contra España porque no se aplica el principio de reciprocidad exigido por España⁷⁸.

Sin embargo, Yugoslavia también en este caso, ha argumentado como competencia de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el artículo IX de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio que ya hemos estudiado. La Corte ha estudiado el asunto, por si encuentra *prima facie*, un fundamento de jurisdicción. En el caso de España no lo ha encontrado porque España, desgraciadamente, en mi opinión, tenía presentada una reserva a la totalidad del artículo IX de la mencionada Convención de genocidio, que no ha sido objetada por Yugoslavia⁷⁹.

Respecto a Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia también ha procedido a declararse incompetente en cuanto a la jurisdicción. Sin embargo, si ha retenido las 8 restantes demandas, que siguen *sub iudice*.

Es verdad que también ha resultado sospechoso que la Corte Internacional de Justicia no haya establecido medidas provisionales para impedir los ataques de la OTAN. Ahora bien, también podría revolverse contra Yugoslavia el establecimiento de tales medidas provisionales. Alguna vez ha surtido más efectos en la acción del demandante que del demandado.

Al margen de estas cuestiones hay algo de suprema importancia en la demanda de Yugoslavia contra 10 Estados de la OTAN. En mi opinión se sigue por la senda de la criminalización de los Estados por violaciones graves de los derechos humanos. Si hasta ahora sólo es posible criminalizar a las personas, con acciones como ésta se permite vislumbrar la posibilidad de criminalizar a los Estados, aunque éstos, lógicamente, no puedan ir a la cárcel, pero podrían tomarse otras medidas más acordes con su personalidad jurídica, independientemente de los procesos que puedan abrirse contra los dirigentes de los Estados.

De derecho, la Corte Internacional de Justicia no puede más que determinar la violación de una norma jurídico-internacional por parte de uno o varios Estados y establecer la responsabilidad que corresponda. Y en el tema de los derechos humanos esto es fundamentalísimo. Así cuando la Corte tuvo ocasión de conocer las violaciones del Derecho Internacional Humanitario por parte de los Estados Unidos en las actividades militares y paramilitares de ese Estado en y contra Nicaragua en 1984 y 1986, o en el caso de la aplicación de la Convención para la represión y el castigo del delito de genocidio, en 1993, a petición de Bosnia y contra la República Federal de Yugoslavia como ya he dicho.

⁷⁷ Ver la demanda de 29 de abril de 1999, Rôle général, n.º 112, p. 2.

⁷⁸ Cuando España formuló en 1990 su declaración de aceptación de la competencia de la Corte para conocer de demandas de otros Estados se salvaguardó de las demandas sorpresas como ésta de Yugoslavia exigiendo que el demandante tuviera un plazo mínimo de doce meses desde el depósito de su propia declaración para poder formular demanda contra España, plazo que no se cumple en esta circunstancia.

⁷⁹ Esta reserva fue formulada por el Gobierno español en el depósito del instrumento de adhesión de España a dicha Convención el 13 de septiembre de 1968.

Por tanto, el hecho de que Yugoslavia haya demandado a 10 Estados ante la Corte Internacional de Justicia por violaciones graves de derechos humanos, por genocidio (aunque no pueda prosperar porque entre otras cosas creo que falta la intencionalidad) o por violaciones del derecho de los conflictos armados, es ya, en sí mismo, un hecho positivo, independientemente de las posibles soluciones que pudieran incluso, como he dicho, alcanzar a la propia Yugoslavia.

Para los excépticos esto no es más que maraña jurídica. Para los esperanzados esto es el principio del fin: responsabilizar judicialmente las violaciones graves de los derechos humanos, incluido el Derecho Humanitario, a los Estados, independientemente de que sus dirigentes sean elegidos democráticamente en países im-polutos, o conocidos torturadores o violadores de los más elementales derechos humanos. La conducta de los Estados en este sentido debe ser nítida y ello debe poder ser analizado ante órganos jurisdiccionales como la Corte Internacional de Justicia y si sus agentes no se conducen conforme a estas reglas, deben ser puestos a disposición de la justicia, sea nacional o internacional como la Corte Penal Internacional.

VII. LA POSITIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL PENAL

La experiencia histórica en torno a la jurisdicción internacional penal, como hemos visto, no es como para tirar cohetes. El proceso ha sido lento, e incluso ineficaz porque, como dice Gijs de Vries, «con excesiva frecuencia, los objetivos políticos han prevalecido sobre las exigencias de la justicia. Pongamos por ejemplo el esfuerzo realizado para juzgar a los criminales de guerra tras la Primera Guerra Mundial. De la lista de 20.000 personas elaborada por una comisión creada bajo el Tratado de Versalles, sólo 12 fueron finalmente condenadas. Después de la Segunda Guerra Mundial, los aliados enjuiciaron alrededor de 5.500 personas en el Lejano Oriente. Los juicios de Tokio terminaron en 1951. A finales de 1953 no quedaba una sola persona en la cárcel. En 1954, dos de los 28 grandes criminales que fueron condenados llegaron a formar parte del Gobierno japonés»⁸⁰.

Y respecto a los Tribunales *ad hoc* analizados, aunque todavía están en funcionamiento, sus resultados no son demasiado halagüeños, aunque habrá que esperar un poco de tiempo para llegar a conclusiones fiables en este sentido.

La misma dificultad de ir elaborando una jurisdicción internacional penal verdaderamente eficaz, ha hecho que los Estados fueran comprometiéndose, en el ámbito internacional, a luchar contra la impunidad de ciertas conductas consideradas como crímenes internacionales.

En el plano convencional se han ido firmando Tratados Internacionales que sancionaban conductas criminales contra la humanidad y que, ante la ausencia de jurisdicciones internacionales eficaces, han establecido como principio general en todas ellas el de una posible jurisdicción universal, al establecer la obligación de juzgar o extraditar y no excluir cualquier jurisdicción penal. El elenco es muy variado.

Es verdad que el principio de la territorialidad es el que ha imperado en el campo penal. Sin embargo, tras la aparición de conceptos tan claros como crímenes contra la

⁸⁰ DE VRIES, G., ¿Por qué un Tribunal Penal Internacional?, en *El País*, 24 de febrero de 1998, p. 14.

humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra, así como conceptos como obligaciones *erga omnes*, crímenes internacionales o, normas de *ius cogens*, ese principio de la territorialidad tendría que dejar paso a una dimensión extraterritorial.

Esta dimensión extraterritorial se ha manifestado jurídicamente en la aceptación progresiva del *principio de personalidad activa*, es decir, la competencia de los Estados para que sus tribunales conozcan hechos ilícitos cometidos fuera de su propia jurisdicción, y del *principio de personalidad pasiva*, es decir, la competencia del Estado para que sus tribunales puedan enjuiciar a personas que han cometido hechos ilícitos fuera de la jurisdicción estatal.

Esta dimensión extraterritorial era normal si había un nexo respecto a la nacionalidad, bien del delincuente, bien de la víctima⁸¹. Sin embargo, cuando no se da ese nexo, es cuando el *principio de personalidad activa y pasiva*, se convierte en el *principio de universalidad*.

La primera vez que podemos considerar que aparece una regla clara en este sentido es en las 4 Convenciones de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario, de 1949. Es en este cuerpo de derecho donde se refleja de forma explícita el principio de la jurisdicción universal. Así, el artículo 49 del I Convenio, por ejemplo, dice textualmente:

[...] Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado cargos suficientes [...] ⁸².

Véase cómo no se establece ningún límite espacial ni *rationae personae*. Habla de la obligación de buscar a las personas acusadas y de hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Consecuentemente, aplicando el principio de que donde no distingue la norma no debe distinguir el intérprete, ni hay límite personal activo ni pasivo. Hay, pues, jurisdicción universal. El Estado tiene obligación de enjuiciar a las personas que han cometido infracciones graves de Derecho Internacional Humanitario, es decir, crímenes de guerra, o ponerlas a disposición de otras jurisdicciones interesadas, mediante la vía de la extradición.

Es más, en el campo del Derecho Internacional Humanitario, según se desprende del citado artículo 49 del I Convenio, el primer deber de enjuiciamiento lo tiene el Estado que lo detenga, por tanto la prioridad de jurisdicción. Ni siquiera se ha querido establecer una prioridad en favor del Estado del que es nacional el acusado, o el Estado territorial donde se cometió la infracción grave.

Por tanto, la mera orden judicial internacional de búsqueda y captura, genera la obligación internacional, primero de comportamiento si el acusado no está locali-

⁸¹ Véanse como ejemplo, los arts. 8 y 9 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950, cuando dice que considera como casos extraditables aquellos contemplados en dicha Convención, se contemple o no en tratados ya concertados o que se concierten en el futuro. Sin embargo, el art. 9 sólo prevé el enjuiciamiento y castigo de los nacionales no extraditados, no así en el caso de extranjeros.

⁸² Esta disposición se recoge igualmente en el art. 50 del II Convenio, en el art. 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio.

zado, y segundo de resultado, si está localizado. Una vez detenido, deberá comparecer ante los tribunales nacionales del Estado en cuya jurisdicción se encuentre o bien debe ser entregado a otra jurisdicción donde se le formulen los cargos.

Ahora bien, esto debe hacerse conforme al Derecho Internacional y, por tanto, podría generarse un conflicto de normas donde prevaleciera otra jurisdicción. Por ejemplo, hay una orden internacional de búsqueda y captura de Milosevic y otros⁸³ a los que se le imputan crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra⁸⁴. Pues bien, de ser localizados y detenidos, la jurisdicción prioritaria sería la del Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia, dado que su Estatuto aprobado por el Consejo de Seguridad así lo recoge.

Igualmente sucedería si a la regla general contemplada en el artículo 49 del I Convenio se le opusiera una regla específica contemplada, por ejemplo, en un tratado bilateral que recoja la entrega de nacionales para su enjuiciamiento en el Estado del que es nacional o la no extradición de nacionales.

Sin embargo, respecto al tema de la responsabilidad individual me interesa destacar otros instrumentos jurídicos, en materia de derechos humanos, que también establecen el principio de jurisdicción universal, creando por tanto la obligación de perseguir/enjuiciar o extraditar a los autores de los crímenes que se tipifican en dichos instrumentos jurídicos.

Las Convenciones más importantes se centran en el tema de terrorismo y en el tema de tortura. En el tema de terrorismo, podríamos citar los siguientes Convenios internacionales:

— Convenio de Tokio sobre infracciones u otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963⁸⁵ (art. 3.3.º).

— Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970⁸⁶ (art. 4.3.º).

— Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 23 de septiembre de 1971⁸⁷ (art. 5.3.º).

— Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delito contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973⁸⁸ (art. 3.3.º).

— Convención de Nueva York sobre la toma de rehenes de 17 de diciembre de 1973⁸⁹ (art. 5.3.º).

— Convenio de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 de marzo de 1988⁹⁰ (art. 6.5.º).

— Convenio Europeo de Estrasburgo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977⁹¹ (art. 6.2.º).

⁸³ Milan Milutinovic, Presidente de la República yugoslava de Serbia; Vlado Stojiljkovic, Ministro del Interior y Vice-Presidente del Gobierno serbio; Dragoljub Ojdanic, General del Ejército y Jefe del Estado Mayor; y Nikola Salnovic, Viceprimer ministro de Yugoslavia.

⁸⁴ Entre otras cosas se les acusa de ordenar, planificar, instigar y ejecutar las brutales violaciones de derechos humanos en la provincia de Kosovo entre enero y abril de 1999, el asesinato de 340 personas de edades comprendidas entre los 2 y los 95 años, la deportación de 740.000 albanokosovares, persecuciones, etc.

⁸⁵ BOE de 25 de diciembre de 1969.

⁸⁶ BOE de 15 de enero de 1973.

⁸⁷ BOE de 10 de enero de 1974.

⁸⁸ BOE de 7 de febrero de 1986.

⁸⁹ BOE de 7 de julio de 1984.

⁹⁰ BOE de 24 de abril de 1992.

⁹¹ BOE de 8 de octubre de 1980.

Todos estos Convenios internacionales en materia de terrorismo recogen la no exclusión de jurisdicción penal alguna ejercida de acuerdo con las leyes nacionales. Por tanto, se posibilita que cualquier jurisdicción tenga competencia para enjuiciar las conductas criminales contempladas en dichos Convenios.

Es verdad que el hecho de posibilitar una jurisdicción no quiere decir que los Estados estén obligados a ejercerla. El marco jurídico es que si se establece esta jurisdicción no es contraria al Derecho Internacional. Consecuentemente es la aceptación de la jurisdicción universal. Sin embargo, en el marco de estos Convenios sobre terrorismo, ésta debe venir establecida en la norma interna y debe ser ejercida de acuerdo a lo que se establezca en ella, teniendo en cuenta cada una de las particularidades de cada Convenio.

Por ejemplo, el Convenio de Tokio establece la competencia jurisdiccional del Estado de matrícula de las aeronaves, pero éstos, deben tomar las medidas necesarias para establecer la jurisdicción. El Convenio de La Haya y el de Montreal, sin embargo, con ligeras variantes, no establecen competencia jurisdiccional prioritaria sobre el Estado de matrícula de la aeronave, sino concurrente entre ésta, la del Estado donde aterrice, la del Estado del domicilio del arrendador de la aeronave, o la del Estado donde haya sido aprehendido el responsable.

Los demás Convenios, también con variantes, determinan jurisdicciones concurrentes, respetando los principios de personalidad activa o pasiva y el de territorialidad, pero, como he dicho, sin excluir ninguna jurisdicción penal. El Convenio de Roma es el más explícito en este sentido que, incluso señala una más amplia competencia jurisdiccional concurrente, en favor de Estados cuando el delito «a) sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; b) un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito; o c) sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa»⁹².

Ahora bien, del análisis de estas Convenciones no se puede deducir que exista una obligación de establecer la jurisdicción universal, ni siquiera la jurisdicción concurrente, sino de que se posibilita la existencia de tal jurisdicción, por no excluir expresamente jurisdicción alguna. En este sentido me parece significativo el artículo 6.3.º de la Convención de Roma para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima cuando recoge, respecto a la jurisdicción concurrente lo siguiente:

Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario General de la Organización Marítima Internacional [...]. Si ese Estado Parte deroga con posterioridad tal jurisdicción lo notificará al Secretario General.

El mero hecho de que admita la derogación de la jurisdicción concurrente permite pensar que no es obligatoria y si ésta no lo es, *a fortiori*, tampoco lo es la universal. Siempre me refiero en el ámbito de esta Convención, no en el de las otras analizadas, donde esta posibilidad no se contempla.

En mi opinión quien reconoce más claramente este principio de jurisdicción universal es la Convención sobre la Toma de Rehenes de 17 de diciembre de 1973 cuando contempla la obligación de extraditar o enjuiciar, señalando específica-

⁹² Ver art. 6.2.º de la Convención de Roma para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima.

mente, en su artículo 8, la obligación del Estado, si no concede la extradición, a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Textualmente dicho artículo 8 dice:

El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no concede su extradición, estará obligado a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave con el derecho de tal Estado.

En este sentido, pues, se genera, en el ámbito exclusivo de esta Convención, la obligación de establecer la jurisdicción universal, en donde el tipo penal será el indicado en esta Convención, aunque el procedimiento será el contemplado en la legislación nacional.

Como podemos ver, cada Convenio, en materia de terrorismo, establece sus particularidades, siendo muy difícil establecer elementos comunes. Sin embargo, en el ámbito del terrorismo, podemos afirmar que se contempla, como mínimo, la posibilidad de ejercer la jurisdicción universal, no siendo ésta contraria a ninguna norma internacional.

Por su parte, en el tema de la tortura, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 10 de diciembre de 1984⁹³, recoge en su artículo 5.3.º, una vez más, que no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales, por lo tanto admite también, como ya he dicho, la jurisdicción universal. Sin embargo, me parece muy relevante detenerse un poco en el ámbito competencial que establece esta Convención. El artículo 5.1.º reconoce la jurisdicción sobre el delito de tortura, tal como lo define el artículo 4, en los siguientes casos:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculado en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Por lo tanto, está estableciendo, de forma prioritaria la competencia jurisdiccional clásica, es decir, la territorial y la personal. Sin embargo, además de, como he dicho, no excluir ninguna jurisdicción penal, el artículo 5.2.º establece que «Todo Estado Parte tomará, asimismo, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo».

El artículo 8 de esta Convención contra la tortura, considera los delitos que contempla como extraditables, independientemente de si están o no incluidos en los distintos tratados de extradición. Por su parte, el artículo 7 también contempla la

⁹³ BOE de 9 de noviembre de 1987.

obligación del Estado de proceder al enjuiciamiento del presunto delincuente si éste no ha podido ser extraditado. Es verdad que en ninguna de estas convenciones internacionales se hace mención expresa del principio de jurisdicción universal tal cual pero de sus respectivos textos podemos deducir la imposición del principio *aut dedere aut judicare*, de la preferencia de jurisdicciones en relación al lugar de la comisión del delito, de la nacionalidad del delincuente o del lugar de la detención, pero sin excluir ninguna otra jurisdicción penal, por tanto, en mi opinión estamos hablando de la jurisdicción universal, es decir, de la posibilidad de que una persona pueda ser juzgada por cualquier Estado por crímenes de Derecho Internacional cometidos en el extranjero, contra nacionales o incluso contra extranjeros.

Además de esta cuestión, no hay que olvidar que el 26 de noviembre de 1968 se firmó la *Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad*, que si bien no ha sido ampliamente ratificada (España no ha procedido ni tan siquiera a firmarla), la práctica demuestra que es considerada como derecho consuetudinario. Prueba de ello lo dan los constantes juicios que se producen todavía contra crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial o en situaciones posteriores⁹⁴ y contra los que nunca cabe la excepción de incompetencia *ratione temporis*, desde luego por la actitud de los jueces y no de las autoridades gubernamentales que son muy reacias al ejercicio de la jurisdicción universal.

La base no tiene por qué ser exclusivamente convencional. Por ejemplo, es explicable que la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948 no recogiera el principio de jurisdicción universal a pesar de definir el genocidio como un Crimen contra la Humanidad⁹⁵. Ahora bien, esto no quiere decir que el delito de genocidio no le sea de aplicación el principio de jurisdicción universal, sino que en 1948 se estaba todavía muy lejos de estas cuestiones, porque además sí prevé la competencia de una Corte Penal Internacional para perseguir este crimen, que no ha sido creada, aunque este crimen se contempla en el Estatuto de Roma de junio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional permanente.

También habría que señalar que la aplicación de la jurisdicción universal, además de las múltiples contemplaciones que pueden deducirse de los distintos instrumentos jurídicos, supone una norma de carácter consuetudinario que se ha trasladado a los ámbitos del ordenamiento interno de numerosos Estados, entre ellos España. Esto indica una práctica, sin embargo, la práctica en estos casos no tienen tanta importancia. Como dice el Dr. Derek Smith, «cuando estamos ante normas con un fuerte componente moral y que son fundamentales para la comunidad internacional, el ejercicio de la práctica tiene menos importancia que la convicción ge-

⁹⁴ Recuérdese el Caso Klaus Barbi, en Francia o el Caso de la matanza de las fosas Ardeatinas, en Italia, por lo que las autoridades judiciales francesas e italianas respectivamente condenan a Barbi, y a Erick Priebke y Karl Hass, en 1985 y 1998 respectivamente por hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Valga también como muestra los procedimientos que se llevan a cabo actualmente en España contra Videla o Pinochet, por los hechos ocurridos en los años setenta y ochenta.

⁹⁵ En este sentido, el art. 2 de la citada Convención dice textualmente:

«[...] se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.»

neral de los Estados en la formación del Derecho Internacional general»⁹⁶. Es lo que Dupuy llamó la *costumbre salvaje*⁹⁷.

No es cuestionable el principio de jurisdicción universal alegando la incompetencia de los jueces de un Estado por hechos cometidos en períodos de conflicto armado que puedan calificarse de internos. El propio Tribunal para la ex Yugoslavia, en el caso Tadic, recuerda que

el Derecho Internacional consuetudinario impone responsabilidad criminal por serias violaciones del artículo 3 común, tal como resulta complementado por otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos⁹⁸.

Precisamente en eso consiste la aplicación del principio de jurisdicción universal, que no sólo es una regla convencional contemplada en múltiples Tratados internacionales tal como se ha deducido, sino que responde a una *opinio iuris* muy consolidada⁹⁹.

Ahora bien, el que se reconozca el principio de jurisdicción universal sólo para algunos crímenes no quiere decir que el principio no sea aplicable a otros crímenes. No puede haber contradicción entre las normas internas y las internacionales, porque de haberlas, se podría generar la responsabilidad internacional. Con ello quiero decir que es deseable que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, pueden establecer la jurisdicción universal para algunos crímenes, pero si hay otros crímenes que, a nivel internacional, le son de aplicación la jurisdicción universal, los Estados no pueden ampararse en esta circunstancia de orden interno para violar una norma convencional internacional¹⁰⁰. Esto ha hecho que Rodríguez-Villasante haya reconocido que en el Título XXIV del nuevo Código Penal español que recoge la incriminación de los delitos contra la comunidad internacional, «no están todos los que son», aunque ciertamente «son todos los que están»¹⁰¹.

VIII. LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL PENAL

La jurisdicción universal, como principio, ha sido suficientemente invocado para que los Estados hayan ido construyéndolo como parte del *corpus iuris* del Derecho Internacional.

⁹⁶ SMITH, D. C., *La prohibición de la tortura como norma de ius cogens internacional*, tesis Doctoral defendida en la Universidad de Sevilla, en la primavera de 1998, mimeo, p. 131.

⁹⁷ DUPUY, R.-J., *Coutume sage et coutume sauvage*, en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pédone, Paris, 1974, pp. 75-87.

⁹⁸ Caso IT-94-I-AR72, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, de 2 de octubre de 1995, párr. 132, pp. 69-70.

⁹⁹ Ver en este sentido GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos internos (Aprovechando el Asunto TADIC)*, en *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre, 1996, n.º 68, pp. 13 ss., en especial pp. 32 ss.

¹⁰⁰ En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 es contundente: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.»

¹⁰¹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código penal español de 1995. Garantía del respeto de los derechos en caso de conflicto armado*, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, julio de 1998, n.º 9, p. 230.

La base jurídica que argumentó Israel para el enjuiciamiento del Sr. Eichmann, oficial nazi que perpetró crímenes internacionales durante la Segunda Guerra Mundial ¹⁰² fue la de la jurisdicción universal.

En el caso Demjanjuk contra Petrovski, el Tribunal de Apelaciones itinerante de los Estados Unidos, en 1985 ¹⁰³, decidió aceptar la extradición solicitada por Israel de un guardián de un campo de concentración nazi, basándose también en el principio de jurisdicción universal, a pesar de que el crimen no había sido cometido ni en territorio de los Estados Unidos ni de Israel, ni por ciudadanos israelíes ni contra ciudadanos israelíes.

El famoso caso Filartiga, entre otros, supuso una confirmación dado que un Tribunal Federal norteamericano juzgó al Sr. Filartiga, antiguo miembro de la policía política paraguaya, a pesar de que los delitos no habían sido cometidos en territorio de los Estados Unidos ni había implicado ciudadanos norteamericanos ¹⁰⁴.

El Tribunal de Casación francés que juzgó el caso Klaus Barbi, en su sentencia de 20 de diciembre de 1985 ¹⁰⁵ consideró los crímenes contra la humanidad como imprescriptibles, por lo que se consideró competente para enjuiciar los hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial ¹⁰⁶. Igualmente sucedió cuando una televisión norteamericana descubrió a Erick Priebke el 9 de mayo de 1994, viviendo en Bariloche, Argentina. Italia solicitó su extradición, inculpándole de la represalia llevada a cabo el 24 de marzo de 1944 cuando detuvo, junto a Karl Hass, a 335 personas y las fusilaron en la Via Ardeatina, de Roma. Priebke y Hass fueron condenados a cadena perpetua por el Tribunal Militar de Roma, el 7 de marzo de 1998.

En los ordenamientos jurídicos internos, muchos Estados han recogido el principio de jurisdicción universal de forma expresa, para algunos crímenes internacionales. El Reino Unido, por ejemplo, recoge el principio de la jurisdicción universal en su *Criminal Justice Act*, de 1988. Igualmente hace los Estados Unidos en su *Torture Victim Protection Act*, de 1992. Otros muchos Estados, entre ellos, España, también.

Para ilustrar cuanto vengo diciendo de la jurisdicción, voy a hacer referencia a España, debido a las repercusiones que está teniendo el procesamiento que se lleva a cabo en la Audiencia Nacional contra los responsables de Argentina y Chile durante el período en que se violaron gravemente los derechos humanos y las libertades fundamentales en aquellos países, sin que se diera satisfacción a las víctimas.

Si el Código Penal Militar español ¹⁰⁷ recogía ya la incriminación de los militares ¹⁰⁸ por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario como el ho-

¹⁰² Para conocer las circunstancias del caso, véase FAWCETT, J. E., *The Eichmann Case*, en *British Yearbook of International Law*, 1962, vol. 38, pp. 181 ss.; y SCHWARZENBERGER, G., *The Eichmann judgement*, en *Current Legal Problems*, 1962, vol. 15, pp. 248 ss.

¹⁰³ Demjanjuk versus Petrovsky, 776 F., Second 571, 6th Circ. 1985, cert. Denied, 475, U.S. 1016, 1986.

¹⁰⁴ Filartiga versus Pena-Irala, 630 F., Second 876, 881-883, Second Circ., 1980.

¹⁰⁵ Esta sentencia puede verse publicada en el *Journal de Droit International*, 1986, pp. 129-142.

¹⁰⁶ Para un estudio más detallado de las circunstancias que tuvo en cuenta el Tribunal, véase el estudio de WEXLER, L. S., *The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbi and back again*, en *Columbia Journal of International Law*, vol. 32, 1994.

¹⁰⁷ Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

¹⁰⁸ Los arts. 69 a 78 del citado Código Penal Militar español, correspondiente al Título Segundo, bajo el rótulo de «Delitos contra las leyes y usos de la guerra», contempla siempre la expresión «el militar que», a diferencia de otros artículos que no hace esta distinción entre civiles y militares. Por lo tanto, en el ámbito jurídico penal español, las violaciones graves del Derecho Humanitario sólo estaba contemplada para militares.

micidio intencional, la tortura, incluyendo los experimentos biológicos, los ataques indiscriminados contra la población civil, etc., el nuevo Código Penal Común¹⁰⁹, dedica el título XXIV a los delitos contra la comunidad internacional, entre los que señala los delitos contra personas protegidas, los delitos de genocidio, o los de las víctimas de los conflictos armados, cometidos por cualquier persona.

En realidad España no hace más que cumplir con sus obligaciones internacionales, en el sentido de que se había comprometido a imponer penas por delitos tipificados internacionalmente en numerosos Convenios de los que España forma parte.

Los crímenes que recoge nuestro Código Penal son los delitos contra el Derecho de Gentes, en expresión profundamente desafortunada, es decir el magnicidio o cualquier delito de lesiones o actos contra las personas o lo locales internacionalmente protegidos, como Jefes del Estados, de Gobierno, Ministros, Diplomáticos acreditados, etc.; los delitos de genocidio; y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Sin ánimo de entrar a analizar este articulado del Código Penal español, sí merece la pena destacar una dimensión importantísima como es el principio de la tipificación penal y, sobre todo, la tipificación de la pena, para delitos ya contemplados en Convenios internacionales.

En principio, el que se hallen recogido en el Código Penal español, supone la aplicación de las normas generales al respecto y, por tanto, el principio de competencia territorial. Incluso en el artículo 605, del título mencionado sobre «Delitos contra la Comunidad Internacional», se hace mención expresa a la aplicación territorial cuando dice que «El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, *que se halle en España...*». En este sentido, aunque en otros artículos de este mismo Título no lo recoge expresamente, está refiriéndose al ejercicio de la jurisdicción territorial.

Sin embargo, no menciona que el delito haya tenido que ser cometido en España. Es más, parece que los crímenes de guerra, para que les pueda ser de aplicación el Código Penal común tendrían que ser cometidos fuera de nuestro territorio. Consecuentemente el nexo para el ejercicio de la jurisdicción sería la presencia del delincuente en territorio nacional. Nada excluye, por tanto, el ejercicio del derecho a reclamar, mediante la extradición, de un delincuente de estas características para que el juez nacional pueda juzgarlo si tiene cargos contra él, contemplados en este Título.

Ya hemos visto como España acepta la jurisdicción universal en numerosos Tratados Internacionales de los que forma parte. Pero, en el orden interno, ¿está recogida esta figura jurídica, de forma expresa?

La norma que contempla la competencia de los tribunales españoles es la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de junio¹¹⁰.

La regla general que contempla es la de la territorialidad (art. 23.1.º). Sin embargo, también contempla ciertas dimensiones de extraterritorialidad, como el principio de personalidad activa, es decir, cuando el autor del ilícito es un ciudadano español,

¹⁰⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE de 24 de noviembre de 1995. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código penal español de 1995. Garantía del respeto de los derechos en caso de conflicto armado*, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, julio de 1998, n.º 9, pp. 223 ss.

¹¹⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de junio (BOE n.º 157, de 2 de julio de 1985; corrección de errores en BOE n.º 264, de 4 de noviembre de 1985).

con las condiciones establecidas en el artículo 23.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; o el principio de personalidad pasiva, es decir, cuando los daños son causados a derechos o intereses de nacionales españoles o del Estado español (art. 23.3.º).

Sin embargo, esta Ley Orgánica del Poder Judicial también contempla la posibilidad de la jurisdicción universal, es decir, la competencia de la jurisdicción española para conocer de ciertos ilícitos cometidos en el extranjero, por extranjeros.

En este sentido, el artículo 23.4.º es sumamente elocuente cuando dice:

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Por tanto, recoge de forma expresa el principio de jurisdicción universal para los delitos contemplados en este artículo, así como para aquellos que esté contemplada la jurisdicción universal en un Convenio internacional.

Como ya hemos visto la positivación del principio de jurisdicción universal en el campo del Derecho Internacional no sólo procede del campo del derecho convencional. Sin embargo, a los efectos de aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo podemos contemplar o los expresados en dicha Ley, aunque no se contemple en los tratados internacionales, o lo contemplados en los tratados internacionales aunque no se contemple expresamente en la Ley Orgánica.

Un ejemplo de los primeros sería el delito de genocidio, en cuya Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, no se contempla la jurisdicción universal, sino la nacional o la internacional, a través de una Corte Penal Internacional nunca creada para ello. Por tanto, el hecho de que la legislación española regule la jurisdicción universal en este delito, responde a la aplicación de derecho consuetudinario y no convencional.

Un ejemplo de los segundos, es decir, contemplado en los tratados internacionales y no expresamente mencionados en la Ley Orgánica sería el delito de tortura, que como ya he dicho, el Convenio de 1984 contempla esta jurisdicción universal, aunque no de forma absoluta, porque como hemos visto, el artículo 5.1.º y 2.º de la Convención contra la tortura recoge el ejercicio de la jurisdicción de un Estado cuando el delito se haya cometido en su territorio, cuando el delincuente sea su nacional, cuando la víctima sea nacional suyo o cuando el delincuente se haya en su territorio, aunque el delito no haya sido cometido en él, ni la víctima sea nacional, pero no quiera o no pueda conceder la extradición.

Así, la jurisdicción española podrá conocer de hechos delictivos cometidos por extranjeros en el extranjero, en el caso de genocidio (art. 607 del Código Penal), terrorismo (arts. 451.3.º, 515.2.º, 516.1.º y 571 a 580 del Código Penal), piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves (arts. 39 y 40 de la Ley 29/1964, Penal y Pro-

cesal de la Navegación Aérea), falsificación de moneda extranjera (arts. 386-387 del Código Penal), prostitución (arts. 187 a 190 del Código Penal), tráfico de drogas (arts. 368-369 del Código Penal) y toma de rehenes y tortura (tal como se recogen en sus correspondientes Convenios ya analizados).

¿Cuál es el fundamento de estas excepciones al principio de territorialidad que es el que establece la competencia de los tribunales nacionales? La respuesta es sencilla, el hecho de que el bien jurídico protegido es supranacional y la adecuación de las obligaciones internacionales de España a su ordenamiento jurídico interno.

Hoy día nadie sostiene que la tortura o el genocidio o el terrorismo, en definitiva las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos atentan contra víctimas individuales, sino contra una víctima colectiva: la comunidad internacional. Por tanto su incriminación no puede reducirse al estrecho territorio del Estado de la jurisdicción de la víctima, sino a todo el territorio del planeta.

El lenguaje diplomático español así lo refleja de forma constante desde que el 9 de diciembre de 1982, día mundial de los derechos humanos, España declarara formalmente que

En el plano de las relaciones internacionales, el respeto y la protección de los derechos humanos no puede concebirse como un asunto interno y por lo tanto ajeno, sino, al contrario, como un elemento esencial para definir y orientar la política internacional de España ¹¹¹.

Ahora bien, una cosa es la retórica diplomática y otra la actividad concreta y práctica de dicha retórica ¹¹². La actividad gubernamental viene considerando, en la teoría, la globalización del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero ello no se acompaña de la práctica porque su acción diplomática, sus instrucciones a los fiscales y sus discursos políticos se dirigen exclusivamente a la protección de los derechos humanos cuando han sido conculcados a alguno de sus ciudadanos y si esto no tiene graves repercusiones diplomáticas porque cuando las tiene, tampoco. Léase el caso Carmelo Soria en Chile u otros. En el caso Carmelo Soria, por ejemplo, el Gobierno español viene manteniendo negociaciones con el de Chile desde mediados de 1996 para tratar de obtener una «reparación moral» ¹¹³ y, como ha quedado señalado, en este caso podría plantearse el ejercicio de la jurisdicción.

Afortunadamente los Estados no son sólo los gobiernos. Por ello, la independencia del poder judicial permite que haya jueces sensibilizados con estas cuestiones e incriminen a extranjeros, por crímenes internacionales cometidos en el extranjero, contra nacionales o no.

Es el caso de las actuaciones y procesamientos llevados a cabo en el seno de la Audiencia Nacional por los crímenes internacionales cometidos en Argentina y Chile durante las dictaduras de finales de los setenta y los ochenta. Los jueces Garzón y García Castellón de la Audiencia Nacional han iniciado la instrucción de procesos contra militares argentinos y contra Pinochet, aunque el juez García Castellón se ha

¹¹¹ Ver este texto publicado en la publicación del Ministerio de Asuntos Exteriores, *Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española*, 1982, p. 435.

¹¹² Quisiera remitir el estudio de estas contradicciones al trabajo del profesor FERRER LLORET, J., *Responsabilidad internacional por violación grave y masiva de los derechos humanos: práctica española*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995, vol. XLVII, n.º 2, pp. 71 ss.

¹¹³ Ver en este sentido FERRER LLORET, J., *Impunity in cases of serious human rights violations: Argentina and Chile*, en *Spanish Yearbook of International Law*, 1996, pp. 3 ss.

inhibido a favor del juez Garzón por las conexiones de los delitos, a través de la *Operación Cóndor*¹¹⁴.

Como es bien conocido, el juez Garzón ordenó a Interpol la búsqueda y captura del General Pinochet y el 14 de octubre de 1998 solicitó a las autoridades del Reino Unido la detención de Pinochet. El general chileno fue arrestado provisionalmente en Londres hasta tanto se sustanciaran los procedimientos de puesta a disposición de las autoridades judiciales. El Gobierno español solicitó la extradición de Pinochet el 6 de noviembre de 1998.

A partir de aquí se inicia un largo proceso judicial en el Reino Unido y en España que todavía se halla en curso y, probablemente todavía tardará algún tiempo en resolverse. Por supuesto, además del contenido político del caso, el general Pinochet solicitó que le fuera concedida la inmunidad y la Hight Court de Londres se la concedió el 28 de octubre de 1998. Sin embargo, esta decisión judicial fue recurrida a la Cámara de los Lores, la que, el 25 de noviembre de 1998 decidió aceptar los argumentos de los que eran contrarios a esa inmunidad. Sin embargo, la decisión fue tomada por tres votos contra dos y uno de los votos positivos fue de Lord Hoffmann, vinculado con Amnistía Internacional, por lo que dicha decisión fue anulada.

Quizás en el sistema continental no fuera demasiado importante la vinculación de la esposa de un juez a una organización humanitaria como para considerar la contaminación del juez. Sin embargo, en el sistema judicial británico, tan escrupuloso con los elementos formales al proceso debido, esta situación es comprensible, no porque la pertenencia de un miembro de su familia a una organización humanitaria pueda tambalear la rectitud del juez sino porque esa organización humanitaria había intervenido en el proceso, por lo que era considerada como parte.

En estas circunstancias se tuvo que proceder a una revisión de la decisión de la Cámara de los Lores que el 24 de marzo de 1999 procede a ratificar la falta de inmunidad de Pinochet, aunque restringe enormemente los delitos por los que puede ser extraditado a España.

Recordemos que el juez Garzón imputa a Pinochet delitos de genocidio, terrorismo y tortura. Como hemos visto, la Ley Orgánica del Poder Judicial permite a España ejercer la jurisdicción universal en los dos primeros casos y, en el caso de tortura, en las condiciones establecidas en la Convención contra la tortura, convenio internacional vinculante para España.

Ahora bien, el límite que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial es que los hechos tienen que ser punibles en España, tal como se tipifican en la norma interna española. Por tanto, el concepto de genocidio o terrorismo¹¹⁵ tendría que ser los ti-

¹¹⁴ Para conocer el origen de las imputaciones y el seguimiento procedimental, véase GONZÁLEZ VEGA, J. A., *La Audiencia Nacional contra la impunidad: los «desaparecidos» españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, vol. XLIX, n.º 1, pp. 285 ss.

¹¹⁵ Estos conceptos no coinciden con los Convenios internacionales en vigor. Por ejemplo, el art. 607.2.º del Código Penal español considera delito de genocidio «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos...». Este delito ha sido cuestionado incluso por la judicatura española, en concreto por la sección 3.ª de la Audiencia de Barcelona, en un recurso de apelación de Pedro Varelas, de abril de 1999, donde cuestiona la compatibilidad de este artículo con la Constitución española, expresamente el art. 20.

pificados en el ordenamiento jurídico español ¹¹⁶, mientras que en el de tortura se remitiría al del Convenio internacional.

Como también es bien conocido, el Ministro británico del Interior rechazó iniciar el procedimiento de extradición de Pinochet en base al genocidio ¹¹⁷. Por tanto, a la Cámara de los Lores sólo le quedó pronunciarse sobre los delitos de terrorismo o tortura. Sin embargo, los delitos de terrorismo, sobre todo de toma de rehenes, fueron rechazados por la Cámara de los Lores dado que no consideró que fueran delitos extraditables, según el derecho inglés ¹¹⁸.

En la última y definitiva decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999, pues, sólo se contemplan los delitos de tortura y conspiración para la tortura. Para estos delitos reconoce el principio de jurisdicción universal por su calificación de normas de *ius cogens*.

En efecto, nadie duda de que el derecho a no ser torturado responde a una norma inderogable del Derecho Internacional, tanto en períodos de conflicto armado como en cualquier otro tiempo, circunstancia y lugar ¹¹⁹.

La Cámara de los Lores, sin embargo, considera que procesalmente sólo le es posible aceptar la imputación de delitos de tortura o conspiración para la tortura, desde 1988 fecha en que es vinculante la Convención contra la tortura para el Reino Unido, no admitiendo la retroactividad de la competencia procesal. Este elemento es muy discutido y excesivamente formalista. No obstante no debe ser objeto de estudio en este trabajo.

Lo realmente importante de este caso Pinochet es que se ha producido la detención de uno de los más sanguinarios dictadores de América Latina, por el ejercicio de un acto jurisdiccional de auxilio judicial, de un juez español a un juez británico, a través del ejercicio de la competencia de jurisdicción.

Y éste no es el final, afortunadamente. En Francia, el día 6 de julio de 1999 ha sido detenido un oficial mauritano, el capitán Ely Uld Dah, acusado de torturas en su país, cometidas contra ciudadanos mauritanos.

Este capitán estaba participando en un cursillo de formación castrense en Francia y la Federación Internacional de las Ligas de los Derechos Humanos denunció ante las autoridades judiciales de Montpellier los hechos, basándose en la Convención Internacional contra la Tortura de Nueva York, de 1984 ¹²⁰. Es un dato más. Y es que, como ha dicho el profesor Carrillo Salcedo, haciendo referencia a la expresión de que «el orden no es lo que es, el orden es lo que debe ser», «lo que es del Derecho Internacional tradicional es el principio de territorialidad; lo que *debe*

¹¹⁶ Sobre la competencia penal española, ver AMBOS, K., *El caso Pinochet y el Derecho aplicable*, en *Revista Penal*, n.º 4, julio 1999, pp. 4 ss.

¹¹⁷ Ya he dicho que la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio no contempla el principio de la jurisdicción universal. Sin embargo, hay autores que consideran que hay conceptos jurídicos bien definidos en dicha Convención como para establecer dicha jurisdicción. En este sentido se pronuncia C. SLEPOY PRADA, en su ponencia en las Jornadas sobre «Juicio en la Audiencia Nacional a la dictadura militar argentina», en la Diputación Provincial de Sevilla, el 5 de diciembre de 1997, en *Diario de Debates, Ponencias y Conclusiones*, mimeografiado, p. 5 de su ponencia.

¹¹⁸ El secuestro no es un delito extraditable según la *Taking of Hostages Act 1982*.

¹¹⁹ Así se contempla de forma expresa en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el 27 del Convenio Americano de Derechos Humanos.

¹²⁰ Ver la información presentada por BARBERÍA, J. L., *Detenido en Francia un oficial mauritano acusado de torturas*, en *El País*, 7 de julio de 1999, p. 8.

ser, y ya empieza a ser en el Derecho Internacional contemporáneo, es la superación de la territorialidad para la represión de los crímenes contra la humanidad, esos que se cometen contra un ser humano por el sólo hecho de ser humano»¹²¹.

IX. CONCLUSIONES

En el Derecho Internacional tradicional la persecución criminal se limitaba al ejercicio de las competencias territoriales o personales de los Estados. Sin embargo, desde la aparición de crímenes internacionales, o mejor dicho, en el ámbito penal, crímenes de Derecho Internacional, se está produciendo una revolución en el campo jurisdiccional, dado que se está estableciendo una especie de «*actio popularis*» para el enjuiciamiento de los delitos considerados graves contra los derechos humanos.

La sociedad internacional, de forma institucionalizada o de forma multilateral, ha ido estableciendo jurisdicciones penales *ad hoc* para que se pudiera restaurar la confianza de los ciudadanos en el orden jurídico. Como ha dicho Röling, la función esencial de la persecución criminal es restaurar la confianza en el derecho porque el orden jurídico es la positiva relación íntima entre las personas y los valores reconocidos de la comunidad¹²². Y, en este sentido, se ha generado un proceso progresivo de jurisdicción internacional que, aunque poco satisfactorio hasta ahora, podemos decir que ha iniciado su proceso definitivo con la creación de la Corte Penal Internacional de carácter permanente.

Es verdad que esta nueva Corte nace con serios problemas competenciales y con grandes ausencias. También es verdad que nace con carácter permanente pero con jurisdicción complementaria o, mejor expresado conforme a su naturaleza, subsidiaria. Pero constituye el principio de una nueva etapa.

También, para rellenar las lagunas competenciales en materia de delitos odiosos, los Estados han venido estableciendo, tanto en Convenios internacionales como en el plano jurídico interno una jurisdicción universal penal que, en el campo del derecho de los conflictos armados, no produce ningún tipo de problema, dado que está expresamente contemplada en los Convenios de Ginebra de 1949.

En otros campos como el genocidio, el terrorismo, la toma de rehenes o la tortura, el campo jurisdiccional también se ha hecho universal, dada la naturaleza de *ius cogens* de las normas violadas. Sin embargo, las normas internas que regulan los procedimientos del ejercicio de la competencia jurisdiccional sufren ciertas restricciones que, a veces, impiden el verdadero ejercicio de esta jurisdicción universal penal.

La reticencia de los Estados a esta eventualidad de enjuiciar los crímenes cometidos en el extranjero por extranjeros es una realidad política. Hay que comprender los problemas que conlleva tal ejercicio. Sin embargo, la independencia del poder judicial puede lograr que el ejercicio de la jurisdicción universal penal contemplada en numerosos Convenios internacionales y aceptada por normas de ca-

¹²¹ Ponencia presentada por Carrillo Salcedo en las Jornadas sobre «Juicio en la Audiencia Nacional a la dictadura militar argentina», en la Diputación Provincial de Sevilla, el 5 de diciembre de 1997, en *Diario de Debates, Ponencias y Conclusiones*, mimeografiado, p. 5.

¹²² RÖLING, B. V. A., *Criminal Responsibility for violation of the Law of War*, en *Revue Belge de Droit International*, vol. 12, 1976, p. 22.

rácter consuetudinario sea una realidad que impida que violaciones graves de los derechos humanos queden impunes, se hayan cometido donde se hayan cometido y hayan sido quienes hayan sido sus autores.

A pesar de ello, también se requeriría una voluntad política de los Gobiernos para que se comprometan a no entorpecer el ritmo de la justicia universal penal y, de ser posible, a clarificar su tibia positivación jurídica.

Pero, si bien todo esto se manifiesta en el plano individual, en el estatal, estamos observando que se viene produciendo una progresiva imputación a los Estados, como tales, de violaciones graves de derechos humanos. No puede afirmarse que ello se trate de la criminalización de los Estados, sin embargo, creo que tampoco se trata de una simple atribución de un ilícito internacional, por tanto, la evolución debería dirigirse hacia la criminalización, aunque, obviamente, con los límites que tiene el hecho de que sean instituciones y no personas las responsables de los actos tipificados como crímenes internacionales. Al igual que se ha producido la ruptura del principio de inmunidad de Estado para los Jefes de Estado en ejercicio, con el procesamiento de Slobodan Milosevic, por parte del Tribunal para la ex Yugoslavia, también puede considerarse la imputación a Estados y otras entidades no estatales de crímenes contra la humanidad, contra la paz o crímenes de guerra. Con ello quedaría cerrado el círculo de la persecución criminal internacional.