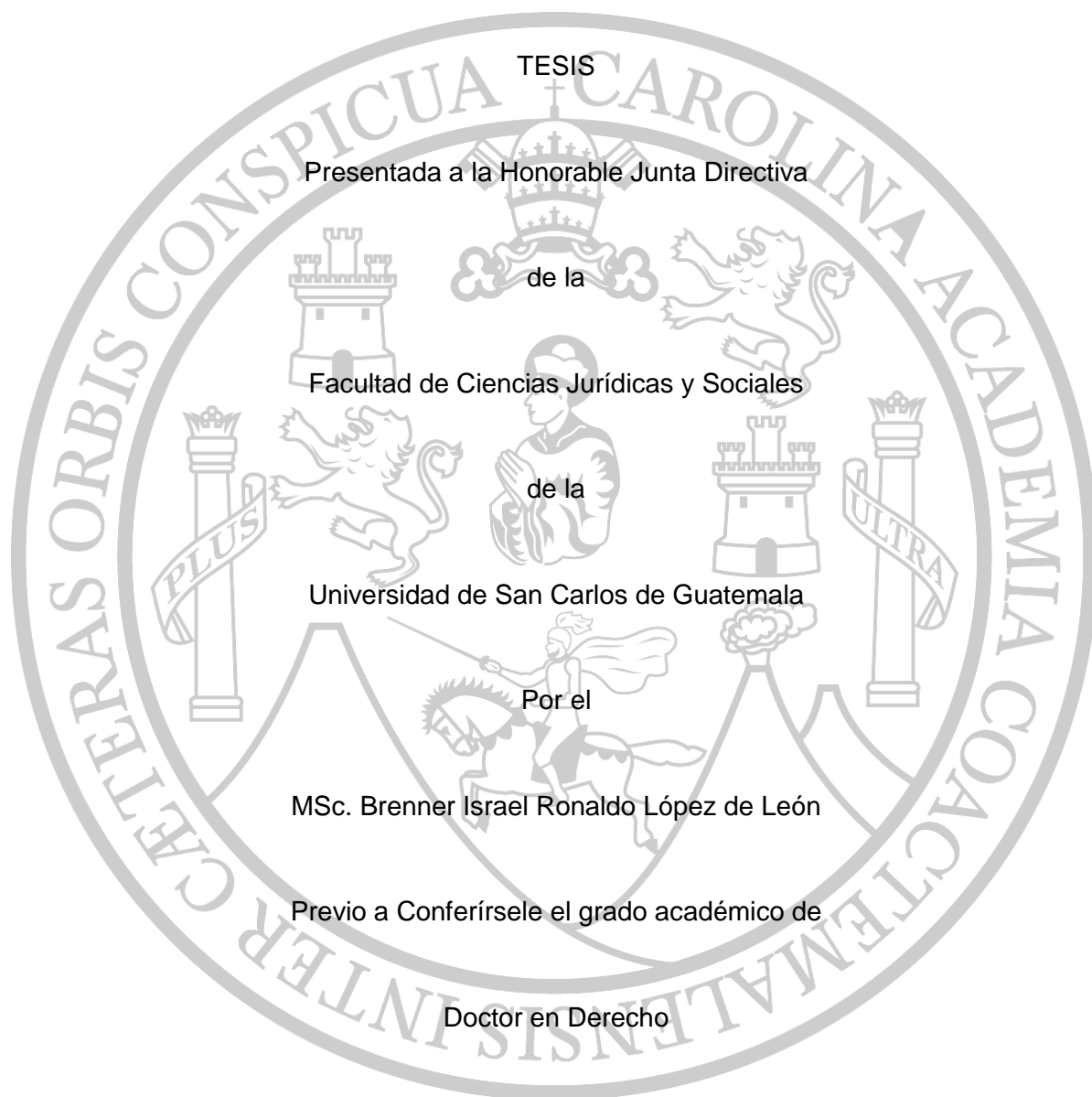


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES
ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO



Guatemala, octubre de 2020

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	VOCAL I	En sustitución del decano
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus
VOCAL II:	MSc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	MSc.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	MSc.	Luis Renato Pineda

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	VOCAL I	En sustitución del decano:
	Licda.	Astrid Jeannette Lemus
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Mortaya

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTE:	Dr.	René Arturo Villegas Lara
VOCAL:	Dr.	Saúl González Cabrera
SECRETARIO:	Dra.	María del Rosario Velásquez Juárez

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada” (artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

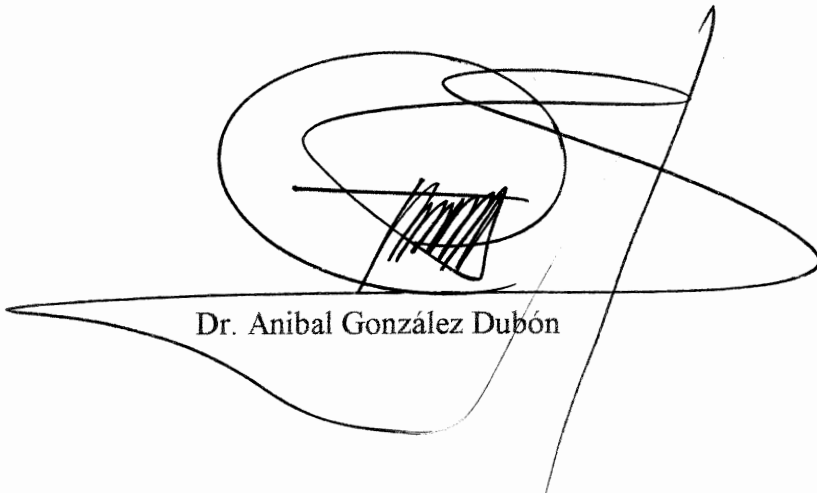
Guatemala, 13 de marzo del año 2020

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro **BRENNER ISRAEL RONALDO LÓPEZ DE LEÓN**, titulada "**EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES. Análisis desde la Teoría del Derecho**", y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARÍA DE POSGRADO

MAESTRÍAS:

RECORRIDO
13 MAR. 2020

DOCTORADO:

HORA: 15:58 FIRMA: 

Guatemala, 21 de septiembre de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL CON CARACTERÍSTICAS
ESPECIALES
ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO**

Esta tesis fue presentada por el **Mtro. Brenner Israel Ronaldo López De León**, del Doctorado en Derecho, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



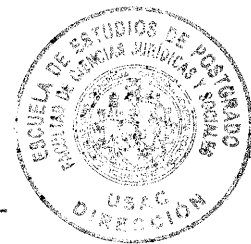
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 23 de septiembre del dos mil veinte.-----

En vista de que el MSc. Brenner Israel Ronaldo López de León aprobó examen privado de tesis en el Doctorado en Derecho lo cual consta en el acta número 7-2020 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A Dios: Por darme la vida y guiarme a lo largo de mi existencia, ser el apoyo y fortaleza en momentos de prueba, gracias por todas las señales.

A mi padre: (+) Por sus gratos recuerdos, enseñanzas, consejos y formación, gracias por todo.

A mi madre: Quien con amor y ejemplo me enseñó principios de vida. Hoy se regocija conmigo, y mis logros son suyos también. La amo, madre hermosa.

A mi

esposa: Por su amor, alegría, delicadeza, paciencia, lealtad, dedicación, carácter y apoyo en todo momento que hicieron posible finalizar este proyecto, gracias por ser mi amiga, esposa y amante incondicional, juntos lo hicimos.

A mis hijos: Los amo con todo mi ser, al infinito y más allá.

A mis

hermanos: Por ser mis mejores amigos y estar siempre conmigo, los amo.

A mis

amigos: Mis estimados *masters*, gracias por todo.

A: **la Universidad de San Carlos de Guatemala**, por ser formadora de hombres y mujeres íntegros y de espíritu fuerte, en especial a la Escuela de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la cual me abrió las puertas, para poder alcanzar esta meta.

ÍNDICE



Introducción	i
Capítulo I: Origen y evolución del derecho penal internacional como derecho internacional <i>sui generis</i>	1
1.1. Los orígenes del derecho penal internacional	1
1.2. La necesidad de un sistema de derecho penal internacional	4
1.2.1 La génesis histórica	4
1.3. Los Convenios de La Haya y el derecho internacional humanitario	10
1.4. Evolución tras la primera postguerra	12
1.4.1 La Comisión de los Quince	12
1.4.2 El Convenio de Versalles	14
1.4.3 El Convenio de Sévres	17
1.5. Evolución tras la segunda postguerra	19
1.5.1 Orígenes de la teoría	19
1.5.2 El memorándum de San Francisco y el Acuerdo de Londres	22
1.5.3 Los procesos de Núremberg	23
1.5.4 Los juicios en las zonas ocupadas y la Ley de Control Aliado número Diez	26
1.5.5 Los tribunales militares internacionales para el lejano este	29
1.6. Responsabilidad penal del Estado y responsabilidad penal individual	32
1.7. El sistema de derecho penal internacional	37
Capítulo II: La Corte Penal Internacional y los tribunales penales anteriores a su constitución	39
2.1. La evolución del derecho penal internacional en la segunda postguerra	39
2.2. Los tratados internacionales en materia de crímenes internacionales y los intentos de codificación	40



2.2.1 El Código de Crímenes Internacionales contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad	42
2.2.1.1 Fase inicial (1947-1954)	43
2.2.1.2 Fase posterior (1982-1996)	44
2.3. Tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i>	47
2.3.1 Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i>	48
2.3.1.1 Estructura y funcionamiento	50
2.3.2 Ruanda y el Tribunal Penal Internacional	52
2.3.2.1 Funcionamiento y organización	53
2.3.3 La <i>completion strategy</i>	55
2.4. La Corte Penal Internacional	57
2.4.1 La revisión del Estatuto de Roma en la Conferencia de Kampala	59
2.5. Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	61
2.5.1 Caso Almonacid Arellano vs. Chile	61
2.5.2 Caso Gelman vs. Uruguay	62
2.5.3 Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos	66

Capítulo III: Los principios generales del derecho penal internacional y su Comparación con los principios generales del derecho penal de los ordenamientos nacionales	69
3.1. Principios generales	69
3.2. El principio de legalidad	71
3.2.1 Concepto y evolución en el sistema de derecho penal internacional	71
3.2.2 Tratamiento del principio de legalidad en el derecho internacional	78
3.2.3 El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	81
3.2.3.1 El principio <i>nullum crimen sine lege</i>	81
3.2.3.2 El principio <i>nulla poena sine lege</i>	85
3.2.4 El principio de legalidad en los ordenamientos internos	89
3.3. El principio de irretroactividad	93
3.4. El principio de irrelevancia del cargo oficial	97



3.4.1 El tratamiento del principio de irrelevancia del cargo oficial en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	97
3.4.2 El tratamiento del principio de irrelevancia del cargo oficial en los ordenamientos internos	105
Capítulo IV: El proceso ante la Corte Penal Internacional y la ejecución de sus sentencias	113
4.1. La estructura del proceso penal en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional	113
4.2. La fase preliminar	115
4.3. La fase de investigación	116
4.4. La fase intermedia	118
4.5. El juicio oral	120
4.5.1 Las actuaciones previas	121
4.5.1.1 El lugar de tramitación del juicio	121
4.5.1.2 Las reuniones con las partes y la publicidad	121
4.5.1.3 Las peticiones en relación con las actuaciones judiciales	122
4.5.1.4 El diagnóstico médico del imputado	122
4.5.1.5 La acumulación y la separación de autos	123
4.5.2 Las funciones de la sala de primera instancia	123
4.5.3 El procedimiento en caso de que exista declaración de culpabilidad	124
4.5.4 Los derechos de los imputados	125
4.5.5 La fase probatoria	126
4.5.5.1 Lineamientos generales	126
4.5.5.2 El procedimiento de prueba	127
4.5.5.3 Los medios de prueba	131
4.5.6 Los argumentos finales y las deliberaciones	134
4.5.7 Los juicios en ausencia	135
4.5.8 La sentencia	135
4.6. La fase de apelación y de revisión	136
4.6.1 El recurso de apelación	136



4.6.2 El recurso de revisión	137
4.7. La fase de ejecución	138
4.7.1 La ejecución de las penas privativas de libertad	139
4.7.1.1 El cumplimiento de las penas privativas de libertad	140
4.7.1.2 La supervisión de la ejecución de la pena y de las condiciones de reclusión	140
4.7.1.3 Las limitaciones al enjuiciamiento o a sanción por otros delitos	141
4.7.1.4 La reducción de la pena	141
4.7.2 La ejecución de las multas y órdenes de decomiso	142
4.8. El tratamiento de la víctima en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional	142
4.8.1 El concepto de víctima	143
4.8.1.1 Los requisitos para el reconocimiento del estatus de víctima	144
4.8.1.2 El procedimiento de solicitud	145
4.8.2 Los requisitos para la participación procesal de las víctimas	146
4.8.3 Las modalidades de participación de las víctimas en el proceso	149
4.8.3.1 En la fase preliminar	149
4.8.3.2 En la fase de investigación	151
4.8.3.3 En la fase intermedia	152
4.8.3.4 En el juicio oral	153
4.8.3.5 En la fase de reparación	155
Conclusiones	159
Referencias	163



INTRODUCCIÓN

El derecho penal internacional es una rama novedosa y especialmente interesante del derecho. En primer lugar, porque se ocupa de crímenes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y no pueden dejar de ser castigados. En segundo lugar, aunque comparta su objeto y finalidad con otras áreas, como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (pues todas ellas pretenden proteger los derechos humanos más fundamentales ante su posible vulneración), su gran novedad consiste en exigir en la esfera internacional, la responsabilidad penal de los individuos y en ese sentido, puede considerarse un derecho internacional *sui generis*, en el sentido de que tradicionalmente los sujetos por excelencia del derecho internacional, han sido los estados.

El encuentro que así se genera entre el derecho penal y el derecho internacional plantea una serie de aspectos importantes y en cierta manera obliga a revisar sus instituciones, conceptos y principios propios de estas disciplinas, llegando a crear un ámbito nuevo y en buena medida independiente, cuya construcción es todavía *in fieri*, y su naturaleza definitivamente *sui generis*.

La responsabilidad penal del individuo por crímenes internacionales es una novedad que se introdujo en el ordenamiento internacional a finales del siglo XX y representa una ruptura con los mecanismos tradicionales de funcionamiento del derecho internacional y su estructura, ya que tradicionalmente, los sujetos por



excelencia del derecho internacional son los estados, que son entes colectivos, estos, que representan a las colectividades que componen su conjunto, de modo unitario e indiferenciado; y personas jurídicas, sujetos que, no pueden cometer crímenes sancionables desde el punto de vista penal.

El derecho penal internacional es un ámbito del derecho internacional que afirma y regula de responsabilidad penal individual por crímenes internacionales. Se caracteriza, por tanto, por un doble ámbito, pues participa del derecho penal y del derecho internacional, combinando rasgos y elementos de cada uno.

Por una parte, es derecho internacional en razón de las normas de referencia, que incluyen los tratados y la costumbre internacional, pero también su carácter internacional se concreta en su objeto: los crímenes internacionales, y en la posibilidad de que la responsabilidad penal individual se declare por un tribunal internacional. Esto implica que el ejercicio de la persecución penal, que tradicionalmente es un área de monopolio del poder soberano de todo Estado, prescinda aquí de esta vinculación, siendo esta una justicia penal sin Estado soberano.

Por otra parte, el derecho penal internacional, es materialmente derecho penal, ya que determina la responsabilidad de los individuos por la comisión de determinados crímenes y permite imponerles una consecuencia jurídico-penal. Por ello, puede afirmarse que, igual que el derecho penal doméstico o nacional, el derecho penal internacional tiene la función de proteger los bienes vitales



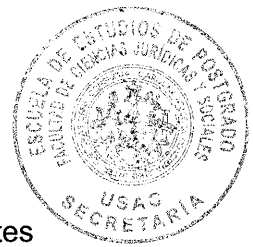
fundamentales del individuo y de la comunidad, que por la protección que les otorga el derecho son elevados a la categoría de bienes jurídicos, frente a las formas más graves de agresión.

Las diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho penal doméstico o nacional radicarían entonces en que los bienes jurídicos de los que se ocupa el primero pertenecen al orden internacional; es decir, son bienes de interés para la comunidad internacional en su conjunto, que sus normas son de naturaleza internacional y que de su aplicación se ocupan principalmente los Tribunales internacionales.

La infracción de las normas de derecho penal conlleva la imposición de una pena, la más grave consecuencia jurídica que prevé el ordenamiento jurídico, por ello se entiende que el legislador solo debe acudir a él cuando sea imprescindible, por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica menos graves, propias de otros sectores del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el derecho penal no protege todos los bienes, cuya protección ha asumido el derecho en general y frente a cualquier forma de agresión, sino solamente aquellos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión.

Del mismo modo, el derecho penal internacional es el sector del ordenamiento jurídico internacional, cuya función es proteger, de los bienes vitales



que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves.

De esta manera, el derecho penal internacional como instrumento de protección de determinados bienes e intereses tiene un carácter subsidiario respecto de otras formas de protección de los bienes jurídicos del orden internacional, como pueden ser los convenios de derechos humanos u otros tratados internacionales que protegen los intereses de la comunidad internacional.

Ello quiere decir que solo se acude al derecho penal internacional en caso de alguna violación grave de bienes jurídicos que este orden tutela, en otras palabras, solo los atentados graves contra los bienes jurídicos tutelados son contemplados por el derecho penal internacional, y convertidos consecuentemente, en crímenes internacionales.

Los crímenes internacionales suelen implicar la intervención, directa o indirecta de actores estatales, aunque también actores no estatales pueden llevar a cabo la comisión de crímenes internacionales. No obstante ello, no se debe confundir la responsabilidad penal internacional con la posible responsabilidad del Estado.

La primera contempla al individuo como sujeto y prevé una responsabilidad penal individual establecida en normas internacionales, mientras que la segunda considera al Estado como sujeto de las infracciones y le atribuye, coherentemente,



a consecuencia jurídica de la responsabilidad internacional, que, además de, en su caso, el deber de cesación y de ofrecer garantías de no repetición, se corresponde con la obligación de reparar, pudiendo, en los casos más graves y de acuerdo con condiciones restrictivas, llevar también a escenarios de sanciones internacionales y hasta al uso de la fuerza por parte de la comunidad internacional organizada.

Un mismo hecho puede, por lo tanto, dar lugar tanto a responsabilidad internacional del Estado por un ilícito internacional, como al mismo tiempo y por separado, a responsabilidad penal internacional del o los individuos que cometieron el correspondiente crimen internacional, y ahí radica precisamente, la naturaleza *sui generis* del derecho penal internacional.

Al margen de todo lo expuesto, surge como imperativo el tema del proceso penal ante la Corte Penal Internacional, el cual, indistintamente del ámbito internacional dentro del que pudiera instruirse y realizarse, debe necesariamente contemplar las garantías propias del proceso penal, así como la observancia de los derechos de los acusados de la comisión de crímenes internacionales.

Ello implica determinar, en primer lugar, cuáles son las fases del proceso penal ante la Corte Penal Internacional así como la forma de ejecución de sus sentencias y en segundo lugar, si se está ante un proceso idéntico o similar al señalado en los ordenamientos jurídicos internos de los estados Parte del Tratado o bien si se trata de un proceso *sui generis*, y que elementos comunes comparte con los sistemas de los cuales extrae sus elementos, que serían esencialmente, el



sistema del derecho continental europeo, o sistema del derecho civil y; el sistema anglosajón o sistema del derecho común.

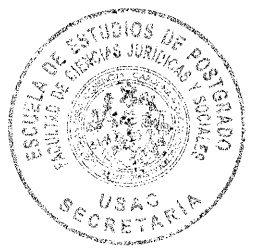
El problema se planteó de la manera siguiente: ¿constituye el proceso penal ante la Corte Penal Internacional un proceso con las características comunes de los procesos penales domésticos de los estados partes o bien es un proceso *sui generis* con características propias que no se corresponde plenamente con ningún modelo vigente en los estados miembros del tratado?

Las hipótesis se formuló de la siguiente forma: el modelo de proceso penal o de enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional ha sido configurado por medio del consenso entre diferentes sistemas jurídicos (continental y anglosajón principalmente), con características propias que lo diferencian de cualquier otro previsto en el ámbito nacional o internacional; por lo que se está ante un proceso *sui generis* que no se corresponde plenamente con ningún otro modelo vigente en los Estados miembros del tratado.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero, se desarrolla el origen y evolución del derecho penal internacional como derecho internacional *sui generis*; en el segundo, se trata el tema de la Corte Penal Internacional y los tribunales anteriores a su constitución; en el tercero, se desarrolla el tópico de los principios generales del derecho penal internacional y su comparación con los principios generales del derecho penal de los ordenamientos nacionales y, en el cuarto capítulo, se desarrolla el tema del proceso ante la Corte Penal Internacional



y la ejecución de sus sentencias; para, por último, tratar de arribar a una conclusión en relación con la verificación de la verosimilitud de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.





CAPÍTULO I

Origen y evolución del derecho penal internacional como derecho internacional *sui generis*

1.1. Los orígenes del derecho penal internacional

Situaciones como: deportaciones, torturas, violaciones, limpieza étnica, asesinato de civiles, heridos o prisioneros de guerra, ejecuciones en masa y muchas otras atrocidades frente a las cuales la comunidad internacional a duras penas consigue encontrar respuestas preventivas eficaces, motivaron que dicha comunidad, elabore de modo progresivo normas jurídicas para asegurar que determinados comportamientos, sean tipificados como *crímenes internacionales* y se pueda ordenar que se castigue a los responsables.

La justicia penal internacional está formada por el conjunto de reglas e instituciones que disciplinan y organizan el castigo de los individuos responsables de graves violaciones del derecho internacional (*crímenes de guerra o contra la humanidad, genocidio, agresión*)¹.

Este conjunto se articula en tres planos normativos interdependientes. En primer lugar, disposiciones (internacionales e internas) que definen los crímenes

¹ Olle Sesé, M. *Derechos humanos y justicia penal internacional*. Universidad Internacional de Andalucía. España. 2008. p. 123.



internacionales y prevén el castigo de los responsables. En segundo lugar, reglas relativas a la competencia de los jueces nacionales de cada Estado para juzgar crímenes internacionales. En último lugar, normas de organización relativas a la institución y el funcionamiento de tribunales internacionales.

En el siglo XX se dan pasos para organizar la represión de los crímenes internacionales. Estos pasos, sin embargo, se han visto obstaculizados, al menos hasta finales de siglo, sobre todo por la dificultad de romper las protecciones de las que disfrutaban los gobernantes de todas las comunidades estatales y con las que se escudan recíprocamente².

La dificultad más relevante se encuentra en el hecho de que algunas de estas protecciones, por ejemplo, el *principio de no injerencia en los asuntos internos* (según el cual se prohíbe a otros Estados interferir en las cuestiones internas de un Estado) o las normas sobre la inmunidad de los órganos en el *vértice* del Estado (que los defienden de la jurisdicción de los tribunales extranjeros), también existen (como las normas sobre los crímenes internacionales) para defender valores esenciales para la comunidad internacional: la igualdad, la autonomía y la independencia de los Estados.

Por lo tanto, se vuelve difícil encontrar el justo equilibrio entre las exigencias de justicia y evitar el riesgo de que se creen mecanismos mediante los cuales se

² Cid Muñoz, M. I. *La corte penal internacional: un largo camino*. Dykinson. Madrid. 2008. p. 92.



puede desacreditar a los órganos soberanos del Estado y, en consecuencia, al propio Estado. Se comprende mejor que, ante la exigencia de castigar a los responsables de actos de tortura y masacres de civiles, también se establezcan garantías para la independencia y autonomía de los Estados. La delicadeza de la esfera de actuación en la que se interviene hace que sea una cuestión bastante sensible.

Esto es cierto tanto a nivel nacional como internacional: las relaciones entre justicia y política siempre han sido (y serán) objeto de contrastes irresolubles. Sigue siendo de actualidad, en otros términos, lo que uno de los maestros del derecho penal italiano, Francesco Carrara, señalaba hace más de un siglo en su famoso *Programa de justicia penal* “la justicia y la política no nacieron hermanas. Cuando la política entra por la puerta del templo, la justicia escapa asustada para regresar al cielo”³.

Y, sin embargo, es cierto que los crímenes internacionales no los cometen solo generales, ministros, jefes de Gobierno y jefes de Estado, sino también simples soldados, empleados, funcionarios de base e incluso particulares. A pesar de ello, es evidente que, cuando se habla de justicia penal internacional, nos referimos a un sector de la vida pública en el que, muy a menudo, los comportamientos criminales se cometen en nombre del poder estatal o al menos con la tácita aprobación de las autoridades.

³ Carrara, Francesco. *Programa de justicia penal*. Temis. Bogotá. 1957. p. 53.



Por ejemplo, procesar al general Augusto Pinochet significó implicar en un proceso judicial a todo Chile. Si se hubiese pensado en un proceso contra Ariel Sharon, hubiese significado sentar en el banquillo al Estado de Israel. Procesar a un líder político por crímenes internacionales es de todo, menos fácil o algo que se pueda dar por descontado. Cuando ello se consigue, siempre es después de fuertes presiones políticas, financieras y militares, siendo necesaria a veces una verdadera guerra. Por poner un ejemplo paradigmático, el proceso contra Saddam Hussein fue la consecuencia de la derrota militar de Iraq y de la caída del régimen de Bagdad.

1.2. La necesidad de un sistema de derecho penal internacional

1.2.1 La génesis histórica

A pesar de algunas experiencias históricas anteriores, se sitúa convencionalmente el comienzo del proceso de afirmación de la responsabilidad individual por violaciones graves del derecho internacional en el final de la Primera Guerra Mundial. Con el Tratado de Paz de Versalles del 28 de junio de 1919, los Estados vencedores impusieron que el gobierno alemán reconociese “a las potencias aliadas el derecho de llevar ante sus tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra” (artículo 228, punto 1, Tratado de Versalles 1919).



La idea de crear un derecho penal internacional (DPI) de aplicación universal, en función del cual se pudiese exigir responsabilidad penal a cualquier individuo por la comisión de determinados crímenes, es uno de los anhelos que ha perseguido el hombre desde que en el siglo XIX se enunciase este concepto.

No obstante, la noción de la responsabilidad personal individual era ajena al derecho internacional, donde únicamente los Estados, y no los individuos, respondían por los hechos cometidos en nombre de este. Solo las catástrofes acaecidas durante el siglo XX, que hicieron tambalearse los cimientos de la sociedad europea y sembraron de tumbas gran parte del planeta, pudieron acabar con el axioma que defendía de la ausencia de la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales en nombre de un Estado.

El origen del derecho penal internacional, como un sistema de tipificación de determinados crímenes internacionales y reglas procesales para su enjuiciamiento, es relativamente reciente. Sus antecedentes más cercanos pueden encontrarse en los primeros intentos de constituir un tribunal penal internacional tras la Primera Guerra Mundial para juzgar a determinadas personas, y la efectiva constitución, tras la Segunda Guerra Mundial, del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Núremberg, si bien sus fuentes se encuentran en los Convenios de finales de siglo XIX, firmados con la



intención de humanizar los conflictos armados y que forman parte del derecho internacional humanitario (DIH)⁴.

Una de las más remotas referencias en la historia del derecho penal internacional, es la de un incipiente Tribunal Penal Internacional, constituido para juzgar a Peter von Hagenbach, gobernador de la ciudad de Breisach, donde se le sometió a juicio por un tribunal formado por representantes de Austria y las ciudades colindantes, como Basilea. El acusado fue condenado a muerte por asesinatos, violaciones, perjurio y otras malefactas, el 4 de mayo de 1474. No obstante, esto no deja de ser un hecho anecdótico sobre la constitución de un tribunal formado por varios Estados que no tuvo incidencia alguna en la creación de los tribunales del siglo XX.

Después de la Segunda Guerra Mundial y tras la experiencia de la creación de los Tribunales Militares de Núremberg y Tokio y determinadas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se ponía de manifiesto la oportunidad de adoptar un sistema común de tipificación y enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales a través de un Tribunal Penal Internacional permanente, se encargó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la misión de redactar un Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. Sin embargo, el proyecto fue paralizado durante décadas por motivos geopolíticos.

⁴ Werle, G. *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. p. 237.



Solo el inicio de otro convulso conflicto en 1993, la guerra de la ex-Yugoslavia, y el genocidio acaecido en Ruanda en 1994 hicieron despertar, de nuevo, en el ámbito de las Naciones Unidas, la necesidad de constituir, junto con los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente, que aplicase un Código de crímenes internacionales aceptado por los Estados. Esta iniciativa llegó a su culmen el 17 de julio de 1998, cuando se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional en la Conferencia de Roma.

El derecho penal internacional, tal y como lo conocemos hoy, ha nacido y ha ido creciendo, a golpe de catástrofes humanitarias, frente a las cuales no era posible alegar la inexistencia de responsabilidad personal, pues esta se revela como un medio necesario e indispensable para intentar conseguir el castigo de quienes cometen los crímenes más aberrantes que puede ejecutar el ser humano. Así:

El núcleo original del derecho penal internacional coincide con el objeto de otra rama del derecho internacional, el derecho internacional humanitario, que encuentra aplicación en situaciones de conflicto armado para garantizar el respeto de unos derechos y reglas mínimas en esos difíciles contextos⁵.

Las potencias aliadas también habían manifestado su intención de procesar al emperador Guillermo II *por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados* (artículo 227, punto 1, Tratado de Versalles, 1919). Con tal

⁵ *Ibidem.* p. 242.



fin, el Tratado de Paz preveía la institución de un tribunal especial, compuesto por *cinco jueces, nombrados uno a razón de cada una de las siguientes potencias: esto es, los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón* (art. 227, punto 2, Tratado de Versalles 1919). Sin embargo, el proceso no tuvo nunca lugar, ya que el gobierno de los Países Bajos, donde el emperador se había refugiado, manifestó su intención de no extraditarlos, y, en realidad, los Estados vencedores no volvieron a solicitar nunca la extradición con especial intensidad.

A este respecto es interesante señalar que insignes juristas de la época se opusieron a esta idea. Por ejemplo, la postura de Vittorio Emanuele Orlando, en esa época, presidente del Gobierno italiano, que, a pocos meses de la redacción del Tratado de Paz, en abril de 1919, afirmó lo siguiente: *si tengo que expresar mi convencimiento personal, considero que no tenemos derecho alguno a infligir un castigo, hasta hoy los jefes de Estado han sido siempre considerados en sus acciones como representantes de comunidades. Es de hecho la comunidad la responsable de sus errores; es el pueblo el que sufre el castigo, se establecería un principio completamente nuevo si buscásemos castigar, en su condición de individuo, a un hombre que ha actuado como un órgano de la comunidad.*

En realidad, en contra de lo dispuesto, los procesos por los crímenes de guerra no se desarrollaron efectivamente ante tribunales militares de las potencias aliadas, sino que se dejaron bajo la jurisdicción del Tribunal Supremo de Leipzig (1921), ante el cual, en realidad, se condenó a un número exiguo de personas (de alrededor de 900 presuntos responsables de crímenes de guerra seleccionados



inicialmente por los Aliados, solo 12 fueron después efectivamente sometidos al juicio del Tribunal; de estos, 6 fueron absueltos y 6 declarados culpables).

Hasta la primera mitad del siglo XX se admitía el principio de que se pudiera procesar por crímenes de guerra a los soldados y oficiales *enemigos*, pero quedaba más o menos exento el personal político-civil; además, escapaban a la represión los crímenes cometidos por el aparato de poder estatal contra sus propios ciudadanos. Solo después de la Segunda Guerra Mundial y, en particular, como reacción al genocidio de los judíos (y de los gitanos), obtuvo un consenso fuerte y renovado la idea de afirmar la responsabilidad penal de los individuos que asumen los cargos políticos más altos del Estado, incluso por los crímenes cometidos contra ciudadanos de su misma nacionalidad, y se llevó a la práctica de forma concreta con la institución de los tribunales militares internacionales (los Tribunales de Nuremberg y Tokio) que procesaron a los líderes de la Alemania nazi y del imperio japonés⁶.

Después de la Segunda Guerra Mundial, dentro de la Organización de las Naciones Unidas, se le encargó a la Comisión de Derecho Internacional la redacción de un proyecto de código de los crímenes internacionales y el estatuto de una Corte Penal Internacional. Sin embargo, el profundo choque ideológico entre el bloque occidental y el soviético, que marcó la segunda mitad del siglo XX, impidió durante casi cincuenta años que se llevase ese proyecto a la realidad. Solo a partir de los

⁶ Olle Sesé, M. Justicia universal para crímenes internacionales. *Revista La Ley*. Madrid. 2008. p. 201.



años 90 (tras la caída de los regímenes comunistas de Europa del Este) el cambio en el clima político permitió que se retomase el hilo de estas negociaciones, llevando, en 1998, a la creación de la Corte Penal Internacional.

1.3. Los Convenios de La Haya y el derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario tiene por finalidad la protección de las víctimas en caso de una contienda armada, entendiéndose por víctimas: los heridos, naufragos, enfermos, prisioneros de guerra, población civil y por extensión, los bienes culturales, el medio natural y los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Se compone de las normas, acordadas entre Estados, para poner límites a la violencia y la crueldad generada en los conflictos armados.

La visión del campo de batalla de Solferino, el 24 de junio de 1859, llevó a Henry Dunant a promover un organismo (que con el tiempo se convertiría en el Comité Internacional de la Cruz Roja) para la protección de los heridos y del personal sanitario de los ejércitos en el campo de batalla. El 22 de agosto de 1864 se aprobó el primer Convenio de Ginebra, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos de campaña. Ese fue seguido de la Primera Conferencia de la Paz de Bruselas de 1874, que adoptó disposiciones que tienen por objeto definir y reglamentar las costumbres de la guerra terrestre.

La evolución de estos principios tuvo su reflejo en el III Convenio de la Haya de 29 de julio de 1899 y en el IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907,



ambos redactados con el propósito de regular las leyes y las costumbres de la guerra terrestre. En este último Convenio se incluyó en el preámbulo una cláusula conocida por el nombre propio de aquel que la propuso, la *cláusula Martens*.

La *cláusula Martens* estableció que:

Mientras que se forme un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

A partir de esta Convención el *interés de la humanidad* se comenzó a identificar como un propósito hacia el cual las leyes y las costumbres de la guerra debían orientarse, y las *leyes de la humanidad* como una de las fuentes en las que deberían basarse las legislaciones nacionales. No obstante, como advierte Quintano Ripollés:

La denominación de leyes de humanidad de los Convenios de La Haya no podía entenderse, aún, como apta para crear por sí misma un nuevo tipo penal u ordenamiento jurídico, sino como una mera expresión para reforzar la idea del derecho de gentes⁷.

⁷ Quintano Ripollés, A. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1957. p. 146.



En el Convenio de Ginebra del 27 de julio de 1929, sobre el tratado debido a los prisioneros de guerra, se acordó un principio general, según el cual los cautivos deben ser tratados, en todo tiempo, con humanidad, y deben ser protegidos contra los actos de violencia, los insultos y represalias. Estos convenios internacionales fueron tenidos en cuenta, en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, a la hora de interpretar y sancionar los actos considerados como crímenes de guerra.

1.4. Evolución tras la primera postguerra

1.4.1 La Comisión de los Quince

La primera gran guerra del siglo XX concluyó el 11 de noviembre de 1918. Más de un millón de muertos llenaban los cementerios de gran parte de Europa. Los países vencedores, con la capitulación alemana sobre la mesa, comenzaron a plantearse el castigo que deberían recibir los iniciadores de la guerra.

Para ello, en el marco de las negociaciones de la conferencia de Paz de París, se nombró el 25 de enero de 1919 a una *Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y las costumbres de la guerra*. Esta se constituyó con carácter multinacional y estuvo formada por 15 miembros (por ello es conocida como *la Comisión de los 15*) con el mandato expreso de investigar e informar sobre los siguientes puntos:



- I. La responsabilidad de los autores de la guerra.
- II. Los hechos relativos al quebrantamiento de las leyes y la costumbre de la guerra cometidos por el imperio alemán y sus aliados, por tierra, mar y aire durante la guerra.
- III. La depuración de las responsabilidades de esas ofensas en relación con los miembros particulares de las fuerzas enemigas, incluidos los miembros del Alto Mando y otros individuos de cualquier otra consideración.
- IV. La constitución y el procedimiento de un tribunal apropiado para juzgar esas ofensas.

Esta Comisión de los 15 presentó, el 29 de marzo de 1919, su informe, que contenía tres capítulos, en donde se analizaba la responsabilidad de los autores de la guerra, se enumeraban 32 tipos de actos que se habían cometido y que representaban violaciones graves de las leyes, la costumbre de la guerra y las normas más elementales de la humanidad, se analizaba la responsabilidad personal por estos crímenes, así como la posibilidad de constituir un tribunal internacional para juzgar tanto las actuaciones que provocaron el comienzo de la guerra mundial, como la violación de las leyes y la costumbre de la guerra y las leyes de la humanidad.

La Comisión recomendó la depuración de responsabilidades jurídicas de todos los implicados en la comisión de los crímenes. Y explícitamente indicó que



esta responsabilidad se extendía incluso a los jefes de Estado. Con respecto al tema de la impunidad, se declaró que la extensión de dicho privilegio para escapar de la responsabilidad de los hechos más atroces cometidos contra las leyes de la humanidad supondría un shock para la coincidencia de la civilización. De este modo concluyó que todo aquél que hubiera cometido actos contra las leyes y la costumbre de la guerra y contra las leyes de la humanidad debería ser reo de persecución criminal, sin ninguna distinción de rango o posición.

Las conclusiones de la Comisión no fueron aceptadas por todos sus miembros de forma unánime. Los tradicionales principios de inmunidad soberana, la inconsistencia de unas leyes de humanidad en proceso de gestación y la creación de una instancia supranacional para juzgar los crímenes de guerra fueron medidas criticadas, y no aceptadas por la representación de Estados Unidos⁸.

⁸ Cáceres Ruiz, L. *La corte penal internacional: el estatuto de Roma*. Libros Visión. España. 2006. p. 121.



1.4.2 El Convenio de Versalles

El Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, contiene el origen de la fundamentación de la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional, que se puede encontrar en sus artículos del 227 al 230.

En el artículo 227 se contemplaba la acusación formulada contra el emperador Guillermo II de Hohenzoller, por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados. Esta ofensa estribaba más en una responsabilidad de tipo moral que en una de naturaleza jurídica derivada de la infracción de un tipo penal. El tribunal interaliado, especialmente constituido, juzgaría sobre motivos inspirados en los más elevados principios de la política entre las naciones con el fin de asegurar el respeto de los compromisos internacionales y a la moral internacional.

En el artículo 228 el Gobierno alemán se comprometía a reconocer a los aliados la libertad de someter ante sus propios tribunales a los acusados de violar las leyes y costumbres de la guerra.

En el artículo 229 se establecía que los autores de los actos contra ciudadanos de una de las potencias aliadas serían enjuiciados ante los tribunales militares de esas potencias. En los supuestos en que el delito afectara a varios países simultáneamente, debería someterse ante tribunales mixtos; es decir, integrados por miembros pertenecientes a los tribunales de los países interesados.



Guillermo II de Hohenzoller se refugió en Holanda tras el final de la Guerra Mundial. El 16 de enero de 1920 en una nota firmada por el primer ministro francés Clemenceau, se demandaba expresamente al Gobierno holandés, en nombre de los Aliados, la extradición del ex Kaiser alemán. El Gobierno holandés respondió con una nota firmada por el ministro Louden el 24 de enero de 1920, en la cual indicaba que bajo el derecho penal holandés no se había cometido ningún acto susceptible de ser penado, por lo que denegó la extradición.

Holanda no estaba obligada a extraditar a Guillermo II, a pesar de los tratados de extradición que había suscrito con Francia, Inglaterra, Bélgica y los Estados Unidos y de su legislación interna sobre extradiciones del 6 de abril de 1875, porque al considerar que el delito del Kaiser había sido un delito político escapaba de las obligaciones contraídas. Esta interpretación hizo que se frustrara el primer intento de juzgar a un jefe de Estado ante un tribunal internacional⁹.

Pero, en el Tratado de Versalles no solo se contemplaba la responsabilidad del Kaiser, sino que, en el artículo 230, también se contemplaba el enjuiciamiento de los principales culpables de la comisión de los crímenes de guerra ante los tribunales diseñados en los artículos 228 y 229.

⁹ *Ibidem.* p. 125.



El recién creado Gobierno alemán aceptó la celebración de los procesos contra los criminales de guerra a través de la ley de 18 de diciembre de 1919, completada con la del 24 de marzo de 1920, contra los alemanes que hubieran cometido crímenes de guerra tanto dentro como fuera de su territorio.

El tribunal declarado competente fue la Corte de Leipzig, constituida en Senado Criminal de la Corte Imperial de Justicia. La Comisión Interaliada creada al efecto entregó el 3 de febrero de 1920 a Alemania una lista de posibles criminales de guerra con 896 nombres procedentes del mundo de la política y de las fuerzas armadas. La delegación alemana rechazó dicha lista y tras varias negociaciones se presentó, el 7 de mayo, otra lista con 45 nombres. Sobre esta lista comenzaron las actuaciones y, ante la excusa del Gobierno alemán de la imposibilidad de encontrar pruebas contra los acusados, se decidió en la Conferencia internacional celebrada en Spa el 7 de julio de 1920 que los Gobiernos aliados se encargarían de recolectar las pruebas contra las personas que aparecieran en la lista y se la harían llegar al fiscal.

El primer juicio comenzó el 23 de mayo de 1921 y en total se llevaron a cabo nueve procesos contra 12 acusados, de los cuales 6 fueron declarados inocentes. Ninguno de los condenados cumplió una pena superior a los 2 años de cárcel.

En varias sentencias se interpretó la obediencia debida a una orden superior como causa de justificación suficiente para excluir la culpabilidad. Así, en el caso del teniente Karl Neuman, la Corte de Leipzig estableció que un subordinado que



cumple una orden solo puede ser declarado culpable si se ha excedido en el cumplimiento de la orden recibida, o si era consciente de que la orden del superior era constituida de un delito, civil o militar.

1.4.3 El Convenio de Sévres

El 13 de noviembre de 1918 Estambul cayó bajo el control de las tropas vencedoras de la Primera Guerra Mundial. Tras esto, Gran Bretaña jugó un papel determinante en la detención de los acusados de los crímenes a través de su alto representante en Estambul, el almirante Calthorpe.

El 7 de enero de 1919 comunicó el representante de Gran Bretaña al gobierno turco que existían dos grandes grupos criminales: los que debían ser acusados por la comisión de crímenes de guerra, por una parte, y aquellos que habían participado en el exterminio del pueblo armenio, por la otra. Los delitos por los que serían acusados eran: la trasgresión de las Convenciones de guerra de las que Turquía era parte, malos tratos al comienzo de la guerra, abusos cometidos contra los armenios y otros grupos de población, robos, saqueos y destrucción de la propiedad¹⁰.

Los juicios se celebraron, finalmente, ante los tribunales otomanos. El primer proceso comenzó el 28 de abril de 1919 contra los altos funcionarios del partido

¹⁰ Ambos, Kai. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Atelier. España. 2008. p. 193.



Hitita ve Terakki y Teckalit – 1 Mahsusa, así como contra el ministro de Guerra. Entre esa fecha y el 21 de noviembre de 1920 se llevaron a cabo 21 procesos.

El resultado de estos juicios ante el tribunal militar de Estambul fueron las 17 sentencias a muerte a los condenados por el exterminio del pueblo armenio. A otros acusados se les aplicaron penas de cárcel por la comisión de crímenes de guerra.

El Tratado de Sévres fue firmado el 10 de agosto de 1920 entre los vencedores de la Primera Guerra Mundial con el Gobierno turco. En el artículo 230 del Tratado este Gobierno se comprometía a entregar a los Estados aliados las personas requeridas por la responsabilidad en las masacres cometidas en el imperio turco desde 1914 (referidas sobre todo a la deportación y al genocidio armenio). Los Estados aliados se reservaban el derecho de designar un tribunal que juzgara a los acusados por estos hechos, y el Gobierno turco se comprometía a reconocer a dicho tribunal.

Los juicios y la búsqueda de los autores de los crímenes concluyeron tras la Conferencia de Lausanne el 23 de julio de 1923, donde se dejó sin efecto el Tratado de Sévres, firmándose un nuevo Tratado donde fue incorporada una declaración de amnistía para todas las ofensas cometidas entre 1914 y 1922, conectadas con los sucesos contenidos en el Tratado para las acciones políticas y militares que se hubieran cometido en el transcurso de la Guerra Mundial.



1.5. Evolución tras la segunda postguerra

1.5.1 Los orígenes de la teoría

Durante los años que duró la Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), los Estados contrarios al Eje (Alemania, Italia y Japón) comenzaron a advertir que los crímenes que se habían cometido, y los que se estaban cometiendo, no quedarían sin castigo. El resultado de estas declaraciones y conferencias se puede encontrar en la redacción final del Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, que creó el Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

La primera acusación de carácter internacional que se lanzó contra Alemania fue el 17 de abril de 1940 por tres Gobiernos: el inglés, el francés y el polaco, en favor de Polonia y apelando a *la conciencia mundial*.

Esta declaración señala que Alemania venía cometiendo, desde los tiempos de paz, brutales ataques contra la población civil, la destrucción de vidas y de bienes, de la existencia cultural y religiosa de la población, ejecuciones masivas, deportaciones de la población en circunstancias atroces, tratamientos crueles infligidos a miembros de la comunidad judía¹¹.

¹¹ Serrano, Agata. El estado de derecho frente al delito de terrorismo internacional. En: Del Real Alcalá, J. Alberto (Editor). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*. UNAM-IIJ. México. 2016. p. 259.



El 25 de octubre de 1941, el presidente de los Estados Unidos Roosevelt y el primer ministro inglés Churchill hicieron una declaración en la que aseguraban que los responsables de las ejecuciones de rehenes durante la guerra serían juzgados y condenados. Pocos días más tarde, el 7 de noviembre de 1941, Molotov, representante de la URSS como Comisario del Pueblo de Asuntos Exteriores, realizó una declaración diplomática en la que aseguraba que los alemanes estaban cometiendo barbaridades contra los prisioneros del ejército rojo que lesionaban los más elementales principios del derecho internacional. Pero fue el 13 de enero de 1942 cuando todos los representantes de los países ocupados por Alemania acusaron, en la declaración de St. James, a los alemanes de la comisión de crímenes de guerra y advirtieron que los responsables serían juzgados.

La Declaración de Moscú, realizada el 1 de noviembre de 1943 por Churchill, Stalin y Roosevelt, advertía que a los crímenes de guerra que fueran cometidos en los países ocupados por los Nazis se aplicaría el principio de territorialidad y de personalidad pasiva. En los párrafos finales de esta declaración se apuntaba la posibilidad de crear un tribunal penal internacional bajo el auspicio de las Naciones civilizadas cuando las ofensas llevadas a cabo por los autores de los crímenes no tuvieran una localización concreta en un territorio.

Antes de que Alemania fuera vencida, otros países cercanos al Eje fueron derrotados por las tropas aliadas. En todos los tratados de rendición firmados por estos Estados se reconocía el derecho de los vencedores a perseguir y castigar a los responsables de los crímenes cometidos durante la guerra. En la declaración de



rendición firmada por Italia el 29 de septiembre de 1943 en Malta, se reconocía en su artículo 29, el derecho de una acción retributiva de los Estados aliados contra los responsables de la comisión de crímenes de guerra o alguna ofensa análoga.

1.5.2 El memorándum de San Francisco y el Acuerdo de Londres

Para articular los designios de la Declaración de Moscú fue redactado en San Francisco un memorándum que vio la luz el 30 de abril de 1945 y tomó el nombre de *Memorandum of Proposals for the Prosecution and Punishment of Certain War Criminals and Other Offences*.

Su propuesta consistía en que los líderes de los Estados del Eje fueran juzgados ante un tribunal militar compuesto por oficiales de las cuatro principales potencias aliadas. Asimismo, advertían que la culpabilidad y el castigo debían ser determinadas por el tribunal militar, y no ser fruto de una acción política de los aliados. Estas penas deberían ser impuestas solo tras un juicio donde el acusado tuviera conocimiento de los hechos por los que se le juzgaba y hubiera tenido la oportunidad de defenderse¹².

Poco después, entre el 26 de junio y el 1 de agosto de 1945, se reunieron en Londres los cuatro equipos jurídicos representantes de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial (EEUU, URSS, Gran Bretaña y Francia) para adoptar

¹² *Ibidem*. p. 262.



el Acuerdo de Londres, en donde se preveía la creación de un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de aquellos criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran una localización específica. Anexo al Acuerdo, se incluyó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional que se debería encargar a los principales responsables de los crímenes cometidos durante la guerra.

El artículo 6 del Estatuto de Londres contenía los tipos penales por los que serían enjuiciados los acusados ante el Tribunal Militar Internacional, que se concretaban en los crímenes contra la paz (planificación, preparación y ejecución de una guerra de agresión), crímenes de guerra (violación de las leyes y usos de la guerra), crímenes de lesa humanidad (que comprendían los crímenes cometidos contra sus propios nacionales, pero que exigía la conexión con un crimen de guerra), y el crimen de pertenencia a organización de carácter criminal.

El artículo 7 del Estatuto estableció la ineficacia de la inmunidad por el ejercicio de un cargo oficial, del mismo modo que la obediencia debida no se contemplaba como una causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino como una atenuante (artículo 8 del Estatuto de Londres).

1.5.3 Los procesos de Núremberg

El 20 de noviembre de 1945 dio comienzo la primera sesión del juicio celebrado ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, sometido a las normas del Estatuto de Londres, aprobado pocos meses antes. La Corte tuvo su primera reunión pública el 18 de octubre de 1945 y recibió las acusaciones de los



fiscales jefes de cada Estado: Robert H. Jackson por parte de EEUU, Francois de Menthon por Francia, el general soviético Rudenko y el fiscal británico Sir Hartley Shawcross. 24 líderes nazis fueron acusados de dos o más tipos de crímenes.

La levedad de la pena y los escasos procesos llevados a cabo tras la Primera Guerra Mundial estuvieron presentes en el ánimo de los redactores del Estatuto de Londres. Así, el juez Jackson (fiscal jefe representantes de EEUU) enfatizó en la sesión inaugural del juicio de Núremberg, frente a las críticas realizadas sobre el Tribunal, que “o los vencedores juzgan a los vencidos, o dejamos a los derrotados que se juzguen a sí mismos. Tras la Primera Guerra Mundial aprendimos la futilidad de la segunda opción”.

Durante casi un año se fue desarrollando el juicio. La defensa, representada por abogados alemanes, presentó sus argumentos y testigos durante cinco meses. Esta reitero una y otra vez que ningún crimen podía ser castigado si con anterioridad no existía una ley que especificarse la prohibición de realizar dicho acto y que, por lo tanto, el principio *nulla poena sine lege praevia* había sido vulnerado. La acusación concluyó sus argumentos definitivos durante los últimos días de julio de 1946. Los acusados realizaron sus declaraciones finales el último día de agosto.

La sentencia del TMI de Núremberg fue leída el 1 de octubre de 1946. Respecto de los crímenes contra la paz, el Tribunal fundamentó su punibilidad derivada del quebrantamiento del Tratado General de Renuncia a la Guerra de 27 de agosto de 1928 (Pacto Briand-Kellogg firmado por Alemania). La condena por

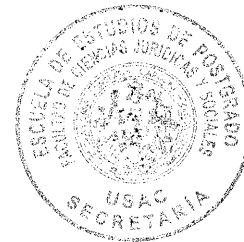


crímenes de guerra se fundamentó en la vulneración de las leyes y usos de la guerra internacionalmente aceptados en los Convenios de Ginebra y de La Haya. Y en relación con los crímenes contra la humanidad, si bien quedaron demostrados crímenes cometidos con anterioridad a iniciarse la guerra, el Tribunal exigió para su condena que constase una conexión con los crímenes de guerra, pues de esta forma estaban tipificados en el artículo 6.c) del Estatuto de Londres. De este modo, el Tribunal no entró a valorar crímenes de lesa humanidad cometidos por el régimen nazi con anterioridad al 1 de septiembre de 1939 (fecha del inicio de la Segunda Guerra Mundial) y condenó únicamente por los hechos cometidos contra la población civil tras el inicio de la guerra.

En la tarde del 1 de octubre de 1946, el Tribunal Internacional de Núremberg leyó las sentencias de los 22 acusados. Doce de ellos fueron condenados a morir en la horca (Göring, Von Ribbentrop, Keitel, Kalterbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Sauckel, Jold, Seyss-Inquart). A otros siete se les condenó a distintas penas de privación de libertad que variaron entre los 10 y 20 años (Dönitz, Von Schirach, Speer, Von Neurath) y a cadena perpetua (Hess, Funk, Raeder). Los tres restantes fueron absueltos (Schacht, Von Papen, Fritzsche).

El Consejo de Control Aliado de Alemania no concedió clemencia, y el 16 de octubre de 1946 fueron ejecutadas las sentencias de muerte, con la excepción de Hermann Göring, que se había suicidado unas pocas horas antes.

Este proceso ha sido interpretado desde diversos puntos de vista.



Ha sido tachado de ser una *justicia de vencedores*, ensalzado como el primer Tribunal Internacional que dio a los vencidos la oportunidad de defenderse con instrumentos jurídicos, o considerado como la culminación del camino que ya se había comenzado en otros procesos de contenido internacional producidos con anterioridad¹³.

En todo caso, este juicio fue el único presidido por cuatro jueces representantes de las Naciones vencedoras y dónde se aplicó estrictamente el artículo 6 del Estatuto de Londres.

1.5.4 Los juicios en las zonas ocupadas y la Ley de Control Aliado número Diez

Mientras se celebraba el primer proceso contra los máximos responsables alemanes de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, una maquinaria judicial paralela fue puesta en marcha, y miles de juicios se celebraron ante tribunales militares nacionales. En este marco se promulgó el 20 de diciembre de 1945, la Ley de Control Aliado Número Diez (LCA No. 10) sobre el castigo de personas que fuesen culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad.

¹³ Escudero Espinoza, J. F. *La corte penal internacional y el consejo de seguridad: hacia la paz por la justicia*. Dilex. España. 2004. p. 123.



“Esta ley estaba destinada a ser el fundamento jurídico-penal de los procesos que se celebraran en las cuatro zonas de ocupación en Alemania, basada principalmente en el Estatuto de Londres”¹⁴. Los tipos penales que regulaba en su artículo 2 eran los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que también preveía el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. Respecto a este último tipo penal, desapareció la exigencia de que se cometiese en conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz (como sucedía en el Estatuto de Londres), lo que facultó a los tribunales a juzgar crímenes contra la humanidad cometidos con anterioridad al inicio de la guerra.

La Ley de Control Aliado No. 10 fue implementada en la zona de ocupación americana por la Ordenanza No. 7 de 18 de octubre de 1946 sobre la organización y poderes de los tribunales militares. En el marco de esta regulación se llevaron a cabo 12 procesos contra 177 acusados, ante tribunales constituidos por jueces norteamericanos. Los procesos comenzaron el mayo de 1946 y concluyeron en noviembre de 1948. Los procesos agruparon a acusados de determinadas profesiones: médicos, juristas, hombres de negocios y de industria del Estado fueron sentados en el banquillo, acusados de cometer los crímenes contemplados en la Ley de Control Aliado No. 10.

En las zonas de ocupación británica y francesa también se llevaron a cabo juicios contra los responsables de la comisión de crímenes de guerra y contra la

¹⁴ Cid Muñoz, M. I. *op. cit.* p. 111.



humanidad. La ley seguía siendo la Ley de Control Aliado No. 10, pero aplicada junto con la ley penal alemana.

En la zona británica, la trasposición de la Ley de Control Aliado No. 10 se ejecutó a través de la ordenanza V.O. No. 47 de 30 de agosto de 1946. En ella contemplaba (artículo 1) que los jueces competentes serían los correspondientes a los tribunales ordinarios alemanes, los cuales deberían aplicar el artículo II de la Ley de Control Aliado No. 10 en los casos en los que se hubieran cometido los crímenes contemplados en esta entre los propios alemanes o contra aquellos que no tenían una determinada nacionalidad. Los procesos en la zona francesa se llevaron a cabo bajo el Tribunal Militar de Rasstat, donde se aplicó la Ley de Control Aliado No. 10, tras su implementación por la ordenanza del gobierno militar V. O. 173 de 23 de septiembre de 1948.

La importancia del análisis de esta jurisprudencia radica en que, por primera vez, fueron los primeros jueces alemanes los que aplicaron, frente a los propios nacionales, principios de derecho penal internacional e interpretaron los elementos típicos de los delitos contemplados en la Ley de Control Aliado No. 10.

La jurisprudencia emanada de los distintos tribunales dista mucho de ser homogénea, pero adquiere gran importancia, tanto por la aplicación e interpretación que se llevó a cabo de los crímenes internacionales como por representar el primer ejemplo de un país que aplica, en sus tribunales



nacionales, conceptos y crímenes derivados de un incipiente desarrollo del derecho penal internacional¹⁵.

1.5.5 Los tribunales internacionales militares para el lejano este

La Segunda Guerra Mundial no había concluido con la rendición incondicional de Alemania. Aún quedaba un frente abierto. Japón no había sido vencido. De este hecho eran muy conscientes los representantes de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que durante el verano de 1945 (17 de julio al 2 de agosto) se reunieron en Potsdam para pactar la ocupación de Alemania. Pero no solo este tema se trató en las reuniones de Potsdam. El 26 de julio, EEUU, Gran Bretaña y China lanzaron un ultimátum a Japón, conocido como la Declaración de Potsdam. En ella se le ofrecía la posibilidad a Japón de o someterse a una capitulación incondicional, o prepararse para ser aniquilada. Japón contestó al ultimátum. En la madrugada del 6 de agosto de 1945, el bombardero *Enola Gay* dejó caer una bomba atómica sobre Hiroshima. Tres días más tarde, se ejecutó la misma operación sobre la ciudad de Nagasaki. Menos de un mes después, el 2 de septiembre, Japón firmaba su rendición incondicional a bordo del acorazado *Missouri*. La estrella de la justicia, según la Declaración de Potsdam, debería brillar ahora en los tribunales del *lejano Este*.

¹⁵ *Ibidem*. p. 124.



La intención de castigar los crímenes de guerra de los japoneses ya había sido expresada el 1 de diciembre de 1943 por los gobiernos de EEUU, Gran Bretaña y China, en la que fue conocida como la Declaración del Cairo. Esta, junto con el instrumento de rendición incondicional de Japón, fue suficiente para que Mac Arthur, como Comandante Supremo de las fuerzas Aliadas, pusiera en marcha el Tribunal Internacional de Tokio. El 19 de enero de 1946, el general norteamericano establecía las bases del futuro tribunal en una orden ejecutiva.

La Carta del Tribunal fue diseñada por los estadounidenses, en concreto, por el que sería fiscal jefe del proceso, Joseph B. Keenan, y solo tras su aprobación, el 26 de abril de 1946, fueron los demás Estados consultados. La configuración del tribunal fue distinta que la de Núremberg, pues en esta ocasión el Tribunal estuvo conformado por los representantes de 11 Estados. Los crímenes contemplados en el artículo 5 de la Carta eran similares a los del artículo 6 del Estatuto de Londres.

Así, junto a los crímenes de guerra convencionales, se juzgarían los crímenes contra la paz y contra la humanidad. El período temporal que fue computado para la persecución de los criminales se extendía desde el 1 de enero de 1928 hasta el 3 de septiembre de 1945, y se acusó a 28 generales y políticos japoneses¹⁶.

¹⁶ Olle Sesé, M. *Justicia universal para crímenes internacionales. op. cit.* p. 73.



El proceso de Tokio comenzó y terminó con bastante polémica. Decisiones de corte política tomadas por la suprema autoridad de Mac Arthur, como la de exonerar al Emperador Hiro-Hito de todo tipo de responsabilidad o la de incorporar nuevos jueces durante el proceso, fueron bastante criticadas. Asimismo, las opiniones de los jueces no fueron unánimes y dos magistrados presentaron su voto particular, donde defendían que no se debía condenar a los acusados.

El juez Pal, representante de la India, sostuvo que todos los acusados deberían ser declarados inocentes. En un extenso voto particular fue desmontando todos los argumentos del Tribunal, desde la ley aplicable, a las categorías criminales, a la responsabilidad penal individual, pasando por la falta de jurisdicción necesaria para condenar a los acusados. El juez Bernard, representante de Francia, consideró que el veredicto alcanzado por un Tribunal con grandes defectos procedimentales no podía ser encontrado válido. Consecuentemente, aunque estaba convencido de que alguno de los acusados era culpable de los más abominables crímenes, concluyó que no podría, en virtud a lo señalado, estar de acuerdo con el veredicto.

El proceso concluyó con la condena de todos los acusados. Se dictaron siete condenas a muerte, dieciséis cadenas perpetuas, una condena de prisión de 20 años y otra de 7 años de duración.



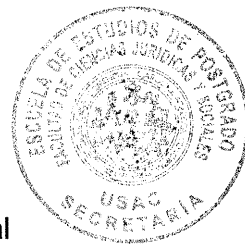
1.6. Responsabilidad penal del Estado y responsabilidad penal individual

La responsabilidad penal del individuo por crímenes internacionales es una novedad que se introdujo en el ordenamiento internacional durante el siglo XX y representa una ruptura con los mecanismos tradicionales de funcionamiento del derecho internacional y su estructura.

En el ordenamiento internacional, los actores principales son los Estados, que son entes colectivos (esto es, que representan a las colectividades que componen su conjunto, de modo unitario e indiferenciado) y personas jurídicas (sujetos que, según un adagio clásico hoy superado, *delinquere non potent*: no pueden cometer crímenes sancionables desde el punto de vista penal). En consecuencia, también las formas de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas internacionales han sido tradicionalmente colectivas y no tienen rasgos penales¹⁷.

Además, se aplican mediante instrumentos como las retorsiones (la interrupción de las relaciones diplomáticas, por ejemplo), las represalias (el incumplimiento de un tratado comercial o de ayuda económica, por ejemplo), etcétera, con los cuales el Estado víctima de una infracción de las normas internacionales tiende a obligar al Estado al que considera responsable de esta a interrumpirla y a reparar los daños causados.

¹⁷ Liñán Lafuente, Alfredo. Origen y evolución del derecho penal internacional (2). En: Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson, S. L. Madrid. 2016. p. 83.



La *responsabilidad penal individual* constituye en el derecho internacional una *excepción* y se ha afirmado como instrumento de relación de la comunidad internacional ante *violaciones gravísimas* de valores fundamentales. Se puede aplicar junto al sistema tradicional, típico del derecho internacional.

Por regla general, en el ordenamiento internacional, es el Estado (en su papel de ente colectivo que representa a la colectividad nacional) el que es responsable de todas las *acciones que se puedan remontar hasta sus órganos*, y es también responsable en aquellas hipótesis en las que asuma como propias las acciones de particulares. Asimismo, en estas hipótesis, el Estado es responsable cuando haya omitido su obligación de tomar medidas preventivas eficaces. En todos los casos, aun así, en el derecho internacional tradicional es el Estado el que asume la responsabilidad de estos comportamientos.

Un ejemplo que puede servir para ilustrar mejor las posibles formas de la responsabilidad de un Estado en el ordenamiento internacional es el caso de los rehenes estadounidenses en Teherán de 1980. Un grupo de estudiantes islámicos había tomado en asalto la embajada estadounidense en Teherán y secuestrado a un grupo de diplomáticos estadounidenses. La Corte Internacional de Justicia, al plantearsele la cuestión, declaró la responsabilidad de Irán en dos momentos distintos.

En un primer momento, era responsable solo por el hecho de no haber impedido que se asalte la embajada; Irán había incumplido el deber de dar la



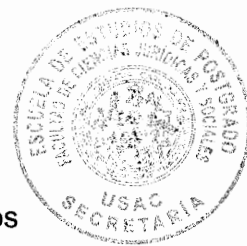
protección adecuada a las sedes diplomáticas de países extranjeros. En un segundo momento, sin embargo, al manifestar el Ayatolá Jomeini la opinión favorable del gobierno sobre la acción de los estudiantes, según la Corte, el Estado iraní, en su máximo nivel, había asumido el comportamiento de esos *militantes*, que eran particulares; la consecuencia era la responsabilidad del Estado también por aquellos actos.

En el caso de los crímenes internacionales, por lo general nos encontramos ante acciones realizadas por individuos que asumen una posición claramente definida en el aparato estatal y que en no pocas ocasiones actúan sobre la base de instrucciones oficiales (incluso cuando sean soldados rasos, sigue tratándose, aun siendo el último eslabón de la cadena, de órganos del Estado)¹⁸.

Ahora bien, lo que asume importancia para el derecho internacional es que, cuando una determinada conducta haya sido mantenida por un funcionario público (o por un funcionario de hecho, o cuando el Estado asuma la conducta de un particular) el Estado al que pertenece responde por ella: el acto se imputa al Estado.

El particular que la ha llevado a cabo, normalmente, no se considera responsable dentro del ordenamiento internacional, ya que se trata de una acción realizada por un individuo en el papel de órgano del Estado (la persona jurídica

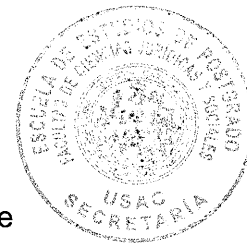
¹⁸ Ambos, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Ad Hoc. Buenos Aires. 1999. p. 83.



Estado es única; al igual que nosotros actuamos gracias a nuestros miembros, los Estados actúan mediante sus funcionarios: sus órganos). La conclusión, por lo tanto, es que cuando el órgano desarrolla una determinada conducta, esta se atribuye al Estado; el Estado, y no lo órganos, responde por las posibles consecuencias.

En el campo de los crímenes internacionales, sin embargo, este mecanismo se acompaña de la lógica represiva propia del derecho penal, que cae dentro del ordenamiento del Estado. De este modo, responden por la conducta tanto el Estado (según los modos y formas tradicionales) como el individuo, a nivel personal (quien, sobre la base de su responsabilidad, podrá sufrir una condena penal). Se puede decir que, de algún modo, se rompe la unidad de la persona jurídica *Estado*.

Esto es, se quebranta la coraza de la pertenencia a un cuerpo único. Esta es la *revolución* provocada, cuando es adoptada la noción de responsabilidad penal individual en el ordenamiento internacional: los miembros de un gobierno que adoptan leyes basadas en la discriminación racial (étnica o religiosa), el comandante militar que ordena disparar a civiles, el soldado que cumple esa orden, el policía que interroga a un prisionero mediante torturas o el fiscal que ignora las denuncias contra ese funcionario; todos ellos se vuelven responsables personalmente de estos actos a los ojos del ordenamiento internacional, que *entra* en los ordenamientos estatales y le impone a los individuos que se abstengan de algunos comportamientos bajo pena de ser responsables de crímenes internacionales.



Para este propósito, se pueden tomar prestadas las palabras del Tribunal de Núremberg “los individuos tienen deberes [...] que trascienden la obligación nacional de obediencia impuesta por cada Estado”. Porque:

Los crímenes contra el derecho internacional los cometen hombres, no entes abstractos, y las normas del derecho internacional se pueden aplicar de modo coercitivo solo castigando a los individuos que cometen esos crímenes [...]. Quien infringe las leyes de la guerra no puede gozar de inmunidad cuando actúa respetando la autoridad del Estado si el Estado, al autorizar la acción, va más allá de la competencia que le concede el derecho internacional.

Por lo tanto, un individuo-órgano puede ser castigado aun cuando la legislación interna de su Estado permitiese o incluso obligase a un determinado comportamiento; también son destinatarios de estas mismas obligaciones internacionales los simples ciudadanos, aun cuando no cumplan funciones oficiales¹⁹.

1.7. El sistema de derecho penal internacional

El ordenamiento internacional se ha ido dotando progresivamente de reglas que prohíben determinados comportamientos y ordenan que se pueda castigar a los individuos que los llevan a cabo. De nada valdrá el hecho de que estos hayan

¹⁹ *Ibidem.* p. 92.



considerado que estaban simplemente cumpliendo con su deber al obedecer a lo dictado por su ordenamiento nacional. El sistema de la justicia penal internacional se ha desarrollado hasta ahora en referencia tres áreas del derecho internacional.

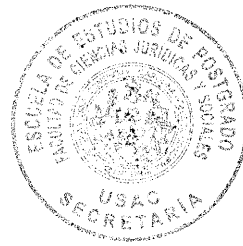
En primer lugar, en relación con las graves violaciones del derecho internacional humanitario, esto es, de las normas que regulan el desarrollo de los conflictos armados (los denominados crímenes de guerra). En segundo lugar, respecto a violaciones de la paz y de la seguridad internacionales (crímenes contra la paz o agresiones). Y, en último lugar, con referencia a las normas sobre la tutela de los derechos humanos fundamentales (crímenes contra la humanidad y genocidio). Nada impide pensar que, con el tiempo, también la infracción de otras normas internacionales (como, por ejemplo, la contaminación del medio ambiente) pueda dar lugar a un sistema de represión internacional análogo al de los crímenes internacionales.

Para el conjunto de los crímenes internacionales, de modo general, corresponde a los Estados proceder a su represión dentro del marco de su ordenamiento interno, tanto ejerciendo las funciones normales de *control* de su territorio (y de sus ciudadanos) como por el interés de la comunidad internacional²⁰.

²⁰ Olle Sesé, M. *Derechos humanos y justicia penal internacional*. p. 184.



Pero, para reaccionar ante la frecuente inercia de las autoridades nacionales, se ha pasado a organizar la represión también a nivel internacional con la creación de órganos específicos: los tribunales penales internacionales (de Núremberg y Tokio, los Tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional).



CAPÍTULO II

La Corte Penal Internacional y los tribunales penales anteriores a su constitución

2.1. La evolución del derecho penal internacional en la segunda postguerra

Al terminar la Segunda Guerra Mundial y ante el desastre que acababa de producirse, los Estados se afanaron en recuperar el espíritu de la Sociedad de Naciones y crear una organización donde estuviera representada la comunidad internacional, como conclusión de una idea que ya se había planteado con anterioridad por varios operadores jurídicos internacionales. La Carta de las Naciones Unidas se firmó en San Francisco el 28 de junio de 1945 y su entrada en vigor se produjo el 24 de octubre del mismo año.

Así el pesimismo que se desencadenó al ver media Europa en ruinas con sus campos sembrados de tumbas, se intentó atemperar con la inauguración de una nueva etapa de esperanza donde las Naciones Unidas del mundo velaran, porque semejante catástrofe no se volviera a repetir. En 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo una guía de derechos inalienables del ser humano de aplicación a los Estados parte de las Naciones Unidas.



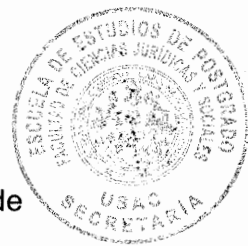
2.2. Los tratados internacionales en materia de crímenes internacionales y los intentos de codificación

El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró como principios de derecho internacional los criterios reconocidos en la carta de Londres y en la jurisprudencia de Núremberg.

Esta declaración se produjo un mes después de que se leyeran las sentencias de los acusados en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, y fue interpretada como un apoyo de la comunidad internacional a los principios enunciados en la Carta del 8 de agosto de 1945 y en el proceso judicial²¹.

Al año siguiente, la Asamblea General creó la Comisión de Derecho Internacional (CDI), incluyendo, entre sus objetivos, el de promover el proceso de codificación de los crímenes internacionales. Por medio de la Resolución 260 B (III), adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, se invitaba a la CDI a estudiar la posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para el enjuiciamiento de personas acusadas de genocidio u otros crímenes cuya jurisdicción fuera conferida por medio de una convención internacional. A los efectos de llevar a cabo dicha recomendación, la CDI nombró en su reunión de 3 de junio de 1949 a dos relatores especiales, Ricardo Alfaro y Emil Sadstróm.

²¹ Pastor, D. R. *Poder penal internacional: Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del estatuto de Roma*. Atelier. España. 2006. p. 135.



Asimismo, el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General, por medio de la Resolución 177(UU), encargó a la CDI la formulación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Núremberg y el juicio ante el Tribunal Militar Internacional, así como la preparación de un borrador que contuviera un Código de ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad.

La CDI presentó su borrador sobre los Principios de Núremberg en 1950. Este constituía un documento de 7 principios deudores de la Carta de Londres, con comentarios acerca de su interpretación jurisprudencial en Núremberg. Así se reconocía la responsabilidad individual de aquél que cometiera un crimen contemplado en el derecho internacional (Principio I); la pena para el autor de estos crímenes a la hora de exigir su responsabilidad (Principio II); la inexistencia de impunidad de los jefes de Estado cuando cometan crímenes reconocidos en el derecho internacional (Principio III); la irrelevancia de la obediencia debida (Principio IV); el derecho del acusado de cometer crímenes internacionales a ser juzgado en un proceso con garantías y justicia (Principio V); los hechos punibles como crímenes bajo el derecho internacional (Principio VI) y la regulación de la complicidad para cometer los crímenes internacionales (Principio VII).

Durante la segunda mitad del siglo XX ha existido un desarrollo normativo a nivel internacional que ha servido para configurar los elementos de los crímenes internacionales. De entre estos instrumentos internacionales, destacan por su relevancia y posterior incorporación a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, el Convenio para la Prevención y

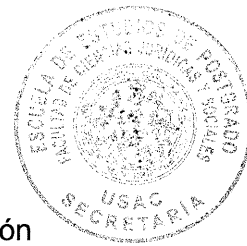


Sanción del Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (v. cap. XV), los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, junto con sus protocolos adicionales de 8 de junio de 1977 (v. cap. XVI), la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, así como la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968²².

2.2.1 El Código de Crímenes Internacionales contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad

El mandato que la Asamblea General de NNUU había encomendado a la CDI de redactar un código internacional de obligado cumplimiento no fue una tarea breve. Los trabajos preparatorios se llevaron a cabo en dos fases distintas. La primera abarca desde que se recibió el mandato en 1947 hasta la presentación del primer borrador en 1954. La segunda comienza en 1982 y se extiende hasta 1996. Pero durante ese medio siglo la CDI no estuvo trabajando de forma continua en el Código porque, a pesar de no constituir una tarea fácil, no era un trabajo tan titánico que fuesen necesarios cincuenta años para llevarlo a cabo. La causa de esta larga espera fue la polarización del mundo occidental en dos grupos de influencia durante más de 40 años.

²² *Ibidem.* p. 142.



Quintano Ripollés, refiriéndose a la paralización del proceso de codificación de crímenes internacionales de la CDI, lo enunciaba del modo siguiente en 1955: “Que no se haya logrado todavía realidades jurídicas más palpables, se debe, con toda certeza, al gran cisma político que actualmente divide al universo, no a dificultades técnicas y doctrinales largo ha superadas”²³.

2.2.1.1 Fase inicial (1947-1954)

Inmediatamente después de que se creara la CDI y antes de que se nombraran a sus miembros, la Asamblea General le encargó preparar un borrador sobre un Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, indicando que este debería basarse en los principios aplicados en el TMI de Núremberg.

En 1949 fue elegido Soropoulos como relator especial. En 1951 se adoptó un borrador de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que fue remitido a la Asamblea General. Este texto circuló por los Estados miembros que realizaron comentarios y propusieron algunos cambios. Fruto de esta revisión, nació un nuevo borrador aprobado en el seno de la CDI en 1954. La Asamblea General alegó un escollo para aprobar dicho borrador: el crimen de agresión, sucedáneo del artículo 6.a de la Carta de Londres regulador del crimen contra la paz, necesitaba una definición. La Asamblea solicitó la creación de un comité

²³ Quintano Ripóllés, A. *op. cit.* p. 23.



especial que se encargara de definir el concepto del crimen de agresión y pospuso la aprobación hasta que esta cuestión quedara solucionada.

2.2.1.2 Fase posterior (1982-1996)

La Asamblea General paralizó el Proyecto de Código de crímenes internacionales mientras no se adoptará una definición clara de lo que podría significar el crimen de agresión. Finalmente, el 14 de diciembre de 1974 la Asamblea General adoptó una definición del crimen de agresión en la Resolución 3314 (XXIX). Una vez cumplido el objetivo acordado en 1954, la CDI sugirió que se podría volver a retomar los trabajos sobre el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1981, después de que la Asamblea General solicitara la opinión de los Estados miembros invitó a la CDI a realizar un resumen del trabajo sobre el borrador del Código, teniendo en cuenta los resultados logrados en el desarrollo del derecho internacional.

En 1982, la CDI nombró a Doudou Thiam como relator especial del borrador, que trabajó durante 4 años, con un grupo especial, para reformar y reelaborar el proyecto abandonado en 1954.

En 1986, Thiam presentó en su 6° informe un artículo 12 bajo el nombre de “Actos constitutivos de crímenes contra la humanidad”. La proposición contenía cuatro párrafos. El primero incluyó el genocidio como uno de los crímenes contra la humanidad. El segundo ofreció dos alternativas a la definición de apartheid como



otra categoría de crimen contra la humanidad. El tercero contenía un crimen específico denominado actos inhumanos. Y, finalmente, el cuarto párrafo incorporaba una innovación al reconocer como crimen contra la humanidad la trasgresión de la obligación de los Estados de salvaguardar y preservar el medio humano.

En 1991, la CDI adoptó, en el 43° período de sesiones, provisionalmente y en su primera lectura, el 9° Informe, que contenía el Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Este informe se componía de dos partes. En la primera el relator especial trataba el tema de las penas aplicables a los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. En la segunda parte del informe Thiam recordaba que la Asamblea General en su Resolución 45/41 de 28 de noviembre de 1990 había invitado a la Comisión a que se considerara de nuevo el tema y se planteara en sus informes las cuestiones relativas a la jurisdicción penal internacional, contemplando la posibilidad de establecer un Tribunal Penal Internacional u otro mecanismo de la misma naturaleza. Por lo tanto, el relator especial debería plantear temas referentes a la competencia del tribunal y las condiciones del ejercicio de la acción penal.

La Asamblea General concluyó que se podría considerar como terminada la primera parte del trabajo, pero que la labor de la CDI debería continuar en



subsiguientes sesiones para desarrollar la segunda parte del código, la cual debería regular el tema de la jurisdicción criminal internacional²⁴.

Durante los dos años siguientes la Comisión trabajó en lo que se denominó la segunda parte, que culminaría en 1994 con la adopción de un primer borrador para la creación de un tribunal penal internacional con carácter permanente.

En 1996, la CDI adoptó los 12 artículos del borrador que debería constituir el Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. En este la Comisión advertía que, a pesar de haber reducido la cantidad de tipos penales en el nuevo borrador, pues solo se adoptaron como crímenes la agresión (art. 16), el genocidio (art. 17), los crímenes contra la humanidad (art. 18), los crímenes contra el personal de las NNUU (art. 19) y los crímenes de guerra (art. 20), eso no significaba que las otras figuras criminales excluidas perdieran la condición de crímenes que afecta a la comunidad internacional, pero era necesario sistematizar y reducir los tipos penales para que el código de aplicación internacional alcanzara el consenso necesario para que fuera efectivo. La Comisión le cedió el testigo a la Asamblea General para acordar la manera más acertada de implementar el código en su ámbito de aplicación.

A día de hoy, el ansiado Código no se ha llegado a aprobar, aunque bien es cierto que todos los trabajos realizados por la CDI en los distintos proyectos de

²⁴ Cid Muñoz, M. I. *op. cit.* p. 179.



Código y sus conclusiones se tuvieron en cuenta y, en parte, cristalizaron, en definición de los crímenes internacionales en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI).

2.3. Tribunales penales internacionales *ad hoc*

A principios de los años 90 se desencadenaron dos conflictos donde se produjo la violación masiva de los derechos humanos y la comisión de crímenes internacionales. Las primeras violaciones, cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, fueron el resorte para hacer renacer el derecho de Núremberg. Esta crisis humanitaria, junto con las masacres de la minoría tutsi llevada a cabo por los hutus durante unos pocos meses en Ruanda, reafirmó la necesidad de constituir un tribunal penal internacional de carácter permanente²⁵.

No obstante, en esta ocasión no fueron los vencedores los que constituyeron el tribunal y juzgaron a los vencidos, sino que fueron las Naciones Unidas quienes forzaron la aplicación del derecho penal internacional, a través de la figura de su secretario general y de la mano del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Al amparo del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad creó los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR).

²⁵ Maculan, Elena. El crimen de agresión. En: Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena. *Derecho penal internacional. op. cit.* p. 419.



2.3.1 Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional *ad hoc*

La desintegración de la República Federal Socialista de Yugoslavia dio lugar a la última gran guerra del siglo XX producida en Europa. El 25 de junio de 1991 Croacia y Eslovenia declararon su independencia, en contra de la idea de Serbia de crear una gran República bajo su hegemonía. Del mismo modo, el 29 de febrero y 1 de marzo de 1992, los habitantes de Bosnia-Herzegovina votaron a favor de la independencia. Y a pesar de que el 6 y el 7 de abril del mismo año la Unión Europea y Estados Unidos respectivamente reconocieron como estado a Bosnia-Herzegovina, los serbios proclamaron ese mismo día la creación de la República Serbia de Bosnia Herzegovina.

En vista de que las hostilidades ya habían comenzado en Yugoslavia a mediados del año 1991 y que los intentos de mediación y presión del Consejo de Seguridad no habían dado resultado alguno, este órgano adoptó el 13 de julio de 1992 la Resolución 764, en la cual afirmaba que todas las partes del conflicto estaban obligadas a cumplir con el derecho internacional humanitario, en concreto las Convenios de Ginebra, y advertía de que todas las personas que quebrantaran dichas normas serían individualmente responsables de la comisión de crímenes de guerra.

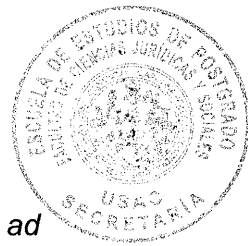
Ello no tuvo el efecto disuasorio que pretendía. Así, el 13 de agosto de 1992, por medio de la Resolución 771, el Consejo de Seguridad demandó el cese de la



violación de las normas internacionales humanitarias y animó a los Estados y a otros agentes internacionales a presentar *informes sustanciosos* sobre la situación al secretario general de NNUU y recomendar adicionalmente las medidas que pudieran ser apropiadas. Asimismo, advertía con actuar conforme el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y presentaba, por primera vez, una lista de los actos que constituían violaciones del derecho internacional humanitario que se estaban cometiendo en el territorio de la antigua República yugoslava.

La Resolución 780 expresó, el 6 de octubre de 1992, su gran preocupación ante los hechos que se estaban desarrollando en Yugoslavia y requirió al secretario general de las Naciones Unidas la constitución, como medida de urgencia, de una comisión imparcial de expertos para valorar la información recibida, investigar los hechos y presentar conclusiones.

El 14 de octubre de 1992 el secretario general informó al Consejo de Seguridad de su decisión de establecer una comisión de expertos constituida por 5 miembros seleccionados por sus conocimientos del derecho internacional humanitario y su experiencia profesional. El primer informe de esta comisión fue remitido el 9 de febrero de 1993 y en él se afirmaba que en el territorio de la antigua Yugoslavia se estaban cometiendo graves violaciones del derecho internacional humanitario, se definía la *limpieza étnica* que se estaba llevando a cabo y se enumeraban los actos criminales que se estaban ejecutando, anunciando que estos constituían crímenes contra la humanidad, aunque también podrían considerarse crímenes de guerra y de genocidio. Asimismo, se preveía la posibilidad de que el



Consejo de Seguridad u otro órgano competente constituyesen un tribunal penal *ad hoc*.

El 22 de febrero de 1993 el Consejo de Seguridad anunció en la Resolución 808 el establecimiento de un Tribunal Penal internacional para la persecución y enjuiciamiento de aquellas personas responsables de la comisión de serias violaciones del derecho internacional humanitario realizadas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991.

El secretario general de la ONU presentó un informe, el 6 de mayo de 1993, que incluía un borrador del Estatuto del Tribunal y en el cual, además, se indicaba la manera en que los Estados deberían aceptar el Estatuto. A las tres semanas de haber recibido dicho informe, el Consejo de Seguridad, al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, adoptó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional en la Resolución número 827²⁶.

2.3.1.1 Estructura y funcionamiento

El Estatuto constituyó un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para juzgar los crímenes de guerra (artículo 3), contra la humanidad (artículo 5) y de genocidio (artículo 4) cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991 (artículo 8).

²⁶ García Arán, M. y López Garrido, D. *Crímen internacional y jurisdicción universal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. p. 81.

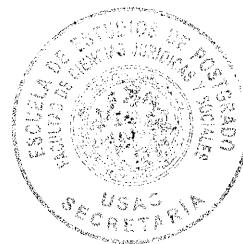


El TPIY se componía de tres Salas de primera instancia (*Trial chambers*) y una Sala de apelación (*Appeals chamber*), reguladas en los artículos 11 a 15 del Estatuto, una Oficina del Fiscal (*Office of the Prosecutor*) y una Secretaría (*Registry*). Todas con sede en La Haya.

El Estatuto establece en su artículo 7, la responsabilidad penal individual del modo siguiente:

La persona que haya planeado, instigado, ordenado, cometido o colaborado de cualquier modo la planificación, preparación o ejecución de un crimen tipificado en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto será individualmente responsable por el crimen. La posición oficial de cualquier acusado, sea como jefe del Estado o Gobierno o sea un responsable gubernamental, no será relevante para su responsabilidad criminal ni mitigará el castigo.

De acuerdo con esta configuración de la responsabilidad penal individual, han sido juzgados en el TPIY y jefes de Estado, ministros y mandos militares de Serbia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Kosovo. Desde la primera sentencia del TPIY (contra Drazen Erdemovic), la jurisprudencia emanada del Tribunal ha sido esencial para la consolidación del derecho penal internacional y ha supuesto un gran avance en la interpretación de los crímenes internacionales y su aplicación a las situaciones concretas.



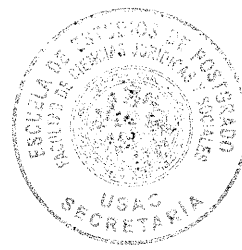
2.3.2 Ruanda y el Tribunal Penal Internacional

Durante unos pocos meses del año 1994 se cometieron en Ruanda, y en sus territorios colindantes, terribles atrocidades entre las etnias hutu y tutsi. El Consejo de Seguridad nombró una Comisión de expertos el 1 de julio de 1994 para analizar y examinar las evidencias del quebrantamiento de un modo generalizado del derecho internacional humanitario y la posible perpetración de un genocidio en territorio ruandés²⁷.

En su primer informe, la Comisión concluyó que existían evidencias suficientes para probar que se estaban cometiendo actos de genocidio contra la etnia tutsi por parte de los hutus. Asimismo, recomienda al Consejo de Seguridad tomar la acción necesaria para asegurar la responsabilidad individual de los criminales y la puesta a disposición de un Tribunal Penal Internacional imparcial.

El 8 de noviembre de 1994, una vez que se hubo determinado que el genocidio y otros crímenes internacionales estaban siendo cometidos en Ruanda, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución de 955, por la cual se establecía un Tribunal Penal Internacional para la persecución de los responsables de dichos crímenes.

²⁷ Pastor, D. R. *Poder penal internacional: Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del estatuto de Roma*. Atelier. España. 2006. p. 135.



2.3.2.1 Funcionamiento y organización

El Estatuto del TPIR fue diseñado de una manera muy similar al del TPIY, aunque con ciertas modificaciones en las que se recogía la idiosincrasia propia del conflicto interno al que el tribunal debería enfrentarse.

La competencia del TPIR se concreta en los crímenes de genocidio (artículo 2), crímenes contra la humanidad (artículo 3) y crímenes de guerra (artículo 4), respecto de las conductas que tuvieron lugar entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994 en Ruanda y sus Estados vecinos (artículo 1). El artículo 6 establece, de un modo similar al Estatuto del TPIY, la responsabilidad penal individual.

El TPIR se compuso por tres Salas de primera instancia, cuya sede estaba en Arusha (Tanzania), y una Sala de apelación compartida con el TPIY. Asimismo, ha contado, durante gran parte de su mandato, con una Fiscalía propia. La mayor diferencia entre ambos tribunales surgió a la hora de tipificar determinadas conductas criminales, que fueron adaptadas al concreto conflicto para el que iban a servir.

“Así, respecto al crimen contra la humanidad, ambos Estatutos difieren en un punto importante en el que se revela la influencia que tiene un conflicto concreto a la hora de redactar la tipificación del crimen contra la humanidad”²⁸. El carácter

²⁸ Blanc Altemir, A. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Bosh. Barcelona. 1990. p. 90.



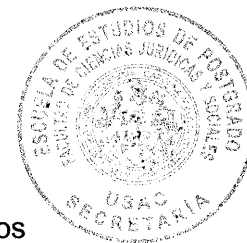
militarista del conflicto abierto en Yugoslavia llevó al Consejo de Seguridad a retomar la extinta herramienta de conexión obligatoria entre los actos subyacentes del crimen contra la humanidad con un conflicto armado (v. capítulo XVI). Por otro lado, el carácter étnico que se impuso en el conflicto ruandés llevó a incluir en el crimen contra la humanidad los motivos discriminatorios como elementos del tipo penal.

La jurisprudencia del TPIR ha sido especialmente prolífica en la interpretación y aplicación del crimen de genocidio, que refleja el carácter del conflicto surgido en 1994.

La labor que han llevado a cabo estos dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* ha sido indispensable para sistematizar y clarificar los elementos contenidos en los tipos penales del crimen de guerra, genocidio y crimen contra la humanidad. La jurisprudencia de estos dos tribunales ha resultado esencial para concretar las características y los elementos de las figuras criminales, que han tenido su reflejo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

2.3.3 La *completion strategy*

Tanto el TPIY como el TPIR surgieron como una institución temporal, con el propósito específico de investigar los crímenes internacionales cometidos en un concreto territorio y durante un periodo de tiempo. Para concluir los casos



que aún están pendientes de apelación y juicio (en algunos casos en que los autores se encuentran huidos), se adoptó un plan, conocido como *Completion Strategy*, para asegurar que, cuando el mandato de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* finalizase, su labor fuese concluida²⁹.

En este ámbito, el Consejo de Seguridad aprobó, el 22 de diciembre de 2010, el *Mechanism for International Criminal Tribunals* (MICT), como órgano *ad hoc* encargado de ocuparse de llevar a cabo las funciones de los Tribunales *ad hoc* tras la finalización de sus mandatos, lo que sucedió para el TPIR el 1 de julio de 2012 y para el TPIY el 1 de julio de 2013. El MICT conforma un nuevo órgano jurídico más reducido, con un mandato temporal que consiste en continuar con las funciones esenciales de los Tribunales para que la labor de estos pueda ser concluida satisfactoriamente.

El MICT comenzó a funcionar en Arusha, en el ámbito del TPIR, el 1 de julio de 2012, y en La Haya el 1 de julio de 2013, en el ámbito del TPIY. Su mandato era de cuatro años, sujeto a renovaciones bianuales en función del avance de los procesos que aún quedan por concluir. El MICT lleva a cabo determinadas funciones de las que antes se encargaban los TTPPII *ad hoc*, tales como:

²⁹ Gil Gil, Alicia. Los crímenes contra la humanidad. En: Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena. (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson. Madrid. 2016. p. 293.



- a) Proceder al arresto y entregar a la Fiscalía los fugitivos que aún están siendo buscados.
- b) Concluir los procesos pendientes de apelación que le han sido transferidos desde los TTPPII *ad hoc*.
- c) Repetir los juicios en primera instancia que pueda ordenar la Sala de Apelación por causa de alguna nulidad o vicio procedimental.
- d) Juzgar los casos de falso testimonio de testigos que depusieron ante los Tribunales.
- e) Aplicar el proceso de revisión, cuando surja algún nuevo hecho, determinante para el fallo y que no fue tenido en cuenta en el juicio.
- f) Protección de testigos y víctimas.
- g) Asegurar la ejecución de las sentencias.
- h) Asistir y prestar ayuda a las jurisdicciones nacionales.

El MICT se compone de un presidente, un fiscal y un secretario, y, asimismo, cuenta con una lista de 25 jueces que cubrirán tanto el ámbito del TPIR como el del TPIY.

2.4. La Corte Penal Internacional

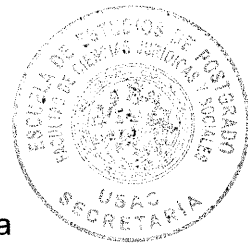
A pesar de que la idea de una jurisdicción penal internacional subyacía en varios Convenios internacionales, como el de prevención y sanción del genocidio de 1948 o el de apartheid de 1974, así como en determinadas iniciativas de las



Naciones Unidas, la puesta en marcha del proceso creador de la Corte Penal Internacional apareció a través de una vía inesperada.

En 1989, durante una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas para tratar el problema del tráfico de drogas, Trinidad y Tobago propuso el establecimiento de un tribunal penal internacional especializado en este tipo de actuaciones criminales. La Asamblea General respondió que la CDI prepararía un informe sobre la persecución de personas acusadas de tráfico internacional de drogas por una corte especializada. La CDI cumplió con el mandato encomendado y en 1990 remitió el informe en el 45° periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este, a pesar de que no se limitaba únicamente al tráfico de drogas, fue muy bien recibido por la Asamblea General, que animó a la CDI a continuar la labor por la misma senda.

La CDI remitió un informe a la Asamblea General en su 49° periodo de sesiones (1994), donde se aprobó el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), aunque se pospuso la creación del Tribunal hasta que el texto presentado hubiera sido revisado por un Comité de Expertos. Este presentó su informe en 1995, el cual se convirtió en la base sobre la que la Asamblea General estableció, por la Resolución 50/52 de 11 de diciembre de 1995, el Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, que debería ser examinado por una conferencia internacional. Este comité remitió el proyecto a la Asamblea General en la 51° sesión, el 28 de octubre de 1996.



En diciembre de 1997 la Asamblea General convocó una Conferencia Diplomática en Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998) con vistas a adoptar la Convención para el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Durante el mes de enero de 1998 se trabajó para integrar el proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (última versión de 1996) en un único documento conocido como el Texto de Zutphen. En abril se llevó a cabo la última sesión del Comité preparatorio que remitió su informe a los Estados llamados a la Conferencia Internacional para el estudio del proyecto. Durante la Conferencia de Roma se negoció sobre la base del Proyecto final del Estatuto que había entregado el Comité Preparatorio.

En la última sesión de esta Conferencia se aprobó el Estatuto de Roma, o Estatuto de la Corte Penal Internacional, con el apoyo de 120 delegaciones estatales, mientras que 21 se abstuvieron y 7 votaron en contra (Estados Unidos, China, Israel, Irak, Libia, Yemen y Qatar). Tras cuatro años de espera y con las 60 ratificaciones necesarias que exige el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, este entró en vigor el 1 de julio de 2002.

2.4.1 La revisión del Estatuto de Roma en la Conferencia de Kampala

El Estatuto de Roma se compone de 128 artículos, donde se establece su composición, administración, tipos penales de competencia de la Corte,



principios generales del derecho penal, derecho aplicable y el procedimiento y las instancias ante la Corte Penal Internacional³⁰.

El preámbulo del Estatuto afirma que los Estados partes:

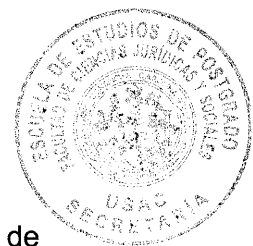
Decididos, en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto³¹.

Los crímenes a los que se refiere el preámbulo están contemplados en el artículo 5 del Estatuto y son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. No obstante, este último no se encontraba definido en la versión original del Estatuto, contemplándose en su artículo 5.2 que:

La Corte ejercerá competencia respecto del 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. (v. capítulo XVIII).

³⁰ Ambos, Kai. y Guerrero, O. J. (Editores). *El estatuto de Roma análisis por expertos internacionales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. p. 28.

³¹ Estatuto de Roma – Preámbulo.



Del 31 de mayo al 11 de junio de 2011 tuvo lugar la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Kampala (Uganda).

En esta, además de llevarse a cabo un proceso de evaluación de la labor y el desarrollo de la Corte Penal Internacional y de adoptarse la Declaración de Kampala para reafirmar el compromiso de los Estados con el Estatuto de Roma y su completa implementación, se aprobaron por consenso varias enmiendas que afectan al Estatuto de Roma. Entre ellas, se adoptó una enmienda que define el crimen de agresión y el régimen sobre como la Corte ejercerá su jurisdicción sobre el tipo penal, una vez que entre en vigor, según las reglas allí establecidas (v. capítulo XVIII)³².

España reguló las relaciones con la Corte Penal Internacional a través de la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

Asimismo, España ya ha aceptado las enmiendas aprobadas en Kampala al publicar el 18 de septiembre de 2014 en el BOE la Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010.

³² Ambos, Kai. y Guerrero, O. J. (Editores). *El estatuto de Roma de la corte penal internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. p. 205.



2.5. Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.5.1. Caso Almonacid Arellano vs Chile

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece: Los hechos del caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar.

Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente.

En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.

La Corte decide, Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado. La Corte dictamina que, el Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y



25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.

2.5.2 Caso Gelman vs Uruguay

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece: Los hechos del caso se iniciaron el 27 de junio de 1973 cuando se llevó a cabo un golpe de Estado, el cual se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985. En esos años se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda. En noviembre de 1975, se formalizó la “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos de hecho”, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil.

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos siendo Nora Eva Gelman liberada cuatro



días después junto a Luis Eduardo Pereda. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados.

Marcelo Gelman fue torturado en dicho centro de detención clandestino y fue ejecutado en 1976. En 1989 sus restos de Marcelo Gelman fueron descubiertos. María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976, a María Claudia García le fue sustraída su hija recién nacida. Hasta el momento no se conoce sobre su paradero o el de sus restos.

El 14 de enero de 1977 la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, María Macarena Tauriño tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman. Como consecuencia de lo anterior, María Macarena Tauriño se sometió, el mismo año, a una prueba de ADN a los efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva en un 99,998%.

Los hechos señalados nunca pudieron ser investigados ni sancionados por Uruguay puesto que el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo



aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Esta ley fue una amnistía en relación con los delitos cometidos en el periodo del régimen militar.

La Corte declara que, acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado. El Estado es responsable por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, por lo cual violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El Estado es responsable por la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García, ocurrida desde su nacimiento hasta que se determinó su verdadera identidad y expresada como una forma de desaparición forzada, por lo cual, en ese período, violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de los niños y niñas y a la nacionalidad, reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1, 7.1, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17, en relación con



el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor Juan Gelman. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio del señor Juan Gelman y de María Macarena Gelman García. El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de esta y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos. No procede emitir un pronunciamiento sobre las alegadas violaciones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la honra y dignidad, reconocidos en los artículos 13 y 11 de la Convención ni de las normas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) cuya violación fue alegada.



2.5.3 Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece:

Los hechos del caso se refieren al señor Rosendo Radilla Pacheco, quien era una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero. El 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Posteriormente a su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente. No se volvió a saber de su paradero.

Los familiares de la víctima interpusieron diversos recursos a fin de que se investiguen los hechos y se sancionen a los responsables. La causa penal fue dirigida a la jurisdicción penal militar. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

La Corte decide, rechazar las excepciones preliminares interpuestas por los Estados Unidos Mexicanos. Aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado. La Corte declara que, el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la



obligación de respetar y garantizar contenida en el artículo 1.1 de esta y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de esta, en perjuicio de las señoras Tita y Andrea y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de esta y los artículos I incisos a), b) y d), IX y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de las señoras Tita y Andrea y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. El Estado incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.





CAPÍTULO III

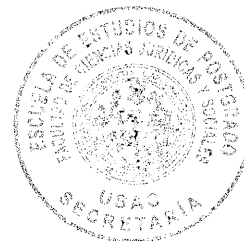
Los principios generales del derecho penal internacional y su comparación con los principios generales del derecho penal de los ordenamientos nacionales

3.1. Principios generales

La Parte III del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) se titula *De los principios generales del derecho penal*. Los artículos (22 A 333) acogidos por esta rúbrica comprenden no solo los principios rectores y garantías que informan el propio Estatuto, sino también otras normas o disposiciones que, sin ser estrictamente principios, se refieren a fundamentos de la teoría jurídica del crimen internacional, lo que convierte a esta parte en uno de los pilares más importantes del Estatuto de Roma (ER)³³.

La promulgación del ECPI supuso un paso definitivo en la pretensión de codificación, por primera vez, de una *Parte General* del Derecho Penal Internacional (DPI) y, por tanto, de formulación de los principios generales del DPI. Antes del ER no existía en el ámbito del DPI un elenco de normas lo suficientemente desarrolladas que respondieran a una teoría general del DPI ni tampoco una

³³ Ambos, Kai. Implementación del estatuto de Roma en la legislación nacional. En: Ambos Kai y Malarino. E. (eds.) *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. KAS. Montevideo. 2003. p. 37.



preocupación por desarrollarla. La parte especial, con la descripción de los crímenes internacionales, fue objeto de especial atención frente a la menor consideración que recibió la parte general. Inicialmente, los tribunales penales internacionales se inspiraban, para aplicar el derecho penal general, en los ordenamientos internos.

El ECPI en esta labor de codificación de los principios generales se inspira, en primer lugar, en los Principios de Núremberg, los cuales, a pesar de su insuficiencia para formar autónomamente una parte general del DPI, desarrolla y actualiza. En segundo lugar, el ER, recopila y ordena las normas jurídicas consuetudinarias y escritas que se encontraban desperdigadas en el ámbito del DPI y especialmente la de los estatutos de los tribunales militares y de los *ad hoc*. Y, por último, incorpora los desarrollos jurisprudenciales del TPIY y del TIPR, aunque, en algunos aspectos concretos, se haya apartado de la interpretación de estos tribunales. Estos principios, además, en su formulación, se aproximan al derecho penal moderno y especialmente al continental europeo.

El principio de legalidad de los crímenes y de las penas se contempla en los artículos 22 y 23 respectivamente, el principio de irretroactividad en el artículo 24 y el principio de irrelevancia del cargo oficial en el artículo 27.

El resto de los artículos de la Parte III prevé, por un lado, el principio de la responsabilidad penal individual (artículos 25.1 y 2; v. capítulo IX), la regla de la imprescriptibilidad de todos los crímenes competencia de la CPI (artículo 29) y la de la exclusión de los menores de edad de la competencia de la Corte (artículo 26); y,



por otro, las normas relativas a la teoría jurídica del crimen internacional como son las formas de intervención punibles, esto es, la autoría y participación (artículo 25.3; v. cap. IX), la responsabilidad del superior jerárquico (artículo 28; v. cap. X), el elemento subjetivo del crimen o *mens rea* (artículo 30; v. cap. VIII), las circunstancias eximentes de responsabilidad penal (artículo 31; v. capítulo XI), los efectos del error de hecho y del de derecho (artículo 32; v. capítulo XI) y la obediencia jerárquica (artículo 33; v. capítulo XI).

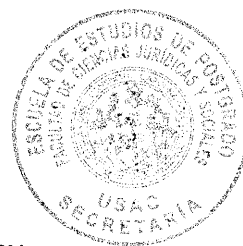
A estos principios penales internacionales (similares, a pesar de sus matices diferenciadores, a los que informan los diferentes sistemas penales nacionales) se añadió el principio *ne bis in ídem* (artículo 20.2; v. capítulo IV).

3.2. El principio de legalidad

3.2.1 Concepto y evolución en el sistema de derecho penal internacional

El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) despliega toda su vigencia en el derecho penal interno de los Estados modernos. Este principio, en su formulación clásica, que es la imperante en los sistemas domésticos continentales, reconoce fundamentalmente, una doble garantía³⁴.

³⁴ Ambos, Kai. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Atelier. Barcelona. 2008. p. 137.

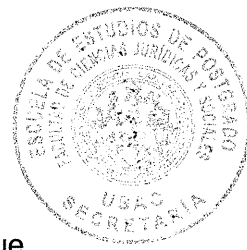


La garantía criminal o la exigencia de que el delito esté previsto en la ley antes de su comisión (*nullum crimen sine lege*) y la garantía penal o la exigencia de que la pena esté también determinada previamente en la ley (*nulla poena sine lege*). Los requisitos que actualmente se imponen a la norma jurídica penal, partiendo de la formulación de Feuerbach (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como exigencia del principio de legalidad, son: *lex praevia* (ley previa), *lex scripta* (ley escrita), *lex stricta* (ley estricta) y *lex certa* (ley cierta).

De estos contenidos, algunos (que la norma penal sea previa, escrita, estricta y cierta) se refieren al aspecto material del principio; es decir, al que tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica para que los ciudadanos conozcan las conductas prohibidas; mientras que otros integran la denominada garantía formal o la exigencia de que exista una ley en sentido formal que defina el delito y la pena, aprobada por un parlamento democrático, como expresión de la voluntad de los ciudadanos a los que representa. Son estos, quienes, a través de sus representantes políticos, deciden qué conductas deben ser prohibidas o permitidas.

En los sistemas penales domésticos continentales, la única fuente normativa penal es la ley, aunque, se debe mencionar, que en el sistema anglosajón subsisten figuras delictivas de creación jurisprudencial.

Este concepto del principio de legalidad de los sistemas penales internos se puede trasladar al ámbito del DPI donde también se exige que en el momento de la comisión de los hechos exista una norma que defina la conducta criminal



internacional (*nullum crimen sine lege*), pero con la diferencia fundamental de que esta puede ser tanto escrita como no escrita (por ejemplo, derecho internacional consuetudinario) y que esa norma determine una sanción penal (*nulla poena sine lege*).

En el derecho internacional, el sistema de fuentes, como establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, está formado por los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales reconocidos en el ámbito internacional. La jurisprudencia y la doctrina científica también son medios auxiliares para la interpretación del derecho internacional³⁵.

Pero, igual que en los sistemas internos no toda fuente de derecho es apta como fuente de derecho penal, de la misma manera no toda fuente de derecho internacional se considerará fuente de DPI, debido a que algunas de ellas no pueden cumplir con las garantías del principio de legalidad.

La vigencia del principio de legalidad fue puesta en duda durante muchos años, en especial a raíz de la experiencia de los procesos celebrados para juzgar a los criminales nazis y sus aliados tras la Segunda Guerra Mundial, en los procesos de Núremberg y Tokio. A los juicios de Núremberg se les reprochó que violaban el principio de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal desfavorable, al incluir

³⁵ Zappalá, Salvatore. *¿Qué es la justicia penal internacional?* Proteus. España. 2010. p. 82.



en el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1975, crímenes que en el momento de su comisión no estaban previstos en la norma. El artículo 6 del Estatuto declaraba la competencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI) para el enjuiciamiento de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. La discusión se centró en si estos crímenes (que se definían por primera vez en ese Estatuto), podían considerarse punibles de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario existente en el momento de su comisión.

En relación con los crímenes contra la paz se argumentó que su persecución por parte del TMI vulneraba el principio de irretroactividad de la norma penal porque, a pesar de que, en el momento de su comisión, la guerra de agresión constituyera un ilícito internacional, no se podía justificar la punibilidad de este crimen, ya que solo acarreaba, en aquel entonces, la responsabilidad estatal, pero no la individual. Por lo que se refiere a los crímenes de guerra, se cuestionó sí, en el momento de la comisión de los hechos, la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929 eran instrumentos suficientes, como ley internacional, para definir los crímenes de guerra, porque, de lo contrario, la norma se estaría aplicando retroactivamente.

Y en lo que afectaba a los crímenes contra la humanidad, se admitió que las conductas individuales que comprendían parte de la definición de estos crímenes (por ejemplo, el asesinato), estaban previstas en el momento de los hechos, por lo general, en las normas penales internas y, por tanto, se



justificaba su punibilidad desde el derecho nacional; pero se censuró que esos actos individuales fueran perseguidos como crímenes contra la humanidad, al amparo del derecho internacional³⁶.

No obstante, la acusación francesa y británica sostuvo, en el juicio de Núremberg, que la punibilidad de los crímenes contra la humanidad podría considerarse como un principio general de derecho.

El juicio de Núremberg, en consecuencia, exteriorizó dos posiciones encontradas respecto del principio de legalidad. Por un lado, la de los que sostuvieron que no existió vulneración del principio de legalidad, bien por ser el derecho aplicado preexistente al momento de los hechos, o bien porque este principio se debía reinterpretar en el ámbito del derecho internacional. Y, por otro lado, los que estimaron que se violó el principio de legalidad, pero justificaban esa vulneración en diferentes argumentos, como la inaplicabilidad de este principio en el DPI o la preferencia de otros intereses prevalentes sobre el principio de legalidad.

El TMI, alejado de la dimensión y significación actual de este principio, sentenció que, lejos de crear derecho, aplicó el que ya existía en el momento de los hechos y que el brocardo *nullum crimen sine lege previa* se debía entender como un *principio de justicia*, porque las conductas contrarias al derecho internacional, por su gravedad, no podían quedar impunes.

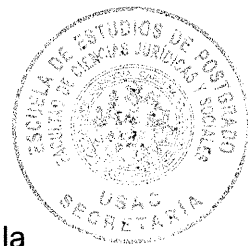
³⁶ Gil Gil, Alicia. *Los crímenes contra la humanidad. op. cit.* p. 176.



El Tribunal Militar Internacional Para el Lejano Oriente (TMILO) recibió las mismas críticas que el TMI (vulneración del principio de legalidad y del de irretroactividad), porque la Carta de este Tribunal, de 19 de enero de 1946, fue aprobada con posterioridad a la ejecución de los hechos. La sentencia del TMILO asumió, para rebatir las objeciones de las que fue objeto, los fundamentos vertidos con anterioridad por la sentencia del TMI.

Fue posteriormente, en 1950, cuando los Principios de Núremberg reconocieron la preeminencia del derecho internacional para fundar la exigibilidad de responsabilidad penal individual internacional, exista o no tipificación interna de esos crímenes: “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de este y está sujeta a sanción penal” (principio 1) y “el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido” (principio 2). Principios que hoy son considerados en el ámbito del DPI como derecho internacional consuetudinario.

Los dos Tribunales *ad hoc*, en una interpretación amplia del principio de legalidad, han extendido la garantía de la *lex praevia* al derecho consuetudinario, de tal forma que, para estos, no se conculcaba el *nullum crimen sine lege* si la conducta estaba prohibida, en el momento de la comisión de los hechos, en una norma de derecho internacional consuetudinario y el autor fuera consciente de que esa prohibición le acarrearía responsabilidad individual. Recordemos, por ejemplo, como el secretario general de las Naciones Unidas, en su informe al Consejo de



Seguridad sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yemen, reafirmó la vigencia del principio de legalidad al indicar que el TPIY debía aplicar el derecho internacional humanitario que tuviera el carácter de derecho internacional consuetudinario y señaló que tenían esta consideración las Convenciones de Ginebra de 1949, el IV Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra y su reglamento de 18 de octubre de 1907, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 y la citada Carta del TMI.

“En el ámbito de los tribunales internacionalizados o mixtos, el principio de legalidad también es interpretado de forma extensiva, ampliando su contenido al derecho internacional consuetudinario”³⁷. Así, es significativo, por ejemplo, el informe del secretario general de las Naciones Unidas, dirigido al Consejo de Seguridad, sobre la Corte Especial para Sierra Leona, cuando suscribió que (en reconocimiento del principio de legalidad y, en particular, del *nullum crimen sine lege* y la prohibición de que las leyes penales tengan carácter retroactivo) los crímenes internacionales respecto de los que es competente el Tribunal son crímenes que se considera que tenían tal carácter con arreglo al derecho internacional consuetudinario en el tiempo en que se cometieron. Y, en el mismo sentido, las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya han admitido la aplicación directa del derecho internacional, aunque en el momento de los hechos el crimen no estuviera tipificado en el derecho penal interno; señalando, en el caso concreto, que los crímenes gozaban para el acusado de la necesaria accesibilidad y claridad.

³⁷ Melendo Pardos, M. *Imputación subjetiva y error en el estatuto de la corte penal internacional*. Atelier. Barcelona. 2008. p. 86.



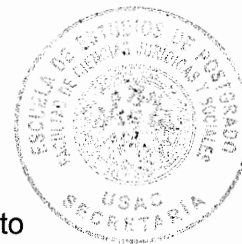
También el Tribunal Especial para el Líbano sostuvo que la aplicación de una ley penal adoptada con posterioridad a los hechos satisfacía las exigencias del derecho internacional, siempre que esa ley incorporara a la legislación interna una conducta que fuera considerada delito por el derecho internacional en el tiempo de su comisión.

Todo lo que se acaba de exponer respecto de la aplicación del derecho internacional consuetudinario lleva a la conclusión de que la garantía formal del principio de legalidad no parece que pueda cumplirse en el derecho penal internacional.

3.2.2 Tratamiento del principio de legalidad en el derecho internacional

El principio de legalidad está reconocido en el ámbito del derecho internacional en diferentes convenios internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el artículo 11.2 proclamó que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos, según el derecho nacional o internacional” y que “tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

En el espacio regional europeo, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH) contempla el principio de legalidad penal en el derecho interno y en el derecho internacional en el artículo 7. El apartado primero de este artículo, por un lado, garantiza que para ser condenado por una acción u omisión esta debe



constituir una “infracción, según el derecho nacional o internacional” en el momento de su comisión, y, por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirma el principio de legalidad de las penas y que no se podrá imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión delictiva.

El apartado segundo confirma como fuente válida del derecho penal, como *lex praevia*, los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*. Y en parecidos términos se pronunciaba el artículo II-109 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y, también, el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referido a los *Principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas*. Los dos artículos con idéntica redacción, confirman, como fuente del derecho penal, los *principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones*.

El CEDH, en su artículo 7, establece, por tanto, el principio de juridicidad, o principio de legalidad limitado, por el que se justifica la innecesariedad de la existencia de ley en sentido formal (escrita), siempre que la norma penal aplicable fuere previsible. Así el TEDH, en los casos *Streletz, Kessler y Krenz*, *Kolk y Kislyly*, *Kononov* y en el caso *Touvier*, ha señalado que esa norma no escrita debe garantizar los aspectos materiales del principio de legalidad para respetar la seguridad jurídica (accesibilidad, irretroactividad, previsibilidad entendida como precisión y taxatividad y prohibición de la analogía).

El TEDH exige que el derecho aplicable goce de previsibilidad y concreción y admite que la jurisprudencia pueda contribuir a la interpretación de la norma penal



completando su insuficiencia para reforzar su taxatividad y previsibilidad. “Estas deficiencias se superarían trasladando el derecho consuetudinario a una norma escrita en la que se describa con precisión las conductas típicas”³⁸.

El artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de alcance universal, se pronuncia respecto del principio de legalidad en términos semejantes al artículo 7 CEDH y establece como fuente los “principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. El CEDH quizá con menos precisión se refiere a los principios reconocidos por las *naciones civilizadas*.

La redacción del artículo 15.2 PIDCP y del artículo 7.2 CEDH, para un sector mayoritario de la doctrina, surgió para evitar que se invocase la vulneración del principio de legalidad en los juicios celebrados después de la Segunda Guerra Mundial contra los responsables de los crímenes internacionales.

No obstante, el TEDH ha aplicado el artículo 7.2 CEDG también a supuestos distintos a los de la Segunda Guerra Mundial, donde concluía que se respetaba los principios de legalidad, como hemos visto en algunos de los casos citados.

La CADH consagra el principio de legalidad en el artículo 9 y no lo limita al derecho interno de los Estados al afirmar que “nadie puede ser condenado por

³⁸ Olle Sesé, M. Justicia universal para crímenes internacionales. *Revista la ley*. Madrid. 2008. p. 128.



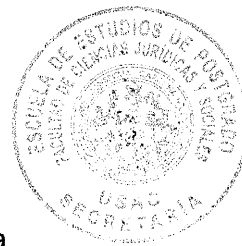
acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho aplicable”.

3.2.3 El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

3.2.3.1 El principio *nullum crimen sine lege*

La garantía criminal se contempla en el artículo 22 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, siguiendo el sistema continental de *civil law* frente al anglosajón o de *common law*. El apartado primero de este artículo exige, como *lex praevia*, para determinar la responsabilidad penal internacional, que “la conducta realizada constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen competencia de la Corte”. Este inciso del ECPI circunscribe exclusivamente la competencia *ratione materiae* de la Corte a los cuatro crímenes catalogados en el artículo 5: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión. Se excluye, consecuentemente, la competencia de la CPI para el enjuiciamiento de otros crímenes distintos a estos.

El apartado segundo del mismo artículo del ER sistematiza los criterios de interpretación de los crímenes de su competencia al señalar que “la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía y que, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”.



El ECPI permite, en primer lugar, como no puede ser de otra forma, la interpretación de la norma, pero la limita a un criterio estricto. De esta forma, el ER impone, cuando la norma adolezca de la precisión deseada y necesaria en la formulación de los crímenes y aflore la duda sobre la voluntad normativa, una interpretación restrictiva, donde el significado que se alcance de la definición de los crímenes sea estricto, proscribiendo, en consecuencia, la interpretación extensiva permitida en otros sistemas penales internos, siempre que no se desborde el significado de la ley penal. Y, en segundo lugar, prohíbe expresamente la analogía contra el reo, de tal forma que, al igual que sucede en los sistemas penales nacionales, el ER impide aplicar la norma de DPI a cualquier otro supuesto que, de conformidad con ese contenido ofrecido en la propia norma interpretada estrictamente, no pueda ser comprendido en esta, por muy similar que pueda ser a la definición del crimen previsto en la norma de DPI.

Este apartado segundo del artículo 22, en el último inciso, y como cláusula de cierre, fija el principio *pro reo* en el método interpretativo de la norma de DPI en las tres fases procesales posibles de exigencia de la responsabilidad penal individual ante la CPI, al señalar que “en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Por tanto, siempre que la ausencia de claridad o la oscuridad de la norma que defina el crimen internacional genere dudas sobre el verdadero significado de esta, se optará por el resultado interpretativo posible que más favorezca a la persona que esté siendo investigada, enjuiciada o ya condenada. En esta labor interpretativa de la definición

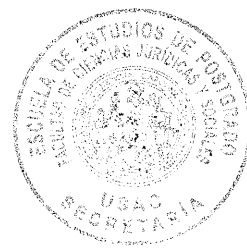


de los crímenes internacionales, la CPI se apoya en los EC (artículo 9 ECPI, v. capítulo IV).

Esta interpretación estricta del ECPI choca con los criterios amplios seguidos por los dos Tribunales *ad hoc* que consideran que no se vulnera el principio de legalidad cuando para el autor del crimen enjuiciado era previsible que este estuviere prohibido por el derecho consuetudinario, lo que se produce fundamentalmente en determinadas conductas calificadas como crímenes de guerra³⁹.

La regulación que ofrece el ECPI respecto del principio de legalidad de los crímenes internacionales no es aplicable, de acuerdo con el artículo 22.3 ER (y en concordancia con el artículo 10 ER), a la tipificación de una conducta como el ECPI advierte claramente que los criterios de aplicación del principio de legalidad que acoge el Estatuto no son vinculantes para la aplicación e interpretación de los crímenes de derecho internacional que están comprendidos en una norma de DPI, sea convencional o consuetudinaria. De esta forma, el ER está reconociendo la aplicación del DPI, no solo convencional, sino también consuetudinario, en otros tribunales nacionales o internacionales, como sería, por ejemplo, la aplicación de la definición de cualquiera de los crímenes internacionales contenida en la costumbre internacional, lo que, a juicio de algún sector doctrinal, no satisfaría, por su imprecisión, la exigencia propia del principio de legalidad.

³⁹ Pastor Ridruejo, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos. Madrid. 2012. p. 159.



A pesar del reconocimiento de la importancia de la incorporación del principio de legalidad en el ECPI, su actual regulación no está exenta de críticas doctrinales. La definición codificada de los crímenes internacionales en los artículos 6 a 8 *bis* ER ha confirmado la descripción consuetudinaria de estos, reforzando las garantías de *lex certa*, *scripta* y *prævia*, lo que, sin duda, ha supuesto un refuerzo de garantía y certeza jurídica respecto de la costumbre internacional⁴⁰.

Sin embargo (y aun cuando se impone una interpretación estricta en la definición de los cuatro crímenes internacionales y se prohíbe la analogía) existen algunas definiciones abiertas de los crímenes, con conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales, que difícilmente pueden respetar la garantía de taxatividad en la codificación (tipificación) que ofrece el ECPI. Ejemplo de estos déficits se encuentran, entre otros, en los crímenes de lesa humanidad y en los de guerra cuando el ER, en la definición de los diferentes hechos individuales, utiliza expresiones ambiguas de complicada interpretación como “violación de normas fundamentales de derecho internacional” (artículo 7.1 e), “otros abusos sexuales de gravedad comparable” (artículo 7.1 g), “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables en el derecho internacional” (artículo 7.1 h), “otros actos inhumanos de carácter similar” (artículo 7.1 k), “privación intencional y grave de

⁴⁰ *Ibidem*. p. 173.



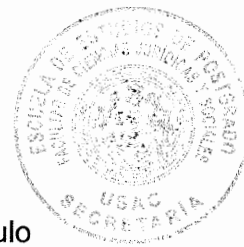
derechos fundamentales” (artículo 7.2 g), “fuerzas armadas nacionales” (artículo 8.2 b) xxvi). O “emplear veneno” (artículo 8.2 b) xvii).

Por último, y como dos peculiaridades adicionales relacionadas con el principio de legalidad, el ECPI, en el régimen jurídico de las eximentes, adopta el sistema de *numerus apertus*, al poder apreciar la CPI tanto las específicamente catalogadas en el ER, como las que se encuentren reconocidas en cualquiera de las fuentes previstas en el artículo 21 ECPI, como derecho aplicable. Y también las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (RPP) contemplan, en la Regla 145.2.vi) la posibilidad de aplicar agravantes de forma analógica a las expresamente previstas en las propias RPP.

3.2.3.2 El principio *nulla poena sine lege*

El art. 23 ECPI adopta el principio de legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*), afirmando que “quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el ER”. De esta forma, la garantía penal, de acuerdo con lo dispuesto en el ECPI, se refleja en el propio Estatuto (artículos 77 y 78) y, también por expresa remisión de este, en las RPP (145, 146 y 147).

El ER satisface la garantía penal al fijar las cuatro penas posibles que puede imponer la CPI a los responsables de cualquiera de los cuatro crímenes competencia de la Corte: pena de reclusión por un número de años que no podrá exceder de 30 años y pena de reclusión a perpetuidad, a las que se



podrá añadir la pena de multa y el decomiso (artículo 77 ECPI; v. capítulo XIV)⁴¹.

En el ER, estas penas, y a diferencia de lo que sucede en los códigos penales domésticos, en los que a cada delito se le anuda una pena, se establecen de forma común para los cuatro crímenes competencia de la CPI. El ECPI tampoco establece reglas concretas de aplicación de la pena cuando concurren atenuantes y/o agravantes, como sucede en los Códigos Penales domésticos o simplemente para la determinación del *quantum* concreto dentro de los amplios marcos penales establecidos.

El ER apuesta en sus artículos por el principio de discrecionalidad de la Corte en la aplicación de la pena. El margen de arbitrio judicial en la dosimetría penal encuentra solo, como criterios de sujeción (según establece el artículo 78 ECPI) los señalados en las RPP 145, 146 y 147 y otros factores genéricos como *la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado*. Este amplio margen de discrecionalidad judicial es censurable en la medida en que ofrece una excesiva amplitud de la fijación concreta de la pena y puede ser, en consecuencia, fuente de inseguridad jurídica y de arbitrariedad⁴².

⁴¹ Ambos, Kai. y Guerrero, O. J. (Editores). *El estatuto de Roma de la corte penal internacional*. op. cit. p. 118.

⁴² *Ibidem*. p. 123.



Por ejemplo, el ER solo ofrece, respecto de la pena de reclusión, un marco penal abstracto amplio que no puede superar los 30 años de prisión; la pena de multa se rige para su imposición por criterios de adecuación o, subsidiariamente, se fija un sistema de días multa entre 30 días y 5 años; márgenes dentro de los cuales los jueces de la CPI deberán concretar e individualizar la pena a imponer, de acuerdo con los criterios amplios señalados.

La garantía de ejecución de la pena para los condenados por la CPI se codifica, aunque no con la precisión deseada, en la Parte X del ECPI, en la que se fija la función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad (artículos 103 a 105), la supervisión de la ejecución y las condiciones de la reclusión (artículo 106), las limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos distintos a los juzgados por la Corte (artículo 108), la ejecución de multas y órdenes de decomiso (artículo 109) y el examen de reducción de la pena (artículo 110).

Para concluir con el principio de legalidad hay que destacar que algún sector de la doctrina cuestiona que se cumplan las exigencias del principio de legalidad y que pueda considerarse al Estatuto como norma *prævia* en determinadas ocasiones en las que se permite la incoación de un procedimiento ante la CPI por crímenes cometidos en un Estado no parte.

Por ejemplo, cuando el Consejo de Seguridad, en uso del artículo 13.b) ER, remite una determinada situación a la Corte respecto de Estados que no son parte (Sudán y Libia), cuando un Estado no parte acepta la competencia de la CPI para



un caso determinado (artículo 12). En ninguno de los dos supuestos expuestos, el ECPI era ley expresamente aceptada o ratificada para esos Estados en el momento de la comisión de los hechos constitutivos de crímenes de competencia de la CPI.

No obstante, es incuestionable que la competencia *ratione temporis* se respetaría al estar el Estatuto en vigor en el momento de los hechos, ya que, como es lógico, tanto el Consejo de Seguridad, respecto de la situación remitida, como el Estado aceptante de la competencia se estarían refiriendo a hechos cometidos a partir del 1 de julio de 2002 (fecha de entrada en vigor del ECPI)⁴³.

Competencia temporal que, en el primer caso, debe ponerse en relación con los mecanismos de incoación de un procedimiento ante la CPI y, en concreto, con el sistema de remisión por parte del Consejo de seguridad de NNUU, cuando actúe el amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 13.b) ECPI). Y, en el segundo caso, además, la competencia de la CPI se justificaría *ratione loci* con la posibilidad que brinda el artículo 12 ER de que un Estado no parte acepte la competencia de la CPI para un caso determinado.

3.2.4 El principio de legalidad en los ordenamientos internos

⁴³ Cassese, Antonio. *Derecho penal internacional*. Unión. Madrid. 2003. p. 147.



En ocasiones, los tribunales nacionales y sin perjuicio de las diferencias respecto de las fuentes del derecho entre los sistemas de *civil law* y de *common law*, persiguen un crimen internacional (por cualquier título jurisdiccional, como puede ser el territorial o el de justicia universal), que en el momento de su comisión no era típico en la legislación estatal.

Las cuestiones que se suscitan son: ¿es aplicable directamente (*self executing*) un convenio internacional que ordena sancionar la comisión de un crimen internacional (por ejemplo, el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio) cuando este delito no está tipificado en la ley penal interna e, incluso, ¿Cuándo su articulado convencional compromete a los Estados a incorporarlo (tipificarlo) en sus respectivas legislaciones nacionales? ¿Es aplicable directamente en el mismo sentido, la norma internacional consuetudinaria penal (por ejemplo, el crimen de lesa humanidad) cuando no existe tipificación legal expresa interna? ¿Qué pena se impondría a ese crimen internacional? O, por el contrario, ¿se viola el principio de legalidad penal y de irretroactividad?

Los partidarios de la aplicación directa del DPI en los ordenamientos internos concluyen que todo crimen internacional que esté prohibido por una norma de derecho internacional (anterior a la ejecución de la conducta ilícita criminal), es un hecho típico de DPI, aunque la legislación interna no lo tipifique, pero siempre que la norma prohibitiva o de mandato penal del derecho internacional (*lex*) (convencional o consuetudinaria) describa con claridad e inteligibilidad los elementos constitutivos de la conducta prohibida



(*certa*) y cumpla, en consecuencia, con las garantías materiales del principio de legalidad⁴⁴.

Y, respecto de la pena, la garantía penal igualmente está prevista en el ámbito del derecho internacional, porque las normas consuetudinarias o convencionales internacionales, aunque no contemplen pena, determinan que los autores de esos crímenes internacionales deben ser sancionados penalmente. Por tanto, la pena a imponer será la correspondiente a los delitos subyacentes (por ejemplo, asesinato, tortura o agresión sexual) en los que se ha instrumentado el crimen internacional (genocidio o lesa humanidad, por ejemplo).

En el ámbito jurisprudencial doméstico existen diferentes resoluciones que apoyan la aplicación del DPI de forma directa en las jurisdicciones nacionales. En la jurisprudencia latinoamericana encontramos resoluciones judiciales que consideran el principio de legalidad como un principio de justicia y como un derecho humano y entienden que el derecho internacional forma parte del sistema jurídico interno por lo que le otorgan plenos efectos como ley previa, incluida la costumbre internacional⁴⁵.

La postura contraria a la que se acaba de exponer sostiene que la aplicación directa del DPI en las jurisdicciones domésticas es contraria a las exigencias del

⁴⁴ Maculan, Elena. El crimen de agresión. En: Gil Gil, Alicia y Maculan Elena. *op. cit.* p. 217.

⁴⁵ Ambos Kai y Malarino. E. (eds.) *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. KAS. Montevideo. 2003. p. 159.



principio de legalidad en aquellos sistemas en que dicho principio goza de una protección reforzada en relación con la otorgada por los tratados internacionales. Protección reforzada que en todo caso estiman que debe prevalecer, tal y como disponen los propios tratados, como el artículo 53 CEDH, que dispone:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte.

Y ello porque, lejos del mero principio de juridicidad internacional, las Constituciones comprenden en el principio de legalidad también la llamada garantía formal, lo que excluye a la costumbre como fuente del derecho penal. Además, la costumbre internacional, para este sector doctrinal, no garantiza ni la taxatividad del tipo penal ni la legalidad de las penas, al no estar determinado siquiera el tipo o clase de pena aplicable por lo que el principio de legalidad interno estricto impide la aplicación de la costumbre. De lo contrario se ignoraría el fundamento democrático formal de este principio y la garantía material respecto de la preexistencia del mandato de prohibición y la taxatividad se soslayaría, un hecho inaceptable en un Estado de derecho.

Además, para los que sostienen esta postura, no se puede producir una relajación del principio de legalidad y el principio de legalidad internacional solo

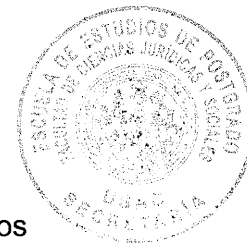


opera en el ámbito internacional y no ante las jurisdicciones nacionales que consagren un principio de legalidad reforzado. Así, entienden que el requisito de la taxatividad, especialmente devaluado en la costumbre, únicamente se cumpliría mediante la interacción de las fuentes del derecho internacional al codificarse la costumbre internacional. Igualmente rechazan que los tribunales nacionales apliquen normas internacionales, porque no son órganos judiciales internacionales y porque descartan la aplicación *self excuting* de la norma penal internacional (tratado o costumbre) al no estar establecidas en dichas normas las penas.

Por tanto, el castigo por los tribunales nacionales de una conducta con una pena más grave y una calificación jurídica distinta a las previstas en la ley en el momento de comisión de los hechos, apelando para ello a una costumbre internacional, o a los principios generales del derecho, vulneraría el principio de tipicidad y de taxatividad de la ley penal, así como el de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, al no estar tipificado en el momento de la comisión delictiva ni el delito ni la pena.

En este sentido, “algunas sentencias de tribunales nacionales, han establecido la imposibilidad de la aplicación directa del DPI, señalando que es indispensable una trasposición a la legislación interna de esas normas internacionales, porque no se contempla su eficacia directa”⁴⁶. Así, por ejemplo, algunas constituciones o tratados de Derechos Humanos ofrecen, respecto del

⁴⁶ Beltrán Montoliu, Ana. El proceso ante la corte penal internacional. En: Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena. (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson. Madrid. 2016. p. 82.



principio de legalidad, un contenido mínimo, que no impide que los Estados formulen, en sus sistemas normativos, el principio de legalidad de forma más exigente, y algunos tribunales nacionales han negado que la costumbre pueda cumplir con las exigencias del principio de legalidad rechazando por tanto una aplicación retroactiva del DPI que castiga los crímenes contra la humanidad, y que no estuviere vigente en el momento de los hechos.

3.3. El principio de irretroactividad

El artículo 24 ECPI, denominado “irretroactividad *ratione personae*”, establece el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. El apartado primero dispone que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”. Y, en el apartado segundo, señala que “de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o condena”. Este artículo proclama, como consecuencia lógica de la garantía de la *lex praevia* y de la seguridad jurídica, el principio de irretroactividad, o de prohibición de retroactividad, de las normas del ER desfavorables.

El ECPI, en primer lugar, y en concordancia con los artsículos 11 y 126, establece, con carácter general, que únicamente podrán ser investigados y enjuiciados ante la CPI los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (desde el 1 de julio de 2002). En segundo lugar (y particularmente para los



Estados que pasen a ser parte del ECPI con posterioridad al 1 de julio de 2002), la CPI será competente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del ER para ese nuevo Estado parte.

Existe, sin embargo, una excepción, para los crímenes de guerra, ya que, de acuerdo con la disposición transitoria del artículo 124 ECPI (disposición *opting out*) un nuevo Estado parte puede declarar que no acepta la competencia de la Corte para la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra definidos en el artículo 8 ER por un período de siete años, contados a partir de la entrada en vigor del ECPI para ese Estado.

En segundo lugar, respecto del crimen de agresión (cuya competencia estaba suspendida para la CPI por el antiguo párrafo 2, del artículo 5 ECPI, ya derogado) la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala, adoptó el 11 de junio de 2010, entre otras enmiendas, que la Corte no ejercerá su jurisdicción sobre este crimen, regulado en el artículo 8 *bis* ER, hasta el 1 de enero de 2017.

Y, en tercer lugar, el ECPI confirma la retroactividad de la norma penal más favorable, de tal forma que, si la nueva norma incorporada al ER con posterioridad a la comisión del crimen, pero *antes de que se dicte la sentencia definitiva*, es favorable al investigado, enjuiciado o penado, se aplicará esta nueva norma menos grave o *lex mitior*. El tenor literal de este párrafo segundo del artículo 24 no parece muy acertado en su redacción. La norma penal más beneficiosa será aplicable a los



sujetos sometidos a la jurisdicción de la Corte en cualquiera de las tres fases procesales señaladas, investigación, enjuiciamiento o condena, pero con un límite: que esa modificación de la norma se realice *antes de que se dicte la sentencia definitiva*. El tenor literal del ER dejaría fuera de la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable a la fase de ejecución, al comenzar esta después de que la sentencia sea *definitiva*. En consecuencia, es censurable que los condenados por la CPI que estuvieren cumpliendo condena no puedan solicitar la revisión de esta, a pesar de que en esta fase de ejecución se enmienda favorablemente el texto del ECPI. En el mismo sentido, el artículo 84 ER no contempla, como causa de revisión del fallo condenatorio o de la pena, la modificación normativa favorable posterior, como tampoco lo hacen las RPP 159-161.

Por último, y en relación con el momento de la comisión criminal, aflora el problema de los crímenes que, por su naturaleza, son de consumación permanente (*continuous crimes*); es decir, aquellos en los que la consumación del delito crea una situación antijurídica que el autor puede mantener en el tiempo hasta que decida su cese. El ejemplo característico de estos delitos en los ordenamientos nacionales, es la detención ilegal, y en el DPI, el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas (artículo 7.1.i) y 7.2.i) ECPI).

De acuerdo con la naturaleza del crimen, en el ejemplo propuesto:

Este se está cometiendo permanentemente hasta que no se ponga fin a esa situación de antijuridicidad continua, que sería el momento en que el sujeto pasivo recobra la libertad, en el caso de la detención ilegal, o, en el segundo ejemplo, para algunos autores, en el momento en el que cesa la detención



fuera de amparo de la ley, y para otros en el momento que se conozca el paradero o destino de la persona desaparecida⁴⁷.

Para una gran parte de la doctrina el delito se sigue cometiendo hasta ese último momento (libertad o conocimiento del paradero o destino) y, por tanto, la ley vigente sería la de este último instante, y no solo la vigente en el inicio de la conducta delictiva o criminal (momento concreto de la detención ilegal).

Esta cuestión, en el ámbito de la CPI, es extraordinariamente importante respecto de aquellas conductas constitutivas de crímenes de consumación permanente cuya acción inicial fue realizada con anterioridad a la entrada en vigor del ER, pero cuya consumación es posterior a la entrada en vigor del ECPI.

Los Elementos de los Crímenes (EC) zanjaron la polémica en la nota 24, disponiendo que solo será competente la Corte “si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto”. Dicho de otra forma (y a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos nacionales) la conducta inicial en el ámbito de la CPI debe producirse siempre con posterioridad a la entrada en vigor del ECPI. El elemento 7 del artículo 7.1.i) de los EC se refiere a que “la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil” y el 8 a que “el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático

⁴⁷ Quezada Alcalá, C. *La agresión: un crimen cierto de futuro incierto*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. p. 169.



dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

3.4. El principio de irrelevancia del cargo oficial

3.4.1 El tratamiento del principio de irrelevancia del cargo oficial en el estatuto de la Corte Penal Internacional

El artículo 27 ECPI, denominado *improcedencia del cargo oficial*, en el párrafo primero, señala que:

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

Este párrafo, en su primer inciso, proclama, como principio informador del ECPI, el de absoluta igualdad ante la CPI de todas las personas que cometan un crimen competencia de la Corte *sin distinción alguna basada en el cargo oficial*. De esta forma, el ER, consciente de que en la inmensa mayoría de estos crímenes intervienen los Estados de forma directa o indirecta, a través de cargos oficiales, determina imperativamente la responsabilidad penal individual para todos y cada uno de los intervinientes en un crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra



o de agresión, sin importar que en el momento de los hechos detentaran *cargo oficial* alguno.

El segundo inciso de este primer párrafo, *eo nomine*, a modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, declara, de forma particular, la irrelevancia, a efectos de exención de responsabilidad penal individual, del cargo de jefe de Estado de Gobierno, miembros de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno. Y expresamente establece que la condición de cargo oficial *per se*, sea cual sea este ni exime ni atenúa la pena. El abuso de poder o cargo oficial es una agravante recogida en la RPP 145.2.b) ii) (v. capítulo XI). Los Tribunales *ad hoc*, por ejemplo, en los casos *Aleksovski*, *Blaskic* y *Stakic* consideraron el cargo oficial de los perpetradores de los hechos como agravante.

El artículo 27 ECPI, al regular la improcedencia del cargo oficial, confirma con mayor precisión lo que ya estaba previsto en el universo del DPI y en el derecho internacional consuetudinario y, en concreto, en el artículo 7 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (artículo 6), en la Ley del Control Aliado n°. 10 (artículo II.4.a); en la Convención sobre el genocidio (artículo IV), en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Yemen (artículo 7.2); en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (artículo 6.2) y en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (artículo 6). Podemos citar también el tercero de los Principios de Núremberg, donde ya se proclamaba que la comisión de delitos internacionales por parte del jefe de

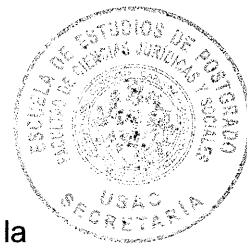


Estado o de autoridades del Estado no les exime de responsabilidad penal de acuerdo con el derecho internacional.

El párrafo segundo del repetido artículo 27 advierte que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. Por tanto, la CPI no reconocerá ninguna inmunidad o condición de procedibilidad vigente en el derecho doméstico de los Estados o en el derecho internacional del que se pudieran beneficiar los cargos oficiales para no ser perseguidos en la Corte por los cuatro crímenes de su competencia.

Este artículo 27 del ECPI ha sido uno de los preceptos que ha obligado a muchos Estados, en su labor de implementación del ER en su legislación interna, a modificar sus normas para adaptarlas a los principios y postulados del ER y especialmente, en lo referente a la inviolabilidad de los cargos oficiales, como los jefes de Estado o de Gobierno.

El artículo 27 del Estatuto de Roma ya ha sido aplicado por la CPI al emitir dos órdenes de detención contra el Presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, por crímenes de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra. Órdenes que fueron inefectivas tanto por la negativa absoluta de Sudán a colaborar con la CPI, como por la protección de la Unión Africana brindó a Al Bashir. Esta negativa, más allá de infringir el DPI convencional, también vulnera el principio de



derecho internacional consuetudinario de la irrelevancia del cargo oficial ante la comisión de crímenes internacionales.

Esta postura adoptada por la Unión Africana, contraria al derecho internacional consuetudinario y al artículo 27 del ECPI, lamentablemente, ha sido seguida por parte de la propia Unión Africana en su 23° cumbre de 2014, al aprobar la propuesta de reforma del artículo 46.a bis) del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, por la que en el futuro, el tribunal internacional regional africano garantizará la inmunidad a los jefes de Estado y de Gobierno y otros altos cargos públicos acusados de graves delitos como genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad⁴⁸.

El artículo 98 del ECPI, que se inserta en la Parte IX del ER (De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial Internacional y la Asistencia Judicial) impide a la Corte cursar una solicitud de entrega de una persona a un Estado, cuando:

El Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona [...] salvo que la Corte

⁴⁸ Werle, G. *Tratado de derecho penal internacional. op. cit.* p. 138.



obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

Y añade, en el párrafo segundo del mismo precepto, que tampoco la CPI dará curso de una solicitud de entrega cuando:

El Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, salvo que el Estado que envíe otorgue a la Corte “su consentimiento a la entrega.

Este primer párrafo del artículo 98 establece, como premisa principal, que si el estado requerido por la CPI tiene una obligación, derivada del derecho internacional (por ejemplo, un tratado), por el que se compromete a garantizar la inmunidad estatal o diplomática de una persona, la Corte no cursará la orden de detención. No obstante, si la Corte, antes de la emisión de la solicitud de entrega, hubiera obtenido del Estado requerido la renuncia a la inmunidad, sí emitirá la solicitud. En el párrafo segundo, concreta la imposibilidad de cursar por parte de la CPI solicitudes de entrega cuando específicamente una obligación contractual internacional se lo impida al Estado requerido, salvo que este consienta la entrega.

El último párrafo del artículo 98 del ECPI, de mayor dificultad en su interpretación, al referirse a “obligaciones que le imponga un acuerdo internacional”, está pensando en obligaciones contractuales internacionales, por ejemplo, en



determinados acuerdos internacionales como los que se tuvieron presentes, como modelo, en las discusiones del texto a este artículo: los “Acuerdos sobre el Estatuto de la Operación” (*Status of Mission Agreements*, SOMAs) y los “Acuerdos sobre el Estatuto de las fuerzas” (*Status of Force Agreements*, SOFAs) donde se regula el régimen de las Fuerzas Armadas de un Estado que está presente (huésped) en el territorio de otro Estado. Estos Acuerdos se negociaron con la Organización de las Naciones Unidas en el marco de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 1994, y en este se prevén, en los artículos 2 a 4, los supuestos concretos para que se deniegue la entrega.

Asimismo, como ejemplos de acuerdos bilaterales internacionales, podemos señalar los celebrados por los Estados Unidos con más de 80 países, conocidos como “acuerdos del artículo 98”, “acuerdos bilaterales de inmunidad (ABIs)”, “acuerdos de impunidad” o “acuerdos bilaterales de no entregar”. Estos acuerdos internacionales (cuyo origen reside en el “*American Service-Members Protection Act*”, que nació con la finalidad de proteger al personal militar y oficial de EEUU contra el enjuiciamiento por un tribunal penal internacional del que EEUU no fuese parte) pretenden asegurar la inmunidad internacional de funcionarios civiles (pasados y presentes) y militares, ciudadanos estadounidenses y de otras nacionalidades que trabajen o hayan trabajado para el Gobierno de los Estados Unidos, como, por ejemplo, contratistas, incluso ciudadanos del Estado firmante del acuerdo bilateral, siempre que haya pactado reciprocidad con EEUU, con la finalidad de garantizar que, si cualquiera de estos sujetos protegidos se encuentra en cualquiera de los Estados (partes o no partes del ECPI) con los que han firmado



esos acuerdos bilaterales, este Estado no los entregará a la CPI ni a otro tercer Estado o institución que pudiera entregarlos, a su vez, a la CPI.

El artículo 98 del ECPI nació con el propósito de respetar los acuerdos internacionales firmados entre los diferentes Estados respecto de las inmunidades y así facilitar la ratificación del Estatuto, de tal forma que, con independencia de la operatividad teórica del artículo 27 ECPI, los Estados requeridos pueden (amparados en el correspondiente instrumento internacional que le reconozca inmunidad a la persona objeto de la orden de entrega) denegar esa colaboración vertical de entrega a la CPI.

A pesar de todo lo expuesto sobre la igualdad respecto de la responsabilidad penal individual en el ER, y de que se haya sostenido que este artículo 98 no garantiza ninguna inmunidad, sino que trata de respetar otras obligaciones internacionales referentes a la inmunidad, este (que fue objeto de arduas discusiones en los comités de redacción del ECPI, en los que pesó especialmente la posición de los Estados Unidos de América) se convierte, *de facto*, en una limitación de este principio de igualdad⁴⁹.

El artículo 98 ECPI debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 27 y evitar, de acuerdo con la finalidad del ER, la impunidad de los responsables de los crímenes competencia de la CPI. Y, en último caso, para evitar esa impunidad,

⁴⁹ Cassese, Antonio. *Derecho penal internacional. op. cit.* p. 261.



debería operar el principio de complementariedad, para que, al menos, se trate de juzgar a los autores de estos crímenes en las correspondientes jurisdicciones internas.

Por lo que se refiere a los denominados acuerdos *ABIs*, estos no son respetuosos con el objeto y finalidad del ECPI, especialmente con los artículos 12, 13, 17 y 27 y entran en contradicción con el principio de complementariedad del ER. Esta situación llevará a que los sujetos protegidos por esos acuerdos no serán juzgados en la CPI y se garantizará, además, su impunidad, igualmente, en las jurisdicciones domésticas, al ser una entelequia pensar que van a ser juzgados en el Estado donde se encontraren o del que son nacionales, que previamente han denegado su entrega a la CPI. Hay que añadir que también son especialmente cuestionables los acuerdos *ABIs* firmados por EEUU y otros Estados con posterioridad a la entrada en vigor del ECPI para esos Estados. Ningún Estado parte puede suscribir compromiso internacional alguno con posterioridad a la entrada en vigor para ese Estado del ER, cuando ese instrumento contradiga el espíritu, fines y principios del ECPI.

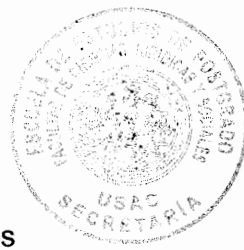


3.4.2 El tratamiento del principio de irrelevancia del cargo oficial en los ordenamientos internos

La situación que se acaba de exponer respecto del principio de igualdad de la responsabilidad penal individual en el ECPI cambia excepcionalmente en las jurisdicciones nacionales.

A pesar de que no existe en el derecho internacional una regulación específica respecto de la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno, así como la de los ministros de Asuntos Exteriores, está asentado en el derecho internacional consuetudinario que todos ellos gozan, al igual que los agentes diplomáticos y consulares y miembros de misiones especiales (para estos sí plasmadas en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) de inmunidades de jurisdicción penal *ratione personae* en los tribunales extranjeros mientras ostentan el cargo y ejercen funciones públicas.

La inmunidad *ratione personae* se fundamenta en la capacidad funcional de la que deben gozar determinados agentes estatales y en su necesaria libertad de movimiento fuera de sus Estados. El efecto de la *inmunidad personae*, como condición objetiva de procedibilidad, es la imposibilidad de



perseguir a estos agentes estatales en las jurisdicciones penales de otros países, al menos, mientras ejerzan el cargo⁵⁰.

Esta postura del derecho internacional ha sido confirmada por la CIJ en el caso *Yerodia*, al afirmar que las inmunidades de jurisdicción reconocidas a los ministros de Asuntos Exteriores (a los que asimila en cuanto a sus funciones con los jefes de Estado y los de Gobierno) forman parte del derecho internacional consuetudinario, cuya razón de ser reside en que puedan cumplir, de forma efectiva, las funciones que les corresponden como representantes de sus Estados. Posteriormente, la CIJ ha confirmado, en el ámbito penal, la inmunidad de estos altos cargos en los casos *Djibouti v. France* y *Belgium v. Senegal*.

En el caso *Yerodia*, la CIJ dictaminó sobre la inmunidad del ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi, acusado, ante los tribunales belgas, de crímenes de guerra y de lesa humanidad. La CIJ concluyó que Yerodia gozaba de inmunidad absoluta de jurisdicción penal y de inviolabilidad mientras estuviera en el ejercicio de su cargo y funciones cuando se encontrara en el extranjero (párrafo 54). Se observa cómo en la evolución del derecho internacional las funciones de los ministros de Asuntos Exteriores se han asimilado a las de los jefes de Estado.

⁵⁰ Beltrán Montoliu, Ana. El proceso ante la corte penal internacional. En: Gil Gil Alicia y Maculan, Elena (Directoras). *Derecho penal internacional. op. cit.* p. 228.



No obstante, la CIJ relativizó la inmunidad absoluta y, por tanto, la inoperatividad de las inmunidades respecto del ministro cuando: i) el Estado al que representa o representó le levante la inmunidad; ii) una vez cesado en su cargo, lo juzgue un Estado que de acuerdo con el DI, ostente jurisdicción, pero solo por actos cometidos antes o después de su mandato, o los cometidos de forma privada (no los oficiales) durante el ejercicio de su cargo; o iii) cuando sea investigado o enjuiciado por un tribunal penal internacional. Excepciones en el reconocimiento de las inmunidades que también serán aplicables a los jefes de Estado, los jefes de Gobierno, a los agentes diplomáticos y consulares y a los miembros de misiones especiales. En consecuencia, estos agentes siempre gozarán, en principio, de inmunidad residual, esto es, por los actos cometidos en el ejercicio de su cargo y funciones, salvo que concurra alguna de las excepciones señaladas.

La CIJ fundamentó su postura en el caso *Yerodia*, en síntesis: i) en evitar conflictos entre los Estados soberanos; es decir, la CIJ viene a reafirmar la vigencia del principio *par in parem non habet iurisdictionem* (solo aplicable en relaciones horizontales entre los Estados, pero inoperante ante los tribunales internacionales) por el que se proclama la igualdad soberana de los Estados, de tal forma que un Estado no puede ejercer su jurisdicción respecto de otro; ii), porque no existe ninguna excepción al reconocimiento de estas inmunidades en el derecho internacional consuetudinario en relación con los tribunales nacionales; y iii) porque, aunque diferentes convenciones internacionales sobre prevención y castigo de crímenes internacionales obliguen a los Estados a su persecución, esas



obligaciones no afectan a las inmunidades del derecho internacional consuetudinario.

La Comisión de derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas incorporó a su programa de trabajo desde el 59° período de sesiones del año 2007 el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, presentando diferentes informes al respecto a lo largo de los sucesivos períodos de sesiones en los que también ha tenido presente la doctrina de la CIJ.

En conclusión, se puede señalar que:

Los agentes estatales gozan de inmunidad *ratione personae* ante una jurisdicción penal extranjera únicamente durante su mandato. Esta inmunidad personal se basa en la igualdad soberana de los Estados, en la que las personas protegidas desempeñan libremente sus funciones de representación, y abarca tanto a los actos oficiales como a los privados realizados antes del mandato y durante este. Una vez cesado en el cargo, la inmunidad *ratione personae* se extingue, pero se mantiene la inmunidad *ratione materiae* para los antiguos cargos estatales, pero solo respecto de los actos oficiales; es decir, carecerán de inmunidad alguna por los privados⁵¹.

En definitiva, el derecho internacional reconoce la vigencia de las inmunidades jurisdiccionales penales de los referidos agentes y en las

⁵¹ Carrillo Salcedo, J. A. *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad internacional de los estados*. XII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid. 1979. p. 62.



circunstancias señaladas ante los tribunales nacionales, aun cuando se cometan por estos graves crímenes internacionales. La CIJ, en el asunto *Yerodia*, sostiene que la inmunidad no es equivalente a impunidad, porque solo impedirá su persecución durante un período de tiempo y el beneficiario de la inmunidad podrá ser juzgado en el momento en el que concurra alguno de los supuestos señalados como excepción al principio general que la propia CIJ determina.

Esta postura del estado actual del derecho internacional respecto de las inmunidades es altamente criticable cuando se trata de los crímenes internacionales. La CIJ no duda en señalar que el reconocimiento de la inmunidad, como principio de derecho internacional consuetudinario, no equivale a la impunidad. No es necesario realizar ningún esfuerzo para inferir de las palabras de la CIJ un nuevo voluntarismo teórico, ya que en la práctica es más que evidente que *de facto*, ante la concurrencia adicional de diferentes factores, en estos casos, en su inmensa mayoría, por no decir en todos, inmunidad será igual a impunidad.

La inmunidad para los responsables de estos crímenes internacionales no se debería observar ni en las jurisdicciones del lugar donde se cometieron los hechos por sus cargos oficiales ni en otras jurisdicciones extranjeras. La naturaleza de estos y la obligación internacional de su persecución y de combatir la impunidad deberían primar respecto del régimen de inmunidades. Este razonamiento cobra mayor fuerza cuando las jurisdicciones nacionales juzgan estos crímenes en aplicación del principio de justicia universal (v. capítulo VI), porque este principio está asentado en el derecho internacional,



permitiendo que un Estado asuma esa competencia judicial nacional e internacional derivada del derecho internacional⁵².

Es precisamente esta dimensión internacional, la que le aleja, en la labor jurisdiccional, del repetido principio de igualdad soberana de los Estados, al ser el título jurisdiccional universal de atribución internacional, y no nacional, por lo que, en los casos juzgados bajo el principio de justicia universal, el régimen de inmunidades debe ser inviable.

La práctica judicial ofrece diferentes ejemplos de lo que se acaba de exponer. Por lo que se refiere al enjuiciamiento en tribunales extranjeros, a Pinochet, por ejemplo, no se le reconoció inmunidad en el Reino Unido al haber cesado como jefe de Estado. La Corte de Casación Belga en su decisión de 13 de febrero de 2003, en el caso *Ariel Sharon y otros*, acusados de crímenes de genocidio, excluyó la jurisdicción de los tribunales belgas en atención al cargo oficial de Ariel Sharon. El Tribunal de Casación de Francia, en cambio, amparado en la costumbre internacional, reconoció la inmunidad de Gadafi en su condición de jefe de Estado de Libia, acusado de terrorismo por el atentado contra un avión en Níger y en el que murieron 70 personas.

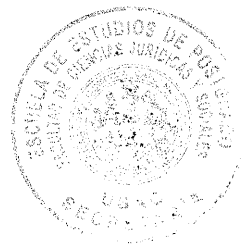
Sin embargo, este mismo tribunal francés ha estimado que Teodoro Nguema Obiang Mangué, ministro y presidente Segundo de la República de Guinea

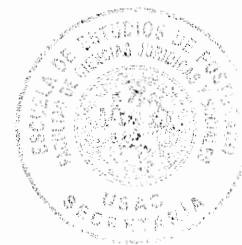
⁵² Garrocho Salcedo, A. M. *La responsabilidad por omisión del superior*. Dykinson. Madrid. 2013. p. 59.



Ecuatorial, carece de inmunidad, porque los hechos por los que es objeto de persecución judicial en Francia (calificados de bienes mal adquiridos, blanqueo de capitales y malversación) los habría cometido en su esfera privada al margen del ejercicio de las funciones estatales protegidas por las leyes internacionales. Los tribunales del Reino Unido observaron la inmunidad del jefe de Estado de Zimbarbue, Mugabe, acusado de tortura.

En la esfera de los tribunales internacionales, donde, no se reconocen las inmunidades de los cargos oficiales en activo, Slobodan Milosevic, por ejemplo, fue inculcado por el TPIY cuando era presidente de la República Federal de Yugoslavia. Asimismo, la Sala de Apelaciones de la Corte Especial para Sierra Leona, después de reconocer que el principio de inmunidad tiene su base en el principio de igualdad soberana de los Estados, se consideró competente para enjuiciar a Charles Taylor por hechos cometidos cuando esta era Presidente de Liberia, al ser un tribunal penal internacional y estimar que los mandatos del tribunal, al no ser estatal, proceden de la comunidad internacional.





CAPÍTULO IV

El proceso ante la Corte Penal Internacional y la ejecución de sus sentencias

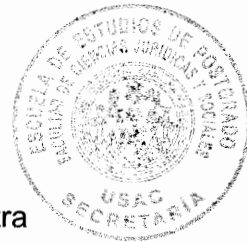
4.1. La estructura del proceso penal en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

El modelo de enjuiciamiento criminal configurado en el proceso ante la CPI ha sido fruto del consenso entre diferentes sistemas jurídicos (continental y anglosajón principalmente), con características propias que le diferencian de cualquier otro previsto a nivel nacional o internacional.

Es imprescindible poner de relieve esta particularidad para entender que se trata de un proceso *sui generis* que no se corresponde plenamente con ningún modelo vigente en el mundo. Las fases o etapas de este proceso son: fase preliminar; investigación; fase intermedia; juicio oral; apelación y, por último, la ejecución de las penas y el papel de las víctimas en estas fases procedimentales⁵³.

Como características esenciales del proceso hay que destacar que el fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, de modo que la acusación será siempre ejercida por este, con independencia de cuál haya sido el mecanismo de activación

⁵³ Beltrán Montoliu, Ana. *El proceso ante la corte penal internacional. op. cit.* 178.



que haya propiciado su actuación. En este sentido no se contempla ninguna otra clase de acusación. Es decir, no es posible ejercer una acusación particular.

Asimismo, no aparece la figura de un juez instructor a quien se le encomiende la tarea de investigar en la fase preliminar, siendo el fiscal, quien desempeñará esta función. Ahora bien, el juicio se celebrará ante la Sala de Primera Instancia (SPI), ante jueces profesionales ya que no se contempla la posibilidad de ser enjuiciado por un jurado popular. Se debe destacar igualmente la configuración de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) que aparece como una novedad respecto al proceso penal ante los Tribunales *ad hoc*, donde existía un juez de garantías (*pre trial judge*), para velar entre otras funciones, por los derechos de las personas que están siendo investigadas. El procedimiento aparece regulado en la parte VI (del juicio artículos 62-76). Asimismo, las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) destinan su capítulo 5 (reglas 104-130) y capítulo 6 (reglas 131-144) al procedimiento en el juicio.

Los recursos o medios de impugnación, apelación y revisión están previstos en la parte VIII del ER (artículos 81 a 85) y se completan por el capítulo 8 de las RPP (reglas 149 a 161). Por último, la fase de ejecución se encuentra comprendida en la parte X del Estatuto y en el capítulo 12 de las RPP (reglas 198 a 225).



4.2. La fase preliminar

La legitimación activa para solicitar que se inicie una investigación le corresponde a cualquier Estado parte, al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y a la Fiscalía (artículos 13 al 17 ER). Cualquier Estado parte o el Consejo de Seguridad podrán remitir por escrito (regla 45 RPP) al fiscal una *situación* en la que se haya cometido aparentemente uno o varios crímenes objeto de la competencia del Tribunal. La expresión *situación* hace referencia a la alegación de una serie de hechos que se encuentren incardinados en un conjunto de circunstancias, por ejemplo, una guerra. El propósito del fiscal será averiguar qué crímenes se han cometido y quién los ha cometido.

El fiscal, por lo tanto, y de conformidad al procedimiento fijado en el artículo 15, realizará un examen preliminar para verificar la veracidad de las informaciones aportadas por los diferentes sujetos legitimados para la remisión de una *notitia criminis* y podrá recabar testimonios adicionales que le permitan concluir si dicha información constituye o no fundamento suficiente para iniciar una investigación formal (artículo 15.2 y regla 104). Con tal fin podrá recabar mayor información de los Estados, de los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas. Además, podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede del Tribunal.



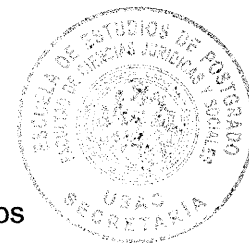
“En cualquiera de los tres casos de remisión, el siguiente paso consiste en que el fiscal valore esta información para llegar a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación (mecanismo de activación)”⁵⁴. En el examen preliminar se pueden dar tres circunstancias distintas. La primera es que la información disponible constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de competencia del Tribunal. La segunda, que la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 y, por último, que existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia (artículo 53.1 ER).

4.3. La fase de investigación

Entre las facultades del fiscal en relación con la investigación destacan las siguientes:

- a) Determinar la responsabilidad penal individual, debiendo investigar tanto las circunstancias incriminatorias como las eximentes (artículo 54.1.a ER);
- b) Reunir pruebas y asegurar la eficacia de la investigación teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso (artículo 54.3.a ER);

⁵⁴ *Ibidem.* p. 182.



- c) Interrogar a las personas investigadas, las víctimas o los testigos (artículo 54.3.b ER);
- d) Adoptar las medidas necesarias para asegurar el secreto de la instrucción (artículo 54.b y artículo 54.3.e ER);
- e) Investigar en el territorio de los Estados parte (artículo 54.2 ER);
- f) Pedir la colaboración de terceros (artículo 54.3.d ER).

La práctica de la investigación se regirá por los principios de imparcialidad e igualdad de armas entre las partes. Es por ello que la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) actúa supervisando la actuación del fiscal y como garante de los derechos de la defensa.

Las funciones y atribuciones de supervisión y control de la SCP pueden tener repercusión en diferentes aspectos. Hay que resaltar el papel decisivo que la SCP juega sobre la apertura de investigación penal, ya que necesitará su autorización: (i) cuando el fiscal, en virtud del artículo 15 ER, actuando *motu proprio*, decide abrir una investigación penal por encontrar fundamento suficiente para proceder; (ii) cuando el fiscal insiste en la apertura después de una solicitud de inhibición (artículo 18 ER); (iii) cuando aparezcan nuevos hechos y se decida abrir investigación después de una decisión de inadmisibilidad. Por último hay que tener en cuenta los derechos y garantías de las personas durante la investigación (artículo 55 ER).



4.4. La fase intermedia

En el caso de que la SCP autorice una investigación y esta continúe su curso, la Fiscalía deberá solicitar a la SCP la correspondiente orden de arresto o citación para que los imputados comparezcan, dándose lugar a la fase intermedia (artículo 58 ECPI) y abriéndose un caso pues quedará identificada la persona o personas contra las que se va a dirigir la acusación (en terminología del Estatuto *cargos*) por hechos concretos.

La petición de una orden de detención deberá contener la identidad de la persona, el crimen que presuntamente se haya cometido, una descripción concisa de los hechos delictivos, un resumen de las pruebas de las que dispone y la razón por la que cree necesaria tal medida⁵⁵.

La SCP solo dictará una orden de detención cuando considere que es necesaria para: a) garantizar la presencia del acusado en el juicio (artículo 58.b)i) ER); b) asegurar el desarrollo de las investigaciones y la posterior actividad jurisdiccional del Tribunal (artículo 58.b)ii) ER); c) impedir que se siga cometiendo ese u otro crimen conexo (artículo 58.b)iii) ER). La orden de detención consignará el nombre de la persona, el crimen por el que se acuerda su detención y una descripción concisa de los hechos.

⁵⁵ *Ibidem.* p. 186.



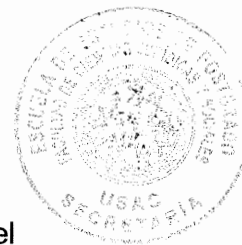
Una vez detenida la persona o si ha comparecido voluntariamente, la SCP celebrará *dentro de un plazo razonable una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el fiscal tiene la intención de pedir procesamiento*” (artículo 61.1). La confirmación de los cargos implica que la persona objeto de la investigación se convierte ya en *imputado* (artículo 61.1) o *acusado* (artículo 61.2).

La audiencia tendrá lugar respetando el principio de contradicción; es decir, en presencia del imputado y su defensor. Sin embargo, si el acusado no estuviera presente por decisión propia (renuncia o fuga), solo estará representado por un defensor *cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia* (artículo 61.2).

El fiscal *presentará respecto de cada cargo, pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa*. En caso contrario, decidirá retirar los cargos, al entender que no dispone de suficientes pruebas para la imputación. El imputado podrá impugnar los cargos, así como las pruebas acusatorias y aportar nuevas pruebas⁵⁶.

La Sala de Cuestiones Preliminares podrá:

⁵⁶ *Ibidem*. p. 190.



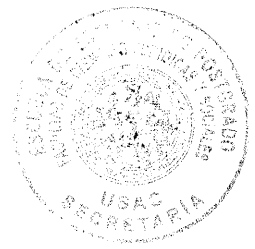
- 1) Confirmar o no los cargos. La confirmación supone la asignación del acusado a una SPI. Se da una auténtica apertura del juicio oral. Si no confirma los cargos, podría hablarse de sobreseimiento provisional, ya que el fiscal puede pedir nuevamente la confirmación a condición de que presente nuevas pruebas adicionales. Los cargos afectados, por lo tanto, quedarán sin efecto.

- 2) Levantar la audiencia y pedirle al fiscal que presente nuevas pruebas, realice investigaciones adicionales o modifique algunos cargos (artículo 6.1.7.c) ER).

En todo caso, el fiscal puede modificar los cargos incluso cuando estos ya hayan sido confirmados por la SCP, siempre que se notifique al acusado la modificación propuesta, o que pida una nueva audiencia en caso de que se trate de nuevos cargos (artículo 61.9 ER).

4.5. El juicio oral

El juicio oral regulado en los artículos 62 a 76 ER, reglas 131 a 144 RPP y normas 54 a 56 del Reglamento de la Corte Penal Internacional (RegCPI), representa la parte central del procedimiento, porque es donde se practicarán las pruebas pertinentes propuestas por las partes con el objeto de lograr el convencimiento psicológico del juzgador que quedará reflejado en la sentencia absolutoria o condenatoria.



4.5.1 Las actuaciones previas

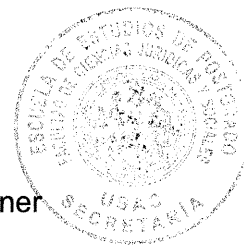
4.5.1.1 El lugar de tramitación del juicio

El artículo 62 ECPI fija como lugar de celebración del juicio la sede de la Corte en La Haya (artículo 3 ER), a menos que se decida otra cosa, cuando en una causa “redundaría en interés de la justicia celebrar el juicio en un Estado distinto del anfitrión a la solicitud del fiscal, la defensa o por decisión de los magistrados” (regla 110.1 EPP).

4.5.1.2 Las reuniones con las partes y la publicidad

Una vez iniciado el juicio, las partes se reunirán a continuación para fijar la fecha de este, la cual es susceptible de aplazamiento. Esta fecha deberá notificarse a los participantes (regla 132.1 RPP). Estas reuniones tendrán lugar cuantas veces sea necesario a fin de facilitar el curso justo y expedito del proceso (regla 132.2 RPP).

El juicio por regla general es público, no obstante, la SPI puede acordar que las actuaciones se realicen a puerta cerrada, lo que será procedente en los supuestos de protección a víctimas y testigos (artículo 68 ER) o protección de información de carácter confidencial (reglas 73, 81, 82 y 84) que se relacionen con las pruebas que van a presentarse o practicarse en el juicio. En relación con este



tema, el Secretario, según la regla 137 RPP, tiene la obligación de abrir y mantener el expediente con las actuaciones que permita la Sala de Primera Instancia (SPI).

4.5.1.3 Las peticiones en relación con las actuaciones judiciales

Antes del comienzo del juicio, la SPI podrá, de oficio o a petición del fiscal o de la Defensa, dirimir cualquier cuestión relativa a la sustanciación de la causa. Estas peticiones han de efectuarse por escrito y, salvo que sean *ex parte*, se notificarán a la otra parte. Al comienzo del juicio también se puede plantear alguna objeción y observación respecto de la sustanciación de la causa que haya surgido después de la confirmación de los cargos. Una vez iniciado el juicio, se podrá dirimir ante la SPI, de oficio o a petición de las partes, cualquier cuestión que se plantee en su curso (regla 134 RPP).

4.5.1.4 El diagnóstico médico del imputado

La regla 135 se refiere al reconocimiento médico del acusado. La Sala deberá cerciorarse de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos y para ello se ha previsto el reconocimiento médico, psiquiátrico o psicológico de este. En el caso de que la SPI esté convencida de que el acusado no está en condiciones de ser sometido a juicio, dispondrá la suspensión del proceso⁵⁷.

⁵⁷ Olle Sesé, M. Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra. En: Olasolo, H. y Cuenca, S. (Directores). *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. p. 279.



4.5.1.5 La acumulación y la separación de autos

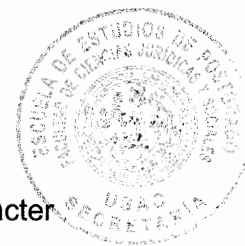
Cuando exista más de un acusado se pueden separar o acumular los autos. La regla 136 establece el principio general de unidad procesal cuando dos personas hayan sido acusadas conjuntamente.

Existen, sin embargo, tres excepciones a esta regla general: evitar graves perjuicios al acusado, proteger los intereses de la justicia, o admisión de culpabilidad de uno de los imputados.

Esta decisión se puede tomar de oficio por la SPI, o por solicitud del fiscal o la Defensa y todos los acusados tendrán los mismos derechos que hubieren tenido de ser procesados por separado. Así sucedió en los casos *Katanga* y *Ngudjolo Chui* donde inicialmente se procedió a enjuiciarles conjuntamente y posteriormente se separaron las causas.

4.5.2 Las funciones de la sala de primera instancia

El Secretario de la Corte transmitirá el expediente (regla 137 RPP) de las actuaciones procesales desde la SCP a la SPI, al igual que la SCP en la primera etapa, goza de una serie de facultades y también debe cumplir una serie de deberes. Su misión principal es la de velar por que el juicio sea justo y expedito, se sustancia con pleno respeto de los derechos de los acusados, y tenga debidamente en cuenta la protección de las víctimas y los testigos (artículo 64.2 ER). Entre las



facultades que posee la SPI podemos distinguir aquellas que tienen un carácter general de la que son relativas a la prueba y, junto a estas, una serie de obligaciones.

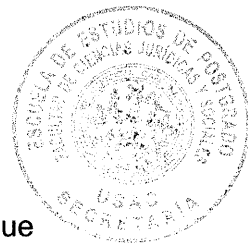
4.5.3 El procedimiento en caso de que exista declaración de culpabilidad

El juicio comienza con la lectura por la Sala, en presencia del acusado (con la salvedad que ya se ha señalado) del escrito de confirmación de los cargos (art. 64.8 ER). A continuación, se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos y le dará la oportunidad de declararse culpable o inocente. En el caso de que se considere inocente, el procedimiento sigue adelante, con la proposición, presentación y práctica de la prueba y después las deliberaciones y sentencia.

En los casos que se declare culpable, se ha previsto un procedimiento en el artículo 65 ER y regla 139 RPP.

Cuando se produce una declaración de culpabilidad, la SPI deberá comprobar que el acusado la formula voluntariamente y con pleno conocimiento de sus consecuencias (artículo 65.a) y b) y regla 135), así como que esta esté corroborada por las pruebas aportadas por el fiscal (artículo 65.c)⁵⁸.

⁵⁸ *Ibidem.* p. 283.



En caso contrario, la Sala tiene dos posibilidades: a) invitar a las partes a que formulen observaciones para decidir si solicita al fiscal la presentación de pruebas adicionales (artículo 65.4.a) y regla 139) o, b) tener la declaración por no formulada, lo que implica la continuación del juicio oral y la práctica de la prueba ante una nueva SPI no contaminada. Por consiguiente, la conformidad del acusado, no implica automáticamente la terminación sumaria del juicio ni asegura la condena.

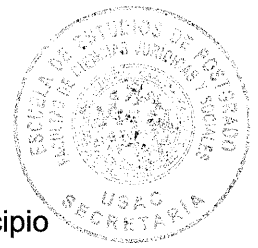
Por último, aclarar que los acuerdos o pactos a los que llegaren el fiscal y la Defensa sobre los cargos, la culpabilidad o la pena no vincularán a la Corte (artículo 66.5 ER).

4.5.4 Los derechos de los imputados

Tras la lectura del escrito de confirmación de los cargos, la SPI preguntará al acusado acerca de su inocencia o culpabilidad y también deberá informarle sobre los derechos y garantías fundamentales que le asisten en el juicio (artículos 66 y 67 ER).

4.5.5 La fase probatoria

La principal regulación de la prueba se encuentra en el artículo 69 del ER y en las reglas 63 a 75 RPP.



Los principios rectores de la práctica de la prueba son la vigencia del principio de investigación de oficio, del principio de libre valoración de la prueba; la importancia de la prueba testifical; especialidades de la prueba en casos de violencia sexual, y, por último, que la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental no tendrá efectos⁵⁹.

4.5.5.1 Lineamientos generales

Aunque el objeto de la prueba, en principio, son todos los hechos, aquellos que sean de dominio público (hechos notorios) no necesitan ser probados (artículo 69.6 ER). Se regulan una serie de supuestos en los que determinadas materias no pueden ser objeto de prueba, por tratarse de información privilegiada (regla 73 RPP). La prueba deberá obtenerse de forma lícita.

En la CPI, si bien se prohíbe la utilización de pruebas cuando se vulnere el ECPI o las normas internacionales de derechos humanos (artículos 69.7 ER y regla 63.2 RPP), esta prohibición se limita a los casos en los que:

- a) Suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas, o;
- b) Cuando su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él⁶⁰.

⁵⁹ Olle Sesé, M. *Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra*. op. cit. p. 285.

⁶⁰ Olle Sesé, M. *Derechos humanos y justicia penal internacional*. op. cit. p. 183.

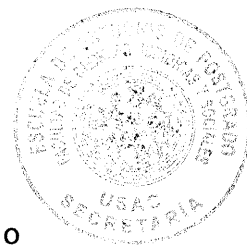


La norma por consiguiente no establece una exclusión automática de aquellas pruebas que se hayan obtenido ilegalmente, sino que solo se excluirá en los supuestos mencionados. Cuando la Defensa alegue la exclusión de una prueba por estos motivos, deberá fundar su petición, tal y como ya ha tenido ocasión de demostrar la práctica de la CPI.

Si bien la práctica de la prueba por lo general se produce en el juicio oral, tanto en el ER (artículo 56), como en las RPP (regla 114), se habla de la posibilidad de practicar las pruebas en un momento distinto al del juicio oral, siempre que pueda realizarse.

4.5.5.2 El procedimiento de prueba

El procedimiento se regula básicamente en la regla 64 RPP, siendo competencia de la Sala (artículos 64.9 y 69.4 ER y la regla 63.2 RPP) determinar la pertinencia o admisibilidad en el momento en el que la prueba sea presentada ante esta (se entiende que el momento para poder decidir sobre la admisibilidad de la prueba debería ser en el juicio; así se entiende también por la jurisprudencia), o, en su caso, inmediatamente sea conocida la causa en contra de dicha pertinencia o de su admisibilidad y por escrito (norma 52: presentación de las pruebas durante una audiencia; norma 53: tratamiento de la prueba durante una audiencia; norma 54: conservación del original de los elementos de pruebas; norma 55: testigos; norma 56: peritos, Reglamento de la Secretaría). La Sala emitirá dictámenes fundados sobre las cuestiones probatorias; es decir, debe fundamentar su decisión al



respecto, y no serán tenidas en cuenta las pruebas declaradas no pertinentes o inadmisibles.

Existe un supuesto en el que el procedimiento para considerar la pertinencia o la admisibilidad de las pruebas se realizará a puerta cerrada. Esto se refiere a aquellas situaciones en las que se pretende presentar u obtener pruebas relacionadas con los crímenes de violencia sexual (regla 72 RPP).

Especial relevancia adquiere en el procedimiento probatorio la denominada etapa del *Discovery*, que afectará tanto a la Fiscalía como a la defensa.

La obligación del fiscal de comunicar a la Defensa los nombres de los testigos de cargo se establece en la regla 76 RPP. Por su parte la regla 77 regula la posibilidad de que la Defensa inspeccione los objetos que obren en poder del fiscal o estén bajo su control, siempre que esos libros, documentos, fotografías u otros objetos, sean pertinentes para la preparación de la Defensa, que el fiscal tenga la intención de utilizarlos como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio y que se hayan obtenido del acusado o le pertenezcan. El artículo 67.2 del ECPI obliga al fiscal también a divulgar a la Defensa las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que puedan tener carácter exculpativo. La valoración inicial sobre si la prueba podría tener carácter exculpativo recae sobre el fiscal, ya que en estos casos actúa como *un órgano imparcial de la justicia que asiste al poder judicial*, y, además, existe una presunción a favor de este de que en el *cumple sus obligaciones con buena fe*. En realidad, al fiscal se le exige



desempeñar tales tareas, porque puede tener mayor acceso al material de carácter exculpatorio.

La obligación de revelar información por la Defensa, en beneficio de la acusación, hace referencia a dos situaciones distintas (regla 79 RPP), con la finalidad ambas de intentar evitar el juicio o, si ello no es posible, de centrar exactamente la actividad probatoria a practicar en él, sin que existan posibilidades de desvíos intencionados:

- a) La primera, cuando la Defensa vaya a alegar una coartada. En este caso, en la notificación se indicará el lugar o lugares en el que el imputado afirme haberse encontrado en el momento de cometerse el presunto crimen, el nombre de los testigos y las demás pruebas que se proponga para sostener su coartada; y
- b) Cuando la Defensa pretenda alegar una de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal prevista en el artículo 31.1 ECPI. En este caso en la comunicación se indicarán los nombres de los testigos y las demás pruebas que se proponga hacer valer para demostrar la circunstancia eximente⁶¹.

⁶¹ Martínez Alcañis, A. *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid. 2015. p. 163.



Ahora bien, el procedimiento de *discovery* tiene sus límites (reglas 81, 82, 84 y artículo 72 ER), regulados de manera explícita por las RPP que afectan tanto al fiscal como a la Defensa.

En cuanto a la práctica de la prueba en el juicio, la regla general es que el magistrado que preside la SPI, en virtud del artículo 64.8.b) ER, haya impartido instrucciones sobre el orden y la forma en que se presentarán las pruebas ante la Sala el día del juicio.

En su defecto, las partes pueden llegar a un acuerdo al respecto. De no haber acuerdo, será el magistrado que preside la SPI la persona que obligatoriamente imparta dichas instrucciones, regla 140.1 RPP).

Ante las evidentes dificultades que procesos de esta envergadura pueden conllevar, en el que el carácter internacional puede ser una auténtica complicación, se dedica una importante atención al delicado tema de la reunión (reglas 111-116 RPP) y custodia de las pruebas (regla 138 RPP).

4.5.5.3 Los medios de prueba

a) Interrogatorio o declaración de la persona de la investigación: el imputado, o en terminología del ECPI, la persona objeto de la investigación, puede ser llamada a declarar por el fiscal (artículo 54.3.b), cuantas veces sea



preciso, estando regulado el régimen del interrogatorio o declaración, así como los derechos que asisten al imputado o acusado durante él en el artículo 55 ER.

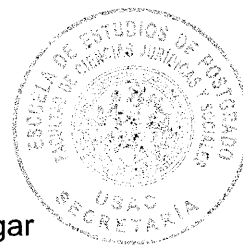
Se destacan acá dos cuestiones.

La primera hace referencia al servicio de intérprete, así como a las traducciones que sean necesarias durante el interrogatorio, cuando la persona objeto de la investigación vaya a ser interrogada en un idioma que no comprenda. La segunda, muy importante, está relacionada con los derechos procesales penales de esas personas durante la investigación⁶².

Además de la información sobre esos derechos, sobresale entre ellos el derecho a la defensa técnica, que permite a su Abogado asistir al interrogatorio, a menos que haya renunciado el imputado voluntariamente a su derecho a la asistencia letrada (artículo 55.2.d) ER), frase que hay que enlazar con el artículo 55.2.c) ER.

b) Prueba testifical: las RPP distinguen varias cuestiones, entremezclando la fuente de prueba (el testigo), con el medio de prueba (la prueba testifical):

⁶² Carrillo Salcedo, J. A. *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. op. cit.* p. 174.



1. *Obligación de los testigos de prestar declaración:* la CPI puede obligar a declarar a los testigos (regla 65 RPP). Sin embargo, existen algunos casos en los que, por tratarse de circunstancias extraordinarias, no se establece esta obligatoriedad. Esto es lo dispuesto en las reglas 73 (comunicaciones e informaciones privilegiadas), 74 (autoinculpación de un testigo) y 75 (inculpación por familiares) RPP. Por supuesto, el fiscal también puede obligar a declarar a los testigos (artículo 15.2 ER y regla 46 RPP). La falta de conducta prevista en la regla 171 (negativa a cumplir una orden de la CPI) será aplicable al testigo que, estando obligado a comparecer y a prestar declaración ante la CPI, no comparezca o no la preste.

2. *Promesa solemne:* el testigo debe prometer antes de su declaración decir la verdad, de acuerdo con la fórmula de la regla 66.1, que desarrolla el artículo 69.1 ER.

3. *Admonición:* a efectos de que quede advertido de las consecuencias de un testimonio falso no veraz, se informará al testigo antes de empezar la declaración sobre los delitos contra la Administración de Justicia (regla 66.3 RPP; capítulo 9 de las RPP relativo a los delitos contra la Administración de Justicia y faltas de conducta en la CPI: reglas 162 a 169, en relación con el artículo 70 ER).



c) **Prueba pericial:** las normas que estamos comentando solo hacen referencia a la prueba pericial, en sus vertientes médica, psiquiátrica o psicológica, que puede ser necesaria en dos ocasiones. La primera, en caso de que sea preciso averiguar el estado de salud del imputado o acusado, durante la fase de investigación (regla 113.2 RPP); la segunda, cuando ello sea preciso en la fase de juicio (regla 135.2 RPP). En ambos casos el perito se designa de la lista aprobada por el Secretario o a uno aprobado por ella a solicitud de una de las partes. En cuanto al resto de situaciones en las que puede ser precisa la intervención de un perito por exigirse conocimientos especializados o técnicos, no hay ninguna mención al respecto, salvo el supuesto especial previsto en la regla 103 RPP, que prevé la figura del asesor o *amicus curiae*. Un Estado, una organización o una persona puede, cuando la Sala lo considere conveniente para una determinación adecuada de la causa; es decir, para hacerse una idea más cabal de los hechos, presentar por escrito u oralmente observaciones acerca de cualquier cuestión que la misma Sala considere procedente. Es un perito muy particular, pues dan su opinión especializada sobre un tema (militar, médico, etc.), pero no se excluye que sea incluso jurídico, exponiendo las observaciones al respecto de un Estado concreto.

d) **Prueba documental:** en las normas que afectan a la SPI no se abordan unitariamente las principales cuestiones relativas a la prueba documental. Así, se regula el tratamiento de documentos privilegiados y su aportación o no al proceso (reglas 73.4, 79 y 84 RPP); la intercomunicación de



documentos entre las partes, naturalmente con posibilidad de acceso a su contenido (reglas 77 y 78 RPP); las restricciones por causa de confidencialidad en cuanto a la divulgación de determinados documentos (reglas 81 y 82 RPP).

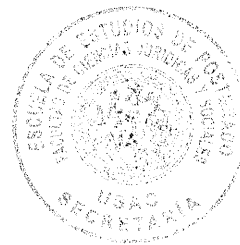
4.5.6 Los argumentos finales y las deliberaciones

La regla 141 dispone que el magistrado que presida la Sala declarará cerrado el período de prueba. A continuación, invitará al fiscal y a la Defensa a hacer sus alegatos finales.

La Defensa siempre tendrá la oportunidad de hablar en último lugar. Tras los alegatos finales, la SPI se retirará para deliberar a puerta cerrada. La Sala comunicará a quienes hayan participado en el proceso la fecha en la que dará a conocer su fallo. Se habla de un *plazo razonable*, pero no se especifica ningún plazo. En el caso de que existan varios cargos, la Sala fallará por separado cada cargo y cuando sean varios los acusados, también (regla 142 RPP).

4.5.7 Los juicios en ausencia

Como regla general, el acusado estará presente en el juicio (artículo 63.1 ER). Solo excepcionalmente es posible la celebración del juicio sin la presencia de este.



Se ha previsto que no sea posible la celebración de juicios en rebeldía excepto en el caso de que el acusado perturbe continuamente el desarrollo normal del juicio, siempre y cuando la SPI considere que no queda otra opción que ordenar su expulsión para poder continuar la vista de la causa⁶³.

Se trata de una medida caracterizada por su excepcionalidad y temporalidad, además de la posibilidad de que el acusado pueda estar en contacto permanente con su defensa, incluso mediante tecnologías de comunicación. Estas tres condiciones garantizan el principio de igualdad de partes.

4.5.8 La sentencia

A pesar de la relevancia que tiene la sentencia en todo proceso penal, el Estatuto tan solo le dedica un par de preceptos (artículos 74 y 76 ER). Las sentencias podrán ser absolutorias o condenatorias.

Para el supuesto de que se dicte un fallo condenatorio, el artículo 76 dispone que la SPI fijara la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se haya hecho en el proceso⁶⁴.

⁶³ Beltrán Montoliu, Ana. *El proceso ante la corte penal internacional. op. cit.* 203.

⁶⁴ Gil Gil, Alicia. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la corte penal internacional. En: Moreno, M. (Editor). *El estatuto de Roma. El estatuto de la corte penal internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos.* ius Poenale-Cepolcrim. México. 2004. p. 278.



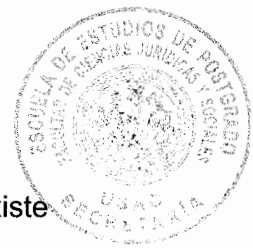
Se podrá convocar de oficio una nueva audiencia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena. La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado (artículo 76.4 ER).

4.6. La fase de apelación y de revisión

Los medios de impugnación o recursos previstos en el ECPI son la apelación y la revisión (Parte VIII, artículos 81 a 85 del ER y Capítulo 8, reglas 149 a 161 de las RPP).

4.6.1 El recurso de apelación

En el ECPI se distingue entre la apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena (artículo 81 ER) y la apelación de otras decisiones (artículo 82 ER). La apelación procede contra los fallos condenatorios o absolutorios (artículo 81.1 en relación con el art. 74); contra las penas impuestas en la sentencia (artículo 81 en relación con el artículo 76) y contra las decisiones concernientes a la reparación (regla 150 RPP) que sean desfavorables. Además, también podrán apelarse otras decisiones (artículo 82 ER). El plazo previsto para apelar las sentencias absolutorias, condenatorias, la pena o la decisión de otorgar reparación es de 30 días siguientes a la fecha en que el apelante sea notificado del fallo, la pena o la



decisión. Este plazo puede prorrogarse por la Sala de Apelaciones si existe fundamento suficiente (regla 150.1 y 2 RPP).

De conformidad a las reglas 153 y 158 RPP, la sentencia dictada en apelación podrá, según proceda, confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada. De este modo, las tres posibilidades que existen son: a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; b) Decretar la celebración de un nuevo juicio sustanciado ante otra SPI cuando se trate de apelaciones basadas en vicios de procedimiento o errores de hecho o de derechos (artículo 83.2 ER); c) Modificar la pena impuesta si considera que esta no era proporcional al crimen cometido (artículo 83.3 ER).

4.6.2 El recurso de revisión

El artículo 84 del ER prevé la revisión para las siguientes causas:

- a) Nuevas pruebas que, o bien no se hallaban disponibles en el momento del juicio por motivos que no se pudieran atribuir total o parcialmente a la parte que pide la revisión o, son suficientemente importantes como para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente el fallo de la sentencia hubiera sido distinto;
- b) Aparición de un elemento de prueba decisivo practicado en juicio y que fue determinante de la condena resulte ser falso o adulterado;



- c) Uno o más de los magistrados que dictaron el fallo condenatorio o confirmaron los cargos hayan incurrido dentro de esa causa en una falta grave o incumplimiento grave que pueda dar lugar a la separación del cargo de conformidad con el artículo 46.

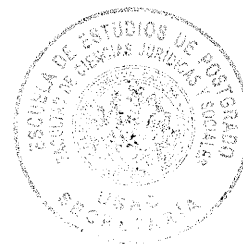
“Si la Sala considera fundada la solicitud de revisión se podrán dar estas tres opciones, según el artículo 84.2 ER: a) Convocar de nuevo a la SPI original, b) Constituir una nueva SPI; c) Mantener su competencia respecto del asunto”⁶⁵.

4.7. La fase de ejecución

La fase de ejecución se encuentra regulada en la parte X del Estatuto (“De la ejecución de la pena”), donde se destinan tan solo ocho artículos (artículos 102 a 111). Asimismo, las RPP dedican su capítulo 12 a este aspecto (reglas 198 a 225). Hay que destacar que la Corte no tiene potestad en materia de ejecución, de modo que se va a precisar de la colaboración de los Estados en este ámbito.

Antes de entrar a explicar la ejecución de las sentencias, es conveniente recordar que el artículo 77 (penas aplicables) del ECPI contempla como posibles penas a imponer en su caso, por un lado, las penas de privación de libertad, distinguiendo entre las penas de reclusión (hasta 30 años) y las penas de reclusión a perpetuidad, y por otro, las penas de multa y órdenes de decomiso.

⁶⁵ Beltrán Montoliu, Ana. *El proceso ante la corte penal internacional. op. cit.* 209.



4.7.1 La ejecución de las penas privativas de libertad

La Presidencia será el órgano competente para ejercer las funciones que le correspondan de acuerdo con lo previsto en la parte X del ECPI, a menos que en las reglas se disponga otra cosa (regla 199 RPP), como puede ser el supuesto de la eventual reducción de la pena, donde será un órgano de naturaleza judicial el que resuelva el asunto (regla 224 RPP)⁶⁶.

Los Estados parte van a desempeñar un papel esencial en lo que al cumplimiento de las penas se refiere, ya que su colaboración con la corte se traduce en la utilización de sus establecimientos penitenciarios con este fin.

Las penas privativas de libertad se cumplirán en un Estado designado por la Corte de una lista de Estados que hayan manifestado su disposición a recibir condenados. El Secretario será la persona encargada de preparar y mantener la lista de los Estados receptores, lo que supone que para cualquier cambio de condición o incluso para la retirada de la lista, los Estados deberán dirigirse a él (regla 200) y deberá atenerse a unos principios de distribución equitativa (regla 201).

⁶⁶ Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena. (coordinadoras). *Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*. Dykinson. Madrid. 2013. p. 511.



4.7.1.1 El cumplimiento de las penas privativas de libertad

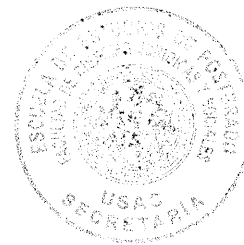
Los Estados parte no podrán modificar la pena privativa de libertad ya que esta pena tendrá carácter obligatorio. Además, la Corte será exclusivamente competente para conocer de cualquier incidencia que pueda plantearse durante el cumplimiento de la pena (artículo 105 ER). En cualquier momento, la Corte podrá decidir el traslado del condenado a una prisión de un Estado distinto del de ejecución y el condenado podrá solicitar a la Corte su traslado del Estado de ejecución (artículo 104 ER y reglas 209 y 210 RPP).

4.7.1.2 La supervisión de la ejecución de la pena y de las condiciones de reclusión

Una vez que se esté cumpliendo la pena, la Presidencia siempre podrá supervisar su ejecución. Las condiciones de reclusión serán las de la legislación del Estado de ejecución y en todo caso se ajustarán a las convenciones internacionales sobre tratamiento de reclusos⁶⁷.

El recluso tendrá en todo momento a comunicarse con la Corte sin restricciones y con carácter confidencial (art. 106 ER).

⁶⁷ *Ibidem*. p. 514.



4.7.1.3 Las limitaciones al enjuiciamiento o a la sanción por otros delitos

Durante el cumplimiento de la pena, el Estado receptor no estará autorizado para enjuiciar, sancionar o extraditar al reo a un tercer Estado por una conducta anterior a su entrega, salvo que obtenga la aprobación de la Corte, quien resolverá la cuestión una vez oídos el condenado y el fiscal (artículo 108 ER y reglas 214 a 216 RPP).

4.7.1.4 La reducción de la pena

El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte. Ahora bien, es posible que la corte decida reducir la pena. Para ello escuchará al recluso primero y se pronunciará después. Para que pueda estudiarse esta reducción es necesario que se haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua. Los factores a tener en cuenta para tal reducción son los que aparecen enunciados en el artículo 110.4 del ER. Por su parte la regla 223 RPP fija los criterios para el examen de una reducción



4.7.2 La ejecución de las multas y órdenes de decomiso

Los Estados parte, al igual que con las penas privadas de libertad, harán efectivas las multas (regla 146 RPP) u órdenes de decomiso (regla 147 RPP) decretadas por la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Si el Estado parte no pudiera hacer efectiva la orden de decomiso, adoptará las medidas para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte. Los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles serán transferidos a la Corte (artículo 109 ER).

4.8. El tratamiento de la víctima en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

El sistema de participación procesal de la víctima en el proceso ante la CPI ha supuesto una novedad respecto a los Tribunales Penales Internacionales (TTPPII) creado con anterioridad, ya que por primera vez se permite, aunque sea como *participantes*, y no como *partes*, su intervención en las actuaciones procesales⁶⁸.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su

⁶⁸ Quezada Alcalá, C. *La agresión: un crimen cierto de futuro incierto*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. p. 73.



Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, proporciona una definición de víctima que se consideró el punto de partida en los textos de la CPI durante los debates del Comité Preparatorio.

4.8.1 El concepto de víctima

Dado que en el ER no aparece una definición de víctima, debemos acudir a la regla 85 RPP donde se recoge el siguiente concepto:

- a) Por *víctimas* se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- b) Por *víctimas* se podrá entender también organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objeto que tengan fines humanitarios.

Es importante señalar que los textos legales de la CPI han prestado especial atención a los grupos más vulnerables, en concreto a los niños, ancianos y víctimas de violencia sexual concediéndoles una mayor protección. En ocasiones se utiliza el concepto de *persona* de forma más genérica para



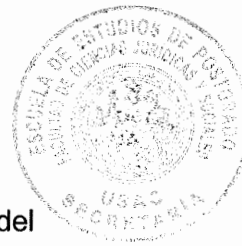
referirse a víctimas que, por ejemplo, soliciten su participación en las actuaciones, o a los miembros de sus familias⁶⁹.

4.8.1.1 Los requisitos para el reconocimiento del estatus de víctima

De conformidad a la sub-regla a) de la regla 85 RPP se establecen cuatro criterios que deben cumplirse para obtener el estatus de víctima: la víctima debe ser una persona natural, debe haber sufrido daños, el crimen que produjo el daño deberá ser competencia de la Corte y debe existir una relación de causalidad entre el crimen y el daño sufrido. Este precepto ha dado lugar a distintas interpretaciones y cuestiones que es necesario analizar:

- a) *Veracidad de las declaraciones*: el problema que se ha planteado ante el Tribunal es determinar, por un lado, qué parámetros se deben tener en consideración para que una víctima sea admitida como participante y, por otro, establecer qué valoración se debe realizar. La Corte entiende que deben existir *motivos fundados para creer* que el relato descrito es real y se ajusta al ámbito material, temporal y territorial previsto a tales efectos. Igualmente se tiene en consideración que se trate de una exposición *consistente* y *coherente* con el fin de complementar el anterior criterio.

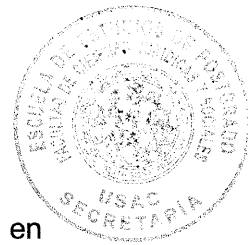
⁶⁹ *Ibidem.* p. 75.



- b) *Concepto y contenido de daños sufridos*: ante la ausencia de definición del término *daño* en el ER y en las RPP, la Corte ha tenido que pronunciarse al respecto caso por caso, debiendo ser la interpretación compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se entiende que al daño al que se refiere el artículo 85 RPP incluye tanto el físico, como el económico y el psicológico o emocional.
- c) *Víctimas indirectas*: otra cuestión que ha generado pronunciamientos al respecto es el de las víctimas indirectas; es decir, aquellas que han sufrido un daño como consecuencia del daño sufrido por las víctimas directas. En este sentido se ha elaborado una doctrina que admite la posibilidad de participación de las víctimas indirectas solo en la medida de que la relación entre ellos haya sido suficientemente demostrada, debiendo existir un nexo causal entre el perjuicio que se manifiesta y los hechos delictivos que aparecen en la orden de arresto o en la decisión de confirmación de cargos.

4.8.1.2 El procedimiento de solicitud

De conformidad con la regla 89.1 RPP para que una persona pueda ser considerada como víctima, esta deberá presentar una solicitud ante la Secretaría de la Corte. Tal solicitud se realizará mediante un formulario elaborado por la Secretaría, que debe ser aprobado previamente por la Presidencia de la Corte y que deberá difundirse entre las víctimas, grupos de víctimas y ONGs a los efectos de que tengan la mayor difusión posible (normas 86.1 y 23.2 Reglamento CPI)



(RegCPI)). La solicitud de participación debe referirse a un procedimiento en concreto, siendo necesario que vuelva a realizarse otra solicitud en el supuesto de querer participar en otro procedimiento, aunque se trata de casos relacionados.

El contenido del formulario viene determinado por lo estipulado en la norma 86.2 RegCPI y se refiere básicamente a la identidad de la víctima, el relato de hechos que manifiesta, así como el lugar y la fecha en que se cometieron, sin olvidar expresar el daño sufrido.

Con el fin de agilizar la tramitación en las causas en las que el número de víctimas sea muy elevado, se permite la presentación de unos formularios colectivos (*collective approach*) mediante una solicitud conjunta y, además, a través de un modelo simplificado cuando por las circunstancias concretas del caso lo estimen oportuno⁷⁰.

Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Ntaganda*.

4.8.2 Los requisitos para la participación procesal de las víctimas

El artículo 68.3 del ER constituye la piedra angular sobre la que se mantiene todo el sistema de participación procesal de las víctimas ante la CPI. En este sentido tal precepto dispone que la Corte confiere a las víctimas la posibilidad de participar

⁷⁰ Liñan Lafuente, Alfredo. *Los crímenes de guerra*. Gil Gil, Alicia y Maculan Elena (Directoras), *op. cit.* p. 389.



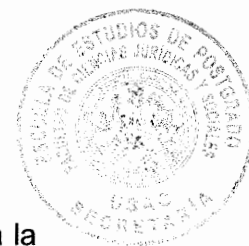
en las actuaciones procesales de forma genérica con expresa referencia a las fases del juicio que considere conveniente (regla 83 RPP). Esa forma de participación se materializa en la posible presentación y consideración de sus opiniones y observaciones. De manera que esta intervención será posible y está condicionada a que las víctimas vean sus intereses personales afectados, y, siempre que no suponga un detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos.

Estas disposiciones proporcionan a la víctima el estatus de *participante*, pero no de *parte*, que son la Fiscalía y la Defensa. En este sentido, es cierto que la intervención de las víctimas se encuentra condicionada no solo a la autorización de la Corte, sino en bastantes aspectos relevantes.

Es preciso insistir en que las víctimas no podrán ejercer la acción penal ni impugnar la admisibilidad o competencia, tampoco podrán intervenir en el interrogatorio de testigos como si fueran parte ni interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en el proceso⁷¹.

Ahora bien, tal y como se ha puesto de manifiesto en diferentes decisiones, la participación de las víctimas debe ser significativa, no pudiendo quedarse en una mera formalidad sin contenido o simbólica.

⁷¹ Miaja de la Muela, A. El genocidio. Delito internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid. 1951. p. 384.



Con este propósito se ha garantizado que las víctimas tengan derecho a la libre elección de abogado que las represente (regla 90 RPP), aunque ciertamente con sujeción a ciertos límites. En primer lugar, el abogado deberá cumplir los requisitos exigidos en la regla 22.1 RPP.

Además, en el supuesto de que exista un número elevado de víctimas, la Sala puede solicitar a las víctimas, con el objeto de garantizar la efectividad del proceso, que designen a uno o varios abogados para que les representen de forma unificada.

Por último, cuando el interés de la justicia así lo requiera, la Sala, tras consultar con la Secretaría, podrá nombrar a un abogado para las víctimas (norma 80.1 RegCPI).

Finalmente, el presupuesto imprescindible para que se pueda hablar de una verdadera participación, será la notificación a las víctimas y a sus representantes legales de todas aquellas decisiones que sean significativas tal y como prevé la regla 92 RPP. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte ha establecido los documentos y actos que deben ser notificados a los abogados de las víctimas:

El representante legal de las víctimas tiene derecho a ser notificado, sobre la misma base fiscal y la Defensa, de: i) Todas las solicitudes, observaciones, mociones, respuestas y otros documentos en el sentido de la norma 22 del Reglamento de la Corte que se archivan como *público* en el expediente de la



causa; ii) todas las decisiones públicas de la Sala en el presente procedimiento y iii) De la audiencia de confirmación de los cargos y cualquier aplazamiento de esta, así como la fecha de la entrega de la decisión de conformidad con la sub-regla 5 de la regla 92 de la reglas.

Correlativamente se contempla de conformidad con la regla 121.10 RPP el acceso de los Abogados de las víctimas a los autos, estando este derecho sujeto a restricción respecto a los documentos confidenciales y de protección de la seguridad nacional de algún Estado. Asimismo, se permite acceder a las transcripciones de las vistas (regla 131.2 RPP).

4.8.3 Las modalidades de participación de las víctimas en el proceso

Es necesario dedicar, aunque sea sucintamente un apartado para indicar qué modalidades de participación de las víctimas pueden aparecer en las distintas actuaciones procesales. A continuación, se analizarán las cuestiones más relevantes que pueden afectar a las víctimas.

4.8.3.1 En la fase preliminar

Si se tiene en cuenta que la Corte ya ha puesto de relieve la importancia de que las víctimas tengan participación en proceso lo antes posible, es lógico que el primer acto de posible intervención de las víctimas ante la Corte sea



cuando el fiscal considera que no debe solicitar el inicio de una investigación (artículo 15.6 ER)⁷².

Se prevé, por consiguiente, la necesidad de que se les informe al respecto (regla 49.1 RPP) y en la notificación que efectúe se indicará la posibilidad de presentar información adicional sobre la misma situación cuando haya hechos o pruebas nuevas (regla 49.2 RPP).

En el supuesto de que la Fiscalía haya solicitado la autorización para abrir una investigación oficial sobre unos hechos, las víctimas tienen derecho a realizar alegaciones acerca de dicha petición (artículo 15.3 ER y regla 50.3 RPP) y el plazo del que disponen es de treinta días desde que reciban la información (norma 50.1 RegCPI) con el objeto de que la SCP las considere. En estos casos, la Fiscalía está obligada a comunicar a las víctimas su solicitud, salvo que entienda que ello pudiera poner en peligro la investigación o a las propias víctimas (regla 50 RPP).

Además, durante esta fase la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que las víctimas pueden remitir denuncia, pero también solicitar expresamente a la Fiscalía que actúe de oficio para realizar alguna diligencia e igualmente pueden intervenir en el momento de petición de apertura de una investigación⁷³.

⁷² Cid Muñoz, M. I. *La corte penal internacional: un largo camino*. op. cit. p. 159.

⁷³ *Ibidem*. p. 163.



4.8.3.2 En la fase de investigación

En la fase de investigación es donde se lleva a cabo la verdadera instrucción, por parte de la Fiscalía, cuya prioridad consistirá en obtener información sobre los hechos y las circunstancias que les rodean, mediante la búsqueda de elementos probatorios para decidir si dirige la acusación contra una persona o personas determinadas. En este contexto, la participación de las víctimas ha sido muy controvertida al no quedar claramente delimitadas las posibilidades que existen.

De conformidad con la doctrina de las Salas, es posible que las víctimas intervengan en esta fase, pero limitándose a los siguientes aspectos:

- a) En la revisión por parte de la SCP de la decisión de la Fiscalía de no seguir adelante con la investigación o no acusar tal y como prevé el artículo 53 ER.
- b) En el incidente de aseguramiento de prueba o de protección de víctimas y testigos (artículo 56.3 ER). Igualmente existe la posibilidad de que las Salas soliciten las opiniones y observaciones de las víctimas sobre cualquier cuestión suscitada, también en este momento procesal (regla 93 RPP).



4.8.3.3 En la fase intermedia

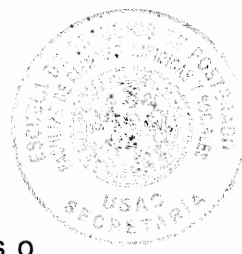
La fase intermedia representa un momento procesal clave ya que es donde se decidirá si existen indicios suficientes de criminalidad para celebrar el juicio oral contra una determinada persona o no. Las dos audiencias que tienen lugar en esta fase son la primera comparecencia y la audiencia de confirmación de cargos⁷⁴.

En la primera comparecencia la SCP se asegurará de que el imputado sea informado de los crímenes que se le imputan y de los derechos que le asisten, incluyendo el derecho a la libertad provisional (artículo 60 ER).

Se ha planteado, ya que las partes sí que están presentes, si es posible la intervención de las víctimas, dándose por la Corte una respuesta negativa al entender inapropiada su presencia por la finalidad de esta comparecencia que no es otra que la que se acaba de apuntar.

En la vista de confirmación de cargos (artículo 61 ER, reglas 121 a 130 RPP y normas 52 y 53 RegCPI), la jurisprudencia ha delimitado exactamente su intervención otorgándoles un amplio abanico de posibilidades, tales como acceso a decisiones, documentos públicos, pruebas públicas y transcripciones, derecho a

⁷⁴ Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena. (Directoras). *Derecho penal internacional. op. cit.* p. 241.



recibir notificación expresa de esta audiencia y a presentar alegaciones orales o escritas sobre cuestiones que surjan en el transcurso de la propia vista.

4.8.3.4 En el juicio oral

En el juicio oral la participación procesal de las víctimas es donde adquiere un mayor protagonismo. Las diferentes posibilidades de participación se concretan en:

- a) Asistencia a la vista principal (regla 91.2 RPP) a menos que la Sala entienda que es suficiente con la presentación de sus opiniones y observaciones por escrito.
- b) Realización de peticiones y planteamiento de incidencia ante la Sala (regla 91.2 RPP).
- c) Proposición de pruebas. Si bien es cierto que no existe precepto legal que faculte a los representantes legales de las víctimas a proponer pruebas en el juicio oral, se ha interpretado por la Corte que en determinadas circunstancias y de conformidad a unos parámetros en concreto, la cláusula general de participación prevista en el artículo 68.3 ER permite esta posibilidad. Se han proporcionado unos requisitos formales y de fondo para que se pueda admitir la proposición de la prueba por parte de los representantes de las víctimas.

Por un lado, los requisitos formales exigidos son: (i) que se solicite por escrito; (ii) que se informe de dicha solicitud a las demás partes; (iii) que se cumpla



con las obligaciones de revelación de la prueba a las partes respecto a las órdenes de protección de víctimas y testigos que pudieran haberse citado y (iv) que la víctima-testigo no sea anónima estando determinada su identidad.

Los requisitos de fondo hacen alusión a las siguientes particularidades: (i) que el interés personal de la víctima se vea afectado por la prueba que proponen; (ii) que la petición de las víctimas no exceda el ámbito de la potestad que el ER confiere a la Sala de Enjuiciamiento en su artículo 69.3; (iii) que la prueba que se propone sea pertinente, apropiada o útil a los fines que pretende; (iv) que dicha proposición de la prueba no afecte a un juicio justo sin dilaciones para el acusado, de modo que pueda tener tiempo y posibilidades suficientes para preparar la defensa en relación con la nueva prueba.

a) *Impugnación de las pruebas propuestas por las partes.* es un aspecto controvertido al no ostentar la condición de parte. No obstante, la jurisprudencia establece que la Sala podrá considerar las peticiones de las víctimas en la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas por las partes.

b) *Exposición de sus observaciones en persona.* Las víctimas podrán participar como testigos sobre los hechos en concreto, pero también será posible que intervengan para aportar sus observaciones siempre que se haya solicitado por escrito, que el derecho del acusado a un juicio ante un tribunal imparcial



no se vea afectado y que no suponga una vulneración del derecho del acusado a un proceso sin dilaciones indebidas.

- c) *Interrogatorio a testigos, peritos y acusados.* En este ámbito se han establecido, asimismo, unos requisitos para poder permitirlo. Estos requisitos serán: (i) que las preguntas no sean repetitivas en relación con las planteadas por las partes; (ii) que se limiten a las cuestiones controvertidas, salvo que sean directamente relevantes para el interés de la víctima; (iii) si se trata de preguntas relacionadas con la *credibilidad* de un testigo, el abogado de las víctimas deberá justificar que el testimonio afecta directamente al interés de sus clientes; (iv) se podrán realizar preguntas relacionadas con la reparación si la Sala lo autoriza de conformidad con la norma 56 Reg CPI.
- d) *Exposición de conclusiones iniciales y finales.* Tal y como prevé la regla 89.1 RPP se contempla esta actuación.

4.8.3.5 En la fase de reparación

Conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 75 ER “la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes”.



Las actuaciones sobre las reparaciones vienen reguladas, asimismo, en las reglas 94 a 99 RPP, normas 88 RegCPI, normas 110 y 111 RegSecretaria. Tal y como se ha afirmado por la Corte:

Las reparaciones cumplen dos propósitos principales consagradas en el Estatuto: obligan a los responsables de crímenes graves a reparar el daño que causaron a las víctimas y permiten a la Sala garantizar que los criminales rindan cuentas por sus actos. Además, las reparaciones pueden estar destinadas a personas concretas, así como contribuir más ampliamente a las comunidades afectadas. Las reparaciones de la presente causa deben, en la medida de lo posible, aliviar el sufrimiento causado por estos delitos; proporcionar justicia a las víctimas aliviando las consecuencias de los actos injustos; disuadir violaciones futuras; y contribuir a la reintegración efectiva de antiguos niños soldados. Las reparaciones pueden ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas.

En la fase de reparación es donde aparecen las víctimas como verdaderas protagonistas. En esta fase, sus posibilidades de intervención son las siguientes:

- a) Solicitar la reparación mediante el procedimiento establecido a tales efectos (regla 94 RPP).



- b) Efectuar alegaciones con anterioridad a que la Corte dicte la resolución sobre los principios que regulen la futura reparación.

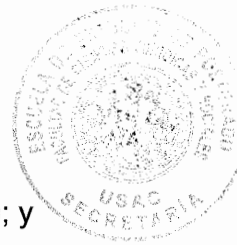
- c) Realizar alegaciones con anterioridad a que la Corte emita una orden de reparación (artículo 75.3 ER).

- d) Presentar sus opiniones sobre los informes emitidos por los expertos en los casos de la regla 97.2 RPP.

- e) Asistir a la vista sobre reparación, ya se produzca esta en el mismo acto que la imposición de la pena o de forma independiente (arts. 75.3 y 76.3 ER, reglas 91.4 y 143 RPP). La regla 143 RPP contempla que las víctimas puedan solicitar la suspensión.

- f) Apelar la orden de reparaciones que se dicte (regla 82.4 RPP).

En cuanto a las modalidades de reparación, se puede acudir a la primera resolución de la corte dictada en este sentido donde se proporciona una mayor definición de los conceptos de restitución, indemnización y rehabilitación. Por restitución, se debería entender, en la medida de lo posible, el restablecimiento de la víctima en sus circunstancias anteriores a la comisión del crimen; es decir, de la vida de una persona, incluido el regreso

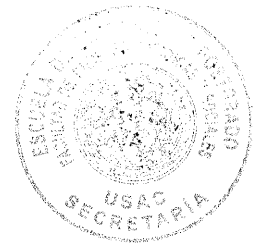


a su familia, hogar y empleo anterior; la facilitación de educación continua; y la devolución de bienes perdidos o robados⁷⁵.

La indemnización, tal y como afirma la Corte, debería considerarse cuando: i) el daño económico es suficientemente cuantificable; ii) una orden de este tipo sería apropiada y proporcionada (teniendo en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias de la causa); y iii) los fondos disponibles hacen que este resultado sea factible. No hay que olvidar que, conforme a las convenciones sobre derechos humanos reconocidas internacionalmente, la indemnización requiere una aplicación amplia, para abarcar todas las formas de deterioro, pérdida y lesión, incluido el daño material, físico y psicológico.

En la rehabilitación se incluirá el suministro de servicios médicos y asistencia sanitaria, psicológica, psiquiátrica y social para dar apoyo a aquellos que sufren de aflicción y trauma; y cualquier servicio jurídico y social pertinente.

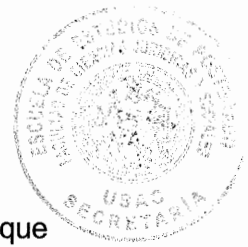
⁷⁵ Ambos, Kai. *Principios e imputación en el derecho penal internacional. op. cit.* p. 160.



CONCLUSIONES

La evolución del derecho penal internacional desde las postrimerías del siglo XX, hasta nuestros días, ha marcado un punto de inflexión, tanto en la teoría del derecho, como en la teoría del derecho internacional, pues sus objetivos son proteger los bienes jurídicos de la humanidad y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, de ahí su carácter internacional. Si bien, tradicionalmente, han sido los Estados los sujetos por antonomasia del derecho internacional, la novedad que incorpora el derecho penal internacional es que los sujetos de su aplicación son los individuos, pero en su actuación como agentes del Estado sea de manera oficial o bien apoyados de manera no oficial por las estructuras de poder que operan paralelas al poder del Estado. Esto es así, debido a que no puede castigarse penalmente a los Estados por las actuaciones de sus agentes en las graves violaciones y lesiones a los bienes jurídicos de la humanidad, por lo que muchos de los denominados *crímenes internacionales* quedarían impunes y su sanción se relegaría a la simple reparación de daños o a cualquier sanción que el derecho internacional contemple para los Estados, sin que se castigue a los individuos que en nombre del Estado o de algún poder paralelo, hubiesen cometido graves violaciones en contravención a las normas de derecho internacional, sean estatutarias o consuetudinarias, lo cual implicaría un fuerte retroceso en el sistema de justicia penal internacional.

La evolución y desarrollo de esa política internacional llevaron a la creación por parte de la comunidad internacional, de la Corte Penal Internacional en julio de 1998,



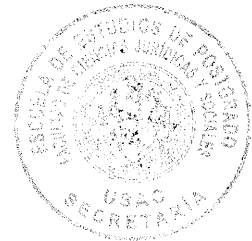
cuyo estatuto entró en vigor el uno de julio de 2002. A pesar de las dificultades que han tenido que ser superadas, dada la naturaleza jurídica del derecho internacional y sus problemas técnicos, jurídicos y políticos (ya señalados por Hans Kelsen al describir al derecho internacional como un derecho incompleto y primitivo); la Corte Penal Internacional ha intentado crear todo un sistema de derecho penal internacional, en cuya estructura intervengan tanto instrumentos escritos o estatutarios, como normas consuetudinarias, doctrina (jurisprudencia) y elementos teóricos elaborados por juristas dedicados a su estudio, lo que lleva a la conjetura de que en el futuro, el derecho penal internacional alcanzará un desarrollo que lo haga ganarse un lugar en el podio de los ámbitos más significativos del derecho internacional.

El proceso penal ante la Corte Penal Internacional posee características *sui generis* respecto de los modelos vigentes en los Estados miembros del Tratado de Roma de 1998, que si bien contienen algunos elementos similares, puede decirse que es un proceso que trata de armonizar especialmente los modelos de proceso penal de los sistemas más fuertes que predominan en el mundo: el sistema anglosajón o del *common law* y el sistema romano-canónico o romano-germánico también llamando el sistema del *civil law*, por lo que puede calificarse, por el estudio de sus fases y la forma de ejecución de sus sentencias, como un proceso único que supera las deficiencias de los tribunales internacionales penales *ad-hoc* que fueron implementados antes de la entrada en vigor del Tratado de Roma de 1998. En cuanto a las sentencias de la Corte Penal Internacional, estas se ejecutan mediante el cumplimiento de las penas privativas de libertad (reclusión y reclusión a perpetuidad), penas de multa y ordenes de decomiso; sin perjuicio de que la Corte Penal Internacional no tiene potestad en



materia de ejecución, de modo que necesita la colaboración de los Estados partes del tratado en ese ámbito.

Respecto a la validez de las hipótesis planteadas al inicio de la investigación, se puede decir que se ha verificado en virtud de que, se ha determinado que el proceso penal ante la Corte Penal Internacional posee características *sui generis* que las hacen propias, y no corresponden con los modelos vigentes en los Estados miembros del Tratado.





REFERENCIAS

- Ambos, Kai. & Guerrero, O. J. (Editores). *El estatuto de Roma análisis por expertos internacionales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
- Ambos, Kai. & Guerrero, O. J. (Editores). *El estatuto de Roma de la corte penal internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
- Ambos, Kai. Implementación del estatuto de Roma en la legislación nacional. En: Ambos, Kai & Malarino. E. (eds.) *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. KAS. Montevideo. 2003.
- Ambos, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Ad Hoc. Buenos Aires. 1999.
- Ambos, Kai. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Atelier Editorial. España. 2008.
- Beltrán Montoliu, Ana. El proceso ante la corte penal internacional. En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson. Madrid. 2016.
- Blanc Altemir, A. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Bosh. Barcelona. 1990.
- Cáceres Ruiz, L. *La corte penal internacional: el estatuto de Roma*. Libros Visión. España. 2006
- Carrara, Francesco. *Programa de justicia penal*. Temis. Bogotá. 1957.



Carrillo Salcedo, J. A. *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad internacional de los estados*. XII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid. 1979.

Cassese, Antonio. *Derecho penal internacional*. Unión Editorial. Madrid. 2003.

Cid Muñoz, M. I. *La corte penal internacional: UN LARGO CAMINO*. Dykinson. Madrid. 2008.

Escudero Espinoza, J. F. *La corte penal internacional y el consejo de seguridad: hacía la paz por la justicia*. Dilex. España. 2004.

García Arán, M. & López Garrido, D. *Crimen internacional y jurisdicción universal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

Garrocho Salcedo, A. M. *La responsabilidad por omisión del superior*. Dykinson. Madrid. 2013.

Gil Gil, Alicia & Maculan, Elana. (coordinadoras). *Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*. Dykinson. Madrid. 2013.

Gil Gil, Alicia. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la corte penal internacional. *En: moreno, m. (editor). El estatuto de Roma. El estatuto de la corte penal internacional y sus implicaciones en el derecho*



nacional de los países latinoamericanos. ius Poenale-Cepolcrim. México. 2004.

Gil Gil, Alicia. Los crímenes contra la humanidad. En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson. Madrid. 2016.

Liñan Lafuente, Alfredo. *Los crímenes de guerra*. Gil Gil, Alicia & Maculan Elena (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson, S. L. Madrid. 2016.

Liñan Lafuente, Alfredo. Origen y evolución del derecho penal internacional (2). En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson, S. L. Madrid. 2016.

Maculan, Elena. El crimen de agresión. En: Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena. Gil Gil, Alicia & Maculan, Elena (Directoras). *Derecho penal internacional*. Dykinson, S. L. Madrid. 2016.

Martínez Alcañis, A. *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid. 2015.

Melendo Pardos, M. *Imputación subjetiva y error en el estatuto de la corte penal internacional*. Atelier. Barcelona. 2008.

Miaja de la Muela, A. *El genocidio. Delito internacional*. Revista Española de Derecho Internacional. Madrid . 1951.

Olle Sesé, M. *Derechos humanos y justicia penal internacional*. Universidad Internacional de Andalucía. España. 2008.



Olle Sesé, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Revista La Ley. Madrid. 2008.

Olle Sesé, M. Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra. En: Olasolo, H. & Cuenca, S. (Directores). *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.

Pastor Ridruejo, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Tecnos. Madrid. 2012.

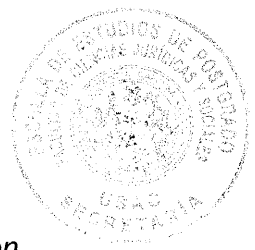
Pastor, D. R. *Poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del estatuto de Roma*. Atelier Editorial. España. 2006.

Quezada Alcalá, C. *La agresión: un crimen cierto de futuro incierto*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.

Quintano Ripollez, A. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1957.

Reinares, F. *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*. Instituto Español de Estudios Estratégicos. España. 2004.

Serrano, Agata. El estado de derecho frente al delito de terrorismo internacional. En: Del Real Alcalá, J. Alberto (Editor). *La maquinaria del derecho en*



iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración.

UNAM-IIJ. México. 2016.

Werle, G. *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

Zappalá, Salvatore. *¿Qué es la justicia penal internacional?* Proteus. España. 2010.