CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO: EL IMPACTO DEL ESTATUTO DE ROMA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Carmen Quesada Alcalá
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante
UNED

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.-1.-La conveniencia u obligatoriedad de adaptar las legislaciones internas al Estatuto: una manifestación del principio de complementariedad. 2.- La revisión del Código Penal español a la luz del Estatuto de Roma: 2.1.- Los distintos sistemas estatales de adecuación de las normas sustantivas al Estatuto de Roma. 2.2.-La revisión del Código Penal español, necesaria pero incompleta. 3.- La legislación española de cooperación con la Corte Penal Internacional: 3.1.-La obligación de promulgar leyes de cooperación con la CPI. 3.2.- Un análisis crítico de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. 4.-Jurisdicción penal internacional y jurisdicción universal. Hacia una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial española: 4.1.-La relación entre jurisdicción penal internacional y jurisdicción universal. 4.2.-Los efectos de la Ley española de cooperación con la CPI sobre el principio de jurisdicción universal consagrado en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

INTRODUCCIÓN

La ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) por los Estados genera importantes consecuencias para los mismos. Así, como manifestación de los principios de complementariedad y cooperación que

inspiran las relaciones de la Corte con los Estados, se ha desencadenado un proceso de adaptación de las legislaciones internas al Estatuto. Dicho proceso de adaptación se proyecta en el seno de los distintos ordenamientos internos, tanto en el ámbito de las normas sustantivas como en el ámbito de las normas procesales. De este modo, como consecuencia de la ratificación del Estatuto de Roma, en España se han producido ciertas alteraciones en el Código Penal, al tiempo que se ha puesto de relieve la necesidad de una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo al principio de jurisdicción universal consagrado en la misma. Igualmente, se ha llevado a cabo la promulgación de una Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional que permita la interrelación y el apoyo necesario entre los órganos de nuestro sistema y los pertenecientes al sistema jurisdiccional de la CPI.

En consecuencia, y a la vista del gran impacto que el Estatuto de Roma ha tenido en nuestro ordenamiento, en este trabajo nos proponemos realizar un análisis de dicho fenómeno, situándolo en el marco más amplio de las relaciones entre la CPI y el Derecho interno de los Estados. Por lo tanto, comenzaremos con un estudio general de los distintos sistemas de adaptación de las legislaciones nacionales al Estatuto, deteniéndonos en la conveniencia u obligatoriedad de ciertas reformas. Posteriormente, examinaremos cómo se ha producido la revisión del Código Penal español, en lo relativo a los delitos contra la Comunidad Internacional, a la luz del Estatuto de Roma. A continuación, realizaremos un análisis crítico de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, que responde a la obligación asumida por los Estados Partes de promulgar leyes de cooperación. Y, finalmente, abordaremos la compleja relación entre la jurisdicción penal internacional y el principio de jurisdicción universal recogido en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como demuestra la Ley española de Cooperación con la Corte, al poner de manifiesto la existencia de graves incongruencias entre ambas leyes.

1. LA ADAPTACIÓN DE LAS LEGISLACIONES INTERNAS AL ESTATUTO: UNA MANIFESTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE COMPLEMENTARIEDAD Y COOPERACIÓN

Si los Estados quieren preservar el ejercicio de su *ius puniendi* sobre los individuos bajo su jurisdicción en relación con la Corte Penal Internacional, no cabe la menor duda de que, entonces, la complementariedad, tal y como

está contemplada en el Estatuto (1) pasará a tener serias repercusiones en sus ordenamientos. De este modo, la complementariedad de la jurisdicción de la CPI tendrá gran incidencia en los ordenamientos internos, por su efecto «*boomerang*» o de estímulo, ya que impulsará a los Estados a proveerse de herramientas jurídicas que les permitan un ejercicio eficaz de su juris-

(1) El presupuesto principal del Estatuto es la responsabilidad primordial de los Estados de juzgar los crímenes contenidos en el mismo. El principio de complementariedad es el punto de partida desde el Preámbulo del Estatuto «Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales» (Párrafo 6.º del Preámbulo (N.U. Doc. A/CONF.183/9), pero el Preámbulo especifica aún más claramente el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales al establecer expresamente que «(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (párrafo 10). Ya en el texto dispositivo, el Estatuto de Roma, en su artículo 1 establece que la CPI «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». La redacción de este artículo, a la luz de lo establecido en el Preámbulo, aporta luz sobre el verdadero carácter del modelo jurisdiccional consagrado en el Estatuto. Asimismo, la consagración de la complementariedad no sólo en el texto preambular sino también en el dispositivo nos muestra la importancia de este principio, que acaba siendo el eje vertebral que opera a lo largo de todo el Estatuto.

La complementariedad es, así, incorporada en las normas dispositivas del Estatuto, en concreto, no sólo en el artículo 1.º, sino también en los artículos 17 a 20 que concretan el significado y alcance de este principio. El artículo 17 está destinado a regular las cuestiones de admisibilidad y nos proporciona los criterios para determinar cuándo un Estado no quiere o no puede investigar o enjuiciar un asunto concreto. El artículo 18 regula las decisiones preliminares relativas a la admisibilidad y el procedimiento a seguir en estos casos. Conforme al art. 19, se establece el procedimiento referente a la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa. Y, finalmente, el art. 20 recoge el principio de cosa juzgada o *ne bis in idem*. Sobre la complementariedad, ver: BLEICH, J.L.: «Complementarity», *D.J.I.L.P.*, Vol.25, N.º 2, Winter 1997, pp. 281-292; HOLMES, J.T.: «The Principle of Complementarity», en LEE, R.: *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute-Issues, Negotiations, Results-*, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, pp. 43 y ss.; LATTANZI, F.: «Compétence de la Cour Penale Internationale et consentement des Etats», *R.G.D.I.P.*, N.º 2, 1999, pp. 426 y ss.; LAUCCI, C.: «Compétence et Complémentarité dans le Statut de la future Cour Pénale Internationale», *L'Observateur des Nations Unies*, N.º 7, 1999, pp.174 y ss.; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de «ingeniería jurisdiccional»?», en CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord.): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, C.G.P.J, Madrid, 2000, pp. 398-423; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, mayo de 2000, pp. 78-100; HOLMES, J.T.: «Complementarity. National Courts versus the ICC», en CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.R.W.D.; ESER, A.; GAJA, F.; KIRSCH, Ph.; PELLET, A. & SWART, B. (eds.): *The Statute of Rome of the ICC: Commentary*, Oxford University Press, USA, 2002, pp. 676 y ss.; SOLERA, O.: «Complementary Jurisdiction and international criminal justice», *R.I.C.R.*, Vol.4, n.º 845, March 2002, pp.165 y ss.

dicción (2). Se va a originar, así, un triple impacto en los ordenamientos internos. Por una parte, se van a producir una serie de desarrollos y reformas en las legislaciones penales sustantivas, de acuerdo con los compromisos internacionales derivados del Derecho Internacional Penal y las disposiciones del Estatuto de la CPI. Por otra parte, se van a dar una serie de reformas en los ordenamientos generales para que, con la base de la jurisdicción universal, los Estados puedan ejercer su jurisdicción. Y, finalmente, se va a impulsar la promulgación de una serie de leyes de cooperación con la Corte, como consecuencia de la misma ratificación del Estatuto.

En consecuencia, es conveniente que los Estados que pretendan firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al Estatuto de Roma lleven a cabo un examen de su propia legislación interna de cara a realizar las reformas necesarias para asegurar la aplicación efectiva de la complementariedad (3), ya que ésta va a depender en cierto grado de la incorporación del Estatuto de Roma en el derecho interno de los Estados.

Las modificaciones demandadas por la propia dinámica de los Estados al ratificar el Estatuto son reconducibles a dos niveles básicamente. Dejando de lado la jurisdicción universal, los dos ámbitos en los cuales son *necesarias* (y no en todos los casos *obligatorias*), las reformas internas habrán de proyectarse necesariamente sobre el ámbito del Derecho penal sustantivo y el del Derecho procesal (4). En el primero de los campos, *es conve-*

(2) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, mayo de 2000, pp. 78-100; LATTANZI, F.: «The International Criminal Court and National Jurisdictions», en POLITI, M. & NESI, G. (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Ashgate, Dartmouth, 2001, pp. 177-223; PUEYO LOSA, J.: «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REMACHA Y TEJADA, J.R.: *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, N.º 5, Madrid, 2001, p.155.

(3) AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary Checklist for Effective Implementation*, Informal document prepared for participants in «Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional: Desarrollo y aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional», Casa de América, 22 y 23 de mayo de 2000, pp. 1-30; BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court: A checklist for implementation», *Nouvelles études pénales*, N.º 13, 1999, pp.113 y ss; HUMAN RIGHTS WATCH: *Corte Penal Internacional. Asegurando el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Guía para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI en la legislación interna de los Estados Partes*, septiembre de 2001, pp.1-39.

(4) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, pp. 93-100; TRIFFTERER, O.: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 4-5.

niente una definición de los tipos penales y una recepción de éstos de modo muy similar al previsto en el Estatuto de la Corte (5), a la luz del principio de complementariedad (6). Esta recepción será beneficiosa, en tanto en cuanto aumentará tanto el efecto preventivo como el represivo del Estatuto de Roma, impidiendo en todo caso la impunidad (7). En este mismo ámbito, será necesario que los Estados enmienden su legislación relativa a delitos contra su sistema de justicia penal para incluir los delitos prohibidos por el artículo 70.1 del Estatuto de la Corte, y, así, asegurarse de que los delitos establecidos en sus legislaciones nacionales y sus definiciones cubren el total de las conductas prohibidas en dicha disposición (8). Del mismo

(5) En el campo de las definiciones, es de destacar que no es necesaria una absoluta identidad en la definición de los crímenes en los distintos ordenamientos internos y en el Estatuto de Roma, pero sí es preciso asegurar que se da una identidad en cuanto a los elementos esenciales del tipo penal y al bien jurídico protegido, así como respecto de la gravedad de la conducta en cuestión (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, p.96). De no ser así, el juego de la complementariedad se puede ver dificultado. Así, por ejemplo, si se considera que un acto es un delito de derecho común conforme a la legislación nacional, mientras que en el Estatuto es calificado de crimen internacional. Dado que este supuesto concreto no es considerado causa de inadmisibilidad ante la Corte conforme a su Estatuto, ésta habrá de estimar si dicha tipificación del crimen como común responde a un propósito de protección del reo o supone la intención de impedir la comparecencia de éste ante la justicia. Sólo en este último caso la Corte declarará la admisibilidad del asunto. Aún así, se puede dar el supuesto de que la Corte declare admisible un asunto basándose en la inacción de las autoridades judiciales nacionales, caso que se dará cuando el Estatuto prohíba una serie de conductas de un modo más amplio que el catálogo de conductas y crímenes recogido en la legislación interna del Estado. La medida a adoptar sería la introducción de reformas legislativas tales que asegurasen que el derecho interno prohíba el mismo catálogo de actos que el Estatuto de la Corte (BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, p.156). Este desfase podrá suplirse en el caso de los crímenes comunes anteriormente mencionados mediante la imposición de penas especiales cuando estos delitos están acompañados de circunstancias que hacen posible su encasillamiento en el catálogo de crímenes del Estatuto, y en el resto de los casos se solucionará a través de la incorporación de las definiciones del Estatuto y sus penas a los ordenamientos nacionales. El mecanismo más simple será, pues, incorporar las definiciones estatutarias de modo íntegro, ya sea a través de la incorporación del Estatuto mismo en el derecho interno, o dictando una legislación tal que reproduzca las definiciones.

(6) ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional...», *op.cit.*, p.398.

(7) YÁÑEZ BARNUEVO, J.A. & ROLDÁN, A.: «Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 205-206.

(8) Los delitos serían: falso testimonio; presentación de pruebas falsas; corrupción, obstrucción de la comparecencia de un testigo, tomar represalias contra éste; obstrucción, intimidación o corrupción de un funcionario de la Corte o toma de represalias contra éste. Ver: AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp. 29-30.

modo, los sistemas jurídicos internos han de prever la cooperación con la Corte en la investigación y persecución de delitos contra la administración de justicia, incluyendo la asistencia internacional y la extradición de personas sospechosas o acusadas de tales delitos a otros Estados o a la Corte, si ésta lo requiere. En realidad, éste el único supuesto en que la reforma legislativa es obligatoria conforme al Estatuto, ya que las condiciones para asegurar la cooperación internacional con la Corte respecto de dichos delitos se regirán por el Derecho del Estado requerido, de acuerdo con el artículo 70.2 del Estatuto. E incluso el artículo 70.4 estipula que todo Estado Parte deberá extender su Derecho penal hacia la penalización de delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación, o contra todo proceso judicial por delitos contra la administración de justicia cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.

Asimismo, sería *adecuada* la recepción de los supuestos de autoría del Estatuto y de las causas de exclusión o modificación de responsabilidad penal (9), y, en última instancia, la correlación entre las penas

(9) En conexión con este tema, se ha suscitado igualmente el problema de si el hecho de que el derecho interno no recoja determinados principios generales del Estatuto va a dar lugar a la exclusión de la responsabilidad penal del individuo en determinados supuestos y a que las sentencias no tengan el mismo efecto en ambos órdenes (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, p.2). Así, las carencias en el ámbito interno respecto a ciertos principios de Derecho penal pueden redundar en una falta de disposición de los tribunales internos para someter al acusado a un enjuiciamiento o a un enjuiciamiento imparcial y justo, lo que daría lugar a la admisibilidad del asunto ante la CPI (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp.16-17; DUFFY, H. & JUSTON, J.: «Implementation of the ICC Statute: International Obligations and Constitutional Considerations», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, p. 33. De este modo, sería deseable que todo Estado examinara su ordenamiento nacional de acuerdo con el Estatuto de la Corte y lo adecuara a los principios generales contenidos en la Parte III (artículos 22-23) y a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal (artículo 31), de manera que los principios de responsabilidad penal en la legislación nacional fueran «al menos» tan estrictos como en la Parte III del Estatuto de Roma (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp.5-6; BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *op.cit.*, p.158). Así, los principales problemas de inadecuación entre los ordenamientos internos y el Estatuto de Roma respecto de los Principios Generales de Derecho Penal, con importantes consecuencias a efectos de la complementariedad, se pueden dar en relación con las normas relativas a la autoría y a las reglas de exención y modificación de la responsabilidad penal, como sería el caso de responsabilidad de los superiores jerárquicos, las inmunidades, y las leyes de amnistía (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, p.97; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en QUÉL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, pp. 133-162; RODRÍGUEZ-VILLA-

previstas en el Estatuto y las configuradas en los ordenamientos internos (10).

Un problema que merece mención aparte es el relativo a la jurisdicción militar. En principio, el Estatuto de Roma no diferencia entre los sistemas de justicia militar o civil, por lo que en ambos supuestos se tendrá que actuar de acuerdo con los criterios de buena fe, justicia, independencia e imparcialidad. En definitiva, convendría que los Estados Partes revisaran la relación entre las jurisdicciones militares y los tribunales nacionales para evitar la impunidad, de modo que los crímenes hayan de ser juzgados bien por una instancia civil o bien por una instancia militar (11). Un asunto enjuiciado por un tribunal militar no tiene porqué ser considerado admi-

SANTE Y PRIETO, J.L.: «Los Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 75, enero-junio 2000, pp. 381-440; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «Un estudio sobre la parte general del Derecho penal en el Estatuto de Roma: Los principios generales de Derecho Penal», en YAÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Casa de América, Madrid, 2001, pp. 127-154).

(10) Los fallos y las penas impuestas a nivel interno van a ser también indicativas de la voluntad de enjuiciar en dichos sistemas. Así, dichas penas han de tomar en consideración el hecho de que estos crímenes sean «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», como estipula el artículo 5 del Estatuto de Roma. Para la Corte, será un supuesto de admisibilidad de un asunto el que a nivel interno se considerasen normas sin relevancia para imponer una pena o se dictasen sentencias que fueran significativamente desproporcionadas con la gravedad de los crímenes de la competencia de la Corte. De este modo, será conveniente que los Estados, en sus Códigos Penales nacionales, dispongan penas de gravedad equivalente a las recogidas en el Estatuto respecto de los crímenes de competencia de la Corte (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «El principio de complementariedad...», *op.cit.*, p.98).

El tema de las legislaciones nacionales de Estados Partes que prevén la aplicación de la pena de muerte ha suscitado profundas discusiones en la Conferencia de Roma, dado que el Estatuto tan sólo reconoce como pena máxima la reclusión a perpetuidad. Cabe preguntarse si, conforme al Estatuto de Roma, existe la obligación de suprimir la pena de muerte en los ordenamientos internos. Comprobamos cómo el artículo 77 del Estatuto prevé que la máxima pena a imponer por la Corte será la de prisión. A posteriori, el artículo 80 del mismo instrumento señala que ninguna disposición de esta Parte VII afectará a la aplicación por los Estados de las penas previstas por sus legislaciones nacionales, ni siquiera cuando el Derecho interno de éstos no prevea las penas prescritas en esta Parte. Teniendo en cuenta que la pena de muerte viola los artículos 3 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y dada la inconveniencia de que los Estados apliquen una pena más severa para un crimen internacional que la prevista por la misma Comunidad Internacional, resulta obvio que la pena de muerte quedaría excluida de aplicación en los ordenamientos nacionales. No obstante, alguna solución tendrán que dar las autoridades de aquellos Estados Partes en cuyas legislaciones internas esté prevista la pena de muerte para solventar esta contradicción (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, pp. 7-8).

(11) BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, p.162.

sible ante la Corte Penal Internacional a menos que el procedimiento no se lleve a cabo de buena fe y no se aplique la responsabilidad penal de acuerdo con las definiciones correspondientes, las garantías de la defensa y los principios generales contenidos en el Estatuto. En definitiva, tanto en el supuesto de las jurisdicciones civiles como en el de las jurisdicciones militares, se prestará atención a las normas internacionales sobre independencia, imparcialidad y debido proceso (12). La consecuencia lógica de este proceso de adaptación será la producción de una serie de «efectos indirectos sobre la justicia y la práctica militar» por parte del Estatuto de Roma, que se van a dar fundamentalmente en el ámbito sustantivo (13).

Por otra parte, situándonos en el nivel procesal, nos enfrentamos a la necesidad del establecimiento de una serie de parámetros uniformes y de una adecuación correcta de la estructura procesal en el orden interno y en el internacional. Así por ejemplo, en el campo de la investigación, la calidad de la legislación de implementación nacional va a repercutir decisivamente en su eficacia. Finalmente, se precisará de una legislación que suponga una aproximación flexible a los poderes autónomos del Fiscal previstos en el artículo 99 del Estatuto; y del establecimiento de una serie de procedimientos flexibles en el ámbito interno para la ejecución de los actos de la Fiscalía.

(12) BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, p.163.

(13) Vamos a analizar algunas disposiciones del Estatuto con posible influencia en las disposiciones de los códigos y reglamentos militares. En cuanto a la terminología, el ataque, las órdenes superiores o el uso de armas son conceptos que, de acuerdo con su caracterización en el Estatuto, pueden ser sometidos a modificaciones en los manuales militares y de entrenamiento militar y prácticas educativas como medidas de carácter más bien preventivo. Centrándonos en disposiciones concretas, el artículo 8.1 del Estatuto de la Corte recoge la comisión de crímenes de guerra «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política». Se estimará que podrán ser elementos probatorios de una política para cometer un crimen de guerra los actos de política, regulación, normas de focalización para el ataque o documentos similares referentes a la conducta prohibida en el mencionado artículo 8. Lo mismo se aplicará al supuesto del artículo 7.2.a) en el caso de los crímenes contra la humanidad. De tal manera que la política y regulaciones militares, códigos disciplinarios, alineaciones para la focalización del ataque y manuales de entrenamiento deberán ser sometidos a revisión para que puedan contener determinados actos. Los actos que deberán contemplar los códigos militares y sus reglamentos para su adecuación al Estatuto de la Corte Penal Internacional serán: el traslado forzoso de personas; las detenciones; la prevención de la tortura; la focalización del ataque; el trato adecuado de las personas y bienes protegidos; las necesidades militares, los medios de guerra, la necesidad y proporcionalidad; el dar y obedecer órdenes, es decir, la responsabilidad de mando; y la actuación de los paramilitares. En este último supuesto, los Estados Partes habrán de verificar que si sus fuerzas se comprometen con paramilitares o fuerzas irregulares no lo hayan de hacer de modo que conlleve la imposición a éstos de responsabilidad penal de acuerdo con el Estatuto (BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court...», *loc.cit.*, pp. 163-166).

Desde la perspectiva de la obligatoriedad o conveniencia de las reformas en las legislaciones internas, hemos de señalar que, en el ámbito sustantivo, no existe la obligatoriedad de modificación y adecuación de las legislaciones internas al Estatuto, pero sí su conveniencia, con el fin de evitar desajustes que impidan el adecuado funcionamiento de la Corte, y la correcta aplicación del principio de complementariedad (14). En cambio, en el ámbito procesal sí existe la obligación jurídica de adoptar normas que articulen la cooperación de los Estados con la Corte, de conformidad con los artículos 86 y 88 del Estatuto (15). No obstante, es difícil deslindar la conveniencia de adaptación de las legislaciones sustantivas y la obligatoriedad de adaptación que se cifra en las leyes de cooperación, si tenemos en cuenta que un buen número de leyes de implementación del Estatuto son, simultáneamente, leyes de cooperación, leyes penales sustantivas y leyes jurisdiccionales y procesales.

En cualquier caso, la ratificación de un tratado, en este caso del Estatuto de Roma, sin modificar la legislación existente en los ordenamientos jurídicos internos no constituye por sí misma una violación del tratado (16). En consonancia, y a pesar de la previsión del art. 88 del Estatuto, conforme al cual «[l]os Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte», en este instrumento no se prevén consecuencias directas para los Estados Partes derivadas de la no implantación de sus obligaciones de modo suficiente en sus ordenamientos jurídicos internos. Sólo si se produce un fracaso de este sistema respecto del cumplimiento de un caso específico de cooperación, se darán consecuencias para los Estados no cooperantes con la Corte (17).

(14) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional, n.º 75, enero-junio 2000, pp. 185-188.

(15) El artículo 86 titulado «Obligación general de cooperar» reza así: «Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.» El artículo 88 parte de una concreción de esa obligación general de cooperar del artículo 86 al estipular que: «Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte».

(16) DUFFY, H. & JUSTON, J.: «Implementation of the ICC Statute...», *op.cit.*, p.34.

(17) TRIFFTERER, O.: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 24-25.

Con la articulación de todo este sistema en el Estatuto, los principios de complementariedad y de cooperación se ven plenamente respetados y garantizados.

2. LA REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA

2.1. LOS DISTINTOS SISTEMAS ESTATALES DE ADECUACIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS AL ESTATUTO DE ROMA

Antes de abordar el impacto del Estatuto de Roma en la legislación sustantiva española, es preciso apuntar a las distintas fórmulas de adecuación de los ordenamientos internos a las normas del Estatuto de Roma (18). En la práctica, se han dado diversas situaciones en aras a la adecuación de los ordenamientos internos a las normas del Estatuto de Roma. Vamos a examinar sólo las soluciones adoptadas por algunos Estados, en atención a la relevancia de sus leyes o proyectos de leyes. No obstante, conviene poner de manifiesto, desde este primer momento, que la mayoría son Estados del ámbito geográfico europeo y latinoamericano, puesto que aquí donde se han dado los desarrollos más significativos.

Primeramente, ciertos Estados han apostado por la promulgación de leyes que contemplan distintos aspectos, sustantivos, procesales y de cooperación en su adaptación al Estatuto de Roma, como es el caso de Nueva Zelanda (19), Noruega (20), Reino Unido (21) y Sudáfrica (22). Proyectos de leyes de carácter omnicompreensivo han sido elaborados igualmen-

(18) Ver: *Represión nacional de los crímenes de guerra y la competencia de la Corte Penal Internacional*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Delegación Regional para México, América Central, Haití y el Caribe Hispanohablante, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, Universidad LaSalle, San José, Costa Rica, 29 de octubre de 2002, pp.18.

(19) *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(20) *Loi n.º 65 du 15 Juin 2001 relative à la transposition dans le droit norvégien du Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 en CONSEIL DE L'EUROPE: Les implications pour les Etats Membres du Conseil de l'Europe de la ratification du Statut de Rome de la Cour Penale Internationale* (Consult/ICC (2001) 43).

(21) *International Criminal Court Act 2001* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(22) *International Criminal Court Bill* (Minister for Justice and Constitutional Development [B42-2001]). Ver: <http://www.iccnw.org/resourcetools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>.

te por Italia (23) y Uruguay (24). Un caso especial es el de los Países Bajos (25), que ha optado por una multiplicidad de leyes diferentes que recogen los distintos aspectos: una ley de cooperación, una ley de reforma de su Código Penal y Código Procesal Penal, y una Ley específica sobre los crímenes.

Otros Estados han procedido a promulgar leyes específicas referentes a los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y el genocidio, así como a los delitos contra la administración de justicia, en definitiva, a los crímenes de la competencia de la Corte, separándolas claramente de las leyes anteriormente mencionadas de carácter general, así como de las leyes de cooperación. De este modo, han aprobado una ley relativa a los crímenes de competencia de la Corte, Alemania (26), Australia (27), Bélgica (28), Canadá (29), Finlandia (30), y Países Bajos (31). Mientras, se

(23) *Norme per l'adattamento dell'ordinamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale (Progetto di Legge, n.º 2724, XIV Legislatura)*. Este proyecto de Ley ha sido presentado ante el Senado italiano el 24 de julio de 2002, para pasar a ser examinado por una Comisión de Estudio, cuya tarea fue prorrogada hasta diciembre de 2003, dando como resultado un proyecto de articulado definitivo y un informe, aún pendiente de aprobación. Sobre la trayectoria de este proyecto, ver: http://www.giustizia.it/uffici/inaug_ag/ag2004MG_ndx.htm.

(24) *Proyecto de Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. El último proyecto ha sido circulado el 19 de mayo de 2005, y se halla a la espera de ser aprobado. Sobre los intentos realizados por Uruguay para adaptarse al Estatuto de Roma, ver: GONZÁLEZ, J.L.: «Informes nacionales. Uruguay», en AMBOS, K. & MALARINO, E. (eds.): *Persecución penal nacional...*, op.cit., pp.495-534.

(25) *Act of 20 June 2002 to implement the Statute of the International Criminal Court in relation to co-operation with and the provision of assistance to the International Criminal Court and the enforcement of its decisions (ICC Implementation Act)*, en *Bulletin of Acts, Orders and Decrees* 2002, n.º 314; *Act of 20 June 2002 to Adjust the Penal Code, the Code of Criminal Procedure and Some Other Acts to the ICC Implementation Act (ICC Adjustment Act)*, en *Bulletin of Acts, Orders and Decrees* 2002, n.º 316; *Act of 19 June 2003 containing Rules Concerning Serious Violations of International Law (International Crimes Act)*, en *Bulletin of Acts, Orders and Decrees* 2003, n.º 270. Ver: http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Transnational_criminal_justice/International_Criminal_Court/Documents/2Country_Information.

(26) *Act to Introduce the Code of Crimes against International Law of 26 June 2002* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(27) *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(28) *Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, en The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 11).

(29) *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant lamise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, 29 juin 2000 (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(30) *Crimes Legislation: Act n.º 1285/2000* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(31) *Act of June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, 19 June 2003, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 4).

hallan tramitando proyectos de leyes sobre los crímenes de la competencia de la Corte diversos Estados, entre los que destacan Argentina (32), Ecuador (33), Panamá (34), y la República Democrática del Congo (35). Otra alternativa de la que los Estados han hecho uso ha sido la de incorporar la tipificación de los crímenes competencia de la Corte al hilo de un esfuerzo de reforma de sus códigos penales y de justicia militar, como en el caso de Macedonia (36), Perú (37), Puerto Rico (38), Venezuela (39) y España (40).

Comenzando por las leyes que contemplan los distintos aspectos, tanto sustantivos como procesales, derivados de la implementación del Estatuto de Roma, incidimos, en la Ley irlandesa sobre la Corte Penal

(32) *Proyecto de ley sobre Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional*. Este Proyecto fue remitido, el 9 de octubre de 2002, por el Presidente de la República al Congreso, de modo que la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado se halla, en estos momentos, discutiendo el texto para aprobarlo. El mismo itinerario se halla siguiendo en estos momentos el *Proyecto de Ley sobre Jerarquía Constitucional del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Sobre ambos proyectos, ver: RAIMONDO F.: «Comentario a los Proyectos de Ley Redactados por la Comisión Interministerial Argentina de Implementación del Estatuto de Roma», *Revista del Instituto de Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de La Plata (Argentina), n.º 22, 2002.

(33) *Proyecto de ley sobre delitos contra la humanidad* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(34) *Anteproyecto de Ley de represión nacional de crímenes de guerra* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(35) *Projet de loi portant la mise en oeuvre du statut de la cour pénale internationale tel que modifié par le plaidoyer organisé par le Ministère de la Justice de la République Démocratique du Congo du 21 au 23 Octobre 2002 à Kinshasa et les 24 et 25 Octobre 2002 à Lubumbashi* (<http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>).

(36) «Progress Report by the Former Yugoslav Republic of Macedonia», en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 13).

(37) La Ley n.º 27.837 de 4 de octubre de 2002 ha creado la Comisión Especial Revisora del Código Penal con la atarea de realizar la «adecuación de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). Del mismo modo, mediante el decreto supremo (DS) n.º 005-2003-Ministerio de Justicia (JUS) de 14 de marzo de 2003 del Ministerio de Justicia se creó la Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismo para implementar el Código Procesal Penal.

(38) Propuesta a ser presentada ante la Comisión de lo Jurídico del Senado de Puerto Rico para incluir los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código Penal (AMNISTÍA INTERNACIONAL, Sección de Puerto Rico, Red Internacional de Profesionales del Derecho).

(39) Reforma del Código Penal de 20 de octubre de 2000 (Gaceta Oficial n.º 5494 extraordinaria).

(40) *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. (B.O.E. n.º 283, 26 de noviembre de 2003).

Irlandesa, de 11 de agosto de 2003 (41). El mencionado instrumento fue precedido de una enmienda constitucional aprobada por mayoría en el referéndum que tuvo lugar en junio de 2001. En dicha ley se establecen los parámetros mediante los cuales los tribunales irlandeses habrán de interpretar y aplicar el Estatuto de Roma, en relación con los mismos crímenes recogidos en el mismo, incluyendo los delitos con la Administración de Justicia. Igualmente, se establecen una serie de disposiciones sobre cooperación con la CPI respecto de la investigación, enjuiciamiento e imposición de penas. Esta ley ha sido redactada siguiendo la estela dejada por la ley de Reino Unido y Escocia (lógicamente), así como por Noruega y Nueva Zelanda, que pretenden, en definitiva, asegurar la complementariedad de sus jurisdicciones con la de la Corte, estableciendo las pautas de comportamiento de sus tribunales nacionales, al tiempo que aseguran una relación fluida de cooperación y asistencia con el tribunal internacional. En el caso de la Ley británica se establece –incluso– que los tribunales nacionales tendrán en cuenta no sólo los Elementos de los Crímenes sino también la futura jurisprudencia de la Corte en relación con el enjuiciamiento nacional de los crímenes de la competencia de la instancia internacional.

De entre los Estados que han decidido establecer una ley sobre los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma, hay que resaltar el caso de los Países Bajos, con su Ley de junio de 2003 sobre violaciones de derecho internacional humanitario (42). Dicho instrumento legislativo se hace eco de las principales novedades reconocidas en el Estatuto de Roma, aunque sin recoger los delitos contra la administración de justicia. Así, incluye los crímenes contra la humanidad, categoría hasta ahora inexistente en dicho ordenamiento, criminaliza los crímenes de guerra cometidos tanto en conflictos armados internos como internacionales, recoge los crímenes de índole sexual entre los anteriormente mencionados y contempla la responsabilidad de los superiores civiles, ampliando el ámbito de la responsabilidad penal individual. No obstante, establece la jurisdicción universal limitada a los casos de individuos que se hallen en el territorio de los Países Bajos y no gocen de inmunidad, en la misma línea de argumentación

(41) *The International Criminal Court Bill 2003*, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 10).

(42) *Act of June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, 19 June 2003, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 4).

del TIJ en su Sentencia de la RDC contra Bélgica y de la última ley belga, como veremos a continuación.

Pero, esta Ley tuvo dos precursoras: la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (43) y la Ley belga de 16 de junio de 1993, modificada por la Ley de 10 de febrero de 1999, y derogada por la Ley de 5 de agosto de 2003 (44). La Ley canadiense estipula que las personas que hayan cometido actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra podrían ser juzgadas independientemente del momento y del lugar en que se cometieran dichos actos. Además, esta Ley realiza referencias al Derecho Internacional convencional, consuetudinario e incluso a los principios generales del Derecho en cuanto a la definición de los crímenes, y contempla la aplicación retroactiva del Derecho Penal. Por su parte, la Ley Belga ha experimentado varias reformas hasta llegar a la actualidad, que examinaremos con posterioridad.

Remarcable es asimismo el caso de Alemania, que ha promulgado el *Código de Derecho Penal Internacional*, a través de la Ley de 26 de junio de 2002 (45) en atención a la gravedad específica de los crímenes internacionales. En dicho texto se percibe claramente la influencia de los preceptos del Código Penal español que tipifican los crímenes de guerra (46). Así, el Código germano dedica su primera Parte a una serie de Disposiciones Generales entre las que se encuentran la imprescriptibilidad de los crímenes, la obediencia jerárquica y la responsabilidad de los superiores, y en la segunda recoge crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y otras infracciones, incluidos los delitos contra la Administración de Justicia (47). Este texto es uno de los más perfectos desde el punto de vista técnico, ya que contempla un

(43) *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, 29 juin 2000 (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(44) *Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire*, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 11).

(45) Sobre los trabajos preparatorios de dicho Código, ver: <http://www.bmj.bund.de/ggv/voelkstr.pdf>

(46) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del código penal español por ley orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie»», *Revista Española de Derecho Militar*, 82, n.º 82, julio-diciembre 2003, p.206.

(47) *Act to Introduce the Code of Crimes against International Law of 26 June 2002* (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

amplio espectro de responsabilidad penal individual, al incriminar el incumplimiento del deber de vigilancia en relación con la responsabilidad de los superiores y la omisión del deber de denunciar las infracciones penales, e igualmente recoge normas procesales penales para permitir el adecuado enjuiciamiento y la cooperación con la jurisdicción internacional.

En cuanto a los textos que aún se encuentran en fase de proyecto, destaca el proyecto venezolano de reforma de su Código Penal y de su Código Orgánico de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal, de marzo de 2002. En dicho proyecto se pone de manifiesto la necesidad de agregar el término de «crímenes», junto a los de «delitos» y «faltas», a la luz de la gravedad de los nuevos actos a incluir en consonancia con el Estatuto de Roma. De igual modo, se establecen la pena más severa, la pena privativa de libertad entre veinte y treinta años de prisión a los responsables de crímenes de genocidio y de lesa humanidad, aplicando los principios penales previstos no sólo en la Constitución y en el Código Penal o Código Orgánico de Justicia Militar según el caso, sino también en el mismo Estatuto de Roma. Las normas del instrumento jurídico-internacional también serán aplicables a la investigación y al procedimiento penal.

En todo caso, del análisis de esta práctica deducimos que los Estados han cumplido con su obligación de incorporar en sus ordenamientos internos los delitos contra la Administración de Justicia, con independencia del método adoptado por los mismos para implementar con carácter general el Estatuto de Roma. También resulta obvio que aún no existiendo una obligación de adecuar y asegurar la disponibilidad de los ordenamientos internos en relación con el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, los Estados han llevado a cabo dicha tarea considerando que es importante a efectos de que la Corte determine la admisibilidad o no de un asunto (48). Y actualmente podemos afirmar que los Estados han dado cumplimiento a la armonización de sus legislaciones con el Estatuto de Roma por estimarla conveniente para que el juego de la complementariedad funcione correctamente (49).

2.2. LA REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, NECESARIA PERO INCOMPLETA

En el caso de España, y a pesar de poseer un Código Penal y un código Penal Militar relativamente recientes, puesto que ambos habían sido

(48) BROOMHALL, B.: «The International Criminal Court:...», *loc.cit.*, p.155.

(49) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución...», *loc.cit.*, pp. 186-187.

promulgados en 1995 (50) y 1985 respectivamente, la adecuación de nuestro sistema jurídico al Estatuto de Roma, imponía una revisión general del Derecho español. En esta línea, el 26 de julio de 2002, fue presentada en el Congreso de los Diputados la *Proposición de Ley sobre adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional* (51). Del mismo modo, y como propuesta de lege ferenda, en diciembre de 2001, el *Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española* (CEDIH) realizó una «Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflictos armados» (52), que fue dirigida al Gobierno en enero del 2002 por la Presidencia de la Cruz Roja española. Tanto la Proposición de Ley (53) como la Propuesta del CEDIH dejaron huella y posibilitaron el nacimiento de la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

En esta misma línea, hemos de destacar especialmente la acción del CEDIH, que en su momento determinó la configuración y contenido de

(50) Sobre la reforma del Código Penal español del año 1995, ver: [PÉREZ GONZÁLEZ, M. y ABAD CASTELOS, M.: «On offences against the International Community according to the Spanish Penal Code», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. IV, Kluwer Law International, 1995-1996, pp. 3-51; ABAD CASTELOS, M.: «Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal español», *Anuario de la Facultad de Derecho* 1999, vol. III, A Coruña, 1999, pp. 433-467] PIGNATELLI Y MECA, F.: *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp.758.

(51) La *Proposición de Ley sobre adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional* (Orgánica) (122/000240), fue presentada el 26-7-2002 a la Mesa del Congreso de los Diputados por el Grupo Socialista del Congreso. Fue calificada el 3-9-2002, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º B-272-1, 6-9-2002. Esta proposición no contó con el apoyo suficiente, y tras ser debatida en la sesión de 7 de mayo del 2003 del Congreso fue rechazada (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, n.º B-272-2, 7-5-2003).

(52) CEDIH: «Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 78, julio-diciembre 2001, pp.108-128.

(53) Conviene recordar que en dicha Proposición se instaba a la reforma del ordenamiento español, en aras a su adaptación al Estatuto de Roma. Así, se planteaba la incorporación al Código Penal español de la categoría del crimen contra la humanidad en la misma línea de la definición del Estatuto de Roma, y la adecuación a la definición de crímenes de guerra del mismo, de las disposiciones de los artículos 608 a 614 del Código Penal y las correspondientes del Código Penal Militar. Igualmente, se preveía la inclusión de una declaración expresa de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. También se proyectaba que se hubiera de recoger en nuestro ordenamiento la declaración expresa de manifiesta ilicitud de los órdenes de cometer estos crímenes. Y se planteaba la regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, hubieran organizado, controlado o no impedido la ejecución de estos delitos, yendo más allá de lo previsto en el art.28 del Estatuto de Roma.

los *Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado* de nuestro Código Penal aprobado por L.O. 10/1995, y que en el caso de la L.O.15/2003 ha tenido una influencia decisiva. De hecho, en el *proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal* (54), que precedió a nuestra L.O. actual, no se hacía referencia a los crímenes de guerra. Dicha referencia apareció gracias a una enmienda presentada por el Grupo Popular ante las Cortes (55), que se basaba en la propuesta del CEDIH mencionada.

Con estos precedentes, vamos a realizar a continuación un análisis detallado del modo en que el Estatuto de Roma ha ejercido su influjo en la última reforma del Código Penal español, en lo referente a su Título XXIV, titulado «Delitos contra la comunidad internacional». No obstante, conviene recordar, tal y como hacía la Propuesta del CEDIH, que la reforma experimentada parte de la necesidad de adecuación de nuestro Estatuto no sólo al Estatuto de Roma sino también al resto de instrumentos internacionales relativos al Derecho internacional Humanitario (56).

En primer lugar, ha de destacarse que el Capítulo II bis, dedicado a los delitos de lesa humanidad es completamente novedoso, puesto que el artículo 607 bis, inspirándose en la Proposición de Ley mencionada, recoge una nueva categoría para la legislación penal española. En esta disposición se recogen los mismos tipos que en el art. 7 del Estatuto de Roma se engloban en la categoría de crímenes contra la humanidad. Así, se tipifican una serie de actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, aunque se va más allá al recoger también los actos cometidos contra *parte* de la población civil. No obstante, no se recoge el requisito del *conocimiento* de tal ataque, a diferencia del Estatuto.

Con carácter general, en el párrafo 1.º del nuevo artículo se tipifican los actos cometidos por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo

(54) *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (121/000145).

(55) Senado, D.S. de Pleno n.º 157 (S/621/000145) (CD 121/000145).

(56) Así, el *Derecho de la Haya* (las Convenciones de 1899 y 1907), la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción* de 10 de abril de 1972, la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción* de 1993, la *Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado* de 9 de diciembre de 1994, la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción* de 18 de septiembre de 1997, el *Segundo Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 sobre protección reforzada de los bienes culturales* de 26 de marzo de 1999, y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 relativo a la participación de los niños en los conflictos armados* de 25 de mayo de 2000.

sometido a persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género «u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional», redacción que es similar a la del art.7.1 h) del Estatuto de Roma, que estipula el crimen de persecución. Y, asimismo, en nuestro Código se tipifican los actos cometidos «en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen», lo que coincide con la definición del crimen de *apartheid*, del art.7.1. j) del Estatuto. A pesar de que es obvia la influencia del Estatuto de Roma y su art.7 en este art.607 bis de nuestra ley, llama la atención el hecho de que dos tipos específicos recogidos en el Estatuto de Roma, tales como son el *apartheid* y la persecución, son considerados en nuestro Código Penal reformado como el marco en el cual los actos cometidos con carácter generalizado o sistemático y en tanto que ataques contra la población civil van a ser considerados como crímenes contra la humanidad.

Con esta primera referencia a un marco general que dotaría de carácter delictivo a los actos cometidos en el seno del mismo, se sientan las bases para un posterior desarrollo, en el párrafo 2.º de este art.607 bis, de cada uno de los crímenes reputados como crímenes contra la humanidad y su correlación con una pena ajustada a su gravedad. Se intenta conseguir así una adecuación entre los crímenes y las penas (57), que permita, a su vez, la puesta en práctica sin problemas de la complementariedad de la jurisdicción de la Corte con las jurisdicciones nacionales. Estos tipos recogidos en el 2.º apartado del art.607 bis reproducen el catálogo de crímenes

(57) Así, es castigado con la pena de prisión mayor, de 15 a 20 años, los actos que causaran muerte de alguna persona; con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación; de 4 a 6 años si consistiera en cualquier otra agresión sexual; con la pena de 12 a 15 años si se producen lesiones; con la pena de 8 a 12 años si se somete a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando se le cause la pérdida de algún órgano o su inutilidad; y con la pena de 4 a 8 años en el caso de lesiones de otro tipo que requieran intervención facultativa, médica o quirúrgica; con la pena de 8 a 12 años la deportación o traslado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho Internacional; con la pena de 6 a 8 años el embarazo forzado con la intención de alterar la composición étnica de la población; con la pena de 12 a 15 años la desaparición forzada; con la de 8 a 12 años el encarcelamiento ilegal, aunque si ésta durase menos de 15 días se impondría la pena inferior en grado; con la pena de 4 a 8 años si se comete tortura grave, y con la de 2 a 6 años si ésta fuera menos grave; con la pena de 4 a 8 años los abusos sexuales, y con la pena de 6 a 8 años la prostitución forzada; con la pena de 6 a 8 años la explotación sexual; y en el caso de estos delitos de índole sexual, se impondrán las penas superiores en grado cuando se cometan sobre menores de edad o incapaces; y, finalmente, se castigará con la pena de prisión de 4 a 8 años el delito de esclavitud.

contra la humanidad del Estatuto de Roma (58): asesinato, exterminio, violación, prostitución forzada, embarazo forzado, deportación o traslado forzoso, desaparición forzada, encarcelación u otra privación grave de libertad física ilegal, tortura, explotación sexual y esclavitud. Y, además, la definición de los mismos coincide básicamente con la esbozada por el Estatuto de Roma (59) y por los Elementos de los Crímenes (60). No obstante, se echan de menos una disposición que, con carácter general, actúe como «cajón de sastre» respecto de los actos que no han podido ser encajados en ninguno de los tipos recogidos.

En lo que respecta a los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado, el art. 8 del Estatuto de Roma, referido a los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales e internos, ha tenido una influencia decisiva en nuestra ley nacional. Pero recordemos que la reforma del Código Penal también es consecuencia de las obligaciones asumidas por España al ratificar otros instrumentos internacionales.

Así, entre las personas protegidas en caso de conflicto armado, en el nuevo art.608 de nuestro Código se recoge al «personal de Naciones Unidas y personal asociado» protegido por la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado* de 9 de diciembre de 1994 (61). Esta inclusión responde a los intentos de España de dar coherencia a sus acciones en el ámbito internacional. De hecho, en la Conferencia de Roma fue la delegación de España la que propuso la tipificación de los ataques cometidos contra dicho personal como crímenes de guerra del Estatuto de la CPI (62). Con todo, la referencia general que

(58) Respectivamente, artículo 7.1 apartados a), b), g), d), i), e), f), c) del Estatuto de Roma.

(59) Artículo 7.2 del Estatuto de Roma.

(60) Así, la definición de: exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso, tortura, prostitución forzada, embarazo forzado y desaparición forzada (PCNICC/2000/1/Add.2).

(61) Convención ratificada por España el 13 de enero de 1994 (B.O.E. de 25 de mayo de 1999). En el artículo 9 se enumeran una serie de actos considerados como infracciones de la Convención. Se trata, en particular, del homicidio o el secuestro de personal. El artículo prohíbe no sólo la comisión de esos delitos, sino también la tentativa de cometerlos, así como la participación en ellos como cómplice. Asimismo, el artículo estipula que esos delitos deben ser considerados como tales por cada Estado Parte con arreglo a su legislación nacional, es decir los Estados Partes asumen la obligación de tipificar y castigar con penas adecuadas en su legislación nacional las conductas cometidas contra dicho personal. Para un análisis del articulado de esta Convención, ver: BOUVIER, A.: «Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado: Presentación y análisis», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 132, noviembre-diciembre de 1995, pp.695-727.

(62) N.U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.1.

nuestro Código Penal hace a dicho personal permite abarcar no sólo los ataques contra el mismo tal y como están recogidos en el Estatuto de Roma, sino también otras violaciones graves del Derecho internacional Humanitario cometidas respecto de éste, lo que supone un avance lógico.

Por otro lado, en el art.610 reformado de nuestro Código Penal también encontramos rastros del Estatuto de Roma (63), y así, se tipifica la conducta que consiste en «ordenar no dar cuartel», tanto para los conflictos armados internacionales como para los conflictos armados internos (64). Hubiese sido lógico incluir en este apartado la referencia a las armas bacteriológicas (65), químicas (66) y minas antipersonales (67). De este

(63) Sin embargo, no hemos de olvidar que esta conducta ya se hallaba recogida en otros instrumentos internacionales ratificados por España, como *los Convenios de la Haya de 29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907 y sus Reglamentos Anexos sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre*.

(64) El art. 8.2 b) xii) del Estatuto de Roma tipifica la conducta de ordenar no dar cuartel en conflictos armados internacionales, y el art.8.2 e) x) en conflictos armados internos.

(65) Así, la *Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y sobre su destrucción*, ha sido ratificada por España el 1 de junio de 1979. Sobre la conveniencia de su incorporación al Código Penal español, ver: CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, pp.99-101; OTERO SOLANA, V: «Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el Derecho Internacional Humanitario», *Revista Española de Derecho Militar*, Vol.81, enero-junio 2003, pp.97-99.

(66) Por su parte, la *Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción*, fue ratificada por España el 3 de agosto de 1994. Dicha Convención, en su artículo VII obliga a los Estados Partes a la promulgación de leyes penales en relación con las actividades prohibidas en la misma. Así, la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas; y el Real Decreto 663/1997 por el que se regula la composición y funciones de la Autoridad Nacional para la prohibición de las Armas Químicas.

(67) Además, habremos de tener en cuenta que la *Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción*, ha sido también ratificada por España el 7 de febrero de 1999. Conforme a su art.9, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legales, inclusive la imposición de castigos penales para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en el articulado de la Convención. La *ley española relativa a la prohibición absoluta de las minas antipersonal y de las armas que tienen un efecto similar* entró en vigor el 7 de octubre de 1998 (Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar, *Boletín Oficial del Estado*, n° 239, de 6 de octubre de 1998). Esta ley incorpora en el derecho interno español las obligaciones fundamentales contenidas en el *Tratado de Ottawa* que prohíbe las minas antipersonal. El empleo, el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la conservación, la transferencia y la exportación de minas antipersonal y de los medios tecnológicos destinados a su lanzamiento o a su dispersión, están prohibidos. Con excepción de una cantidad mínima estrictamente limitada, necesaria para la formación o para el desminado, las existencias deben destruirse en un plazo de tres años. La ley exige también al Gobierno español que brinde un apoyo -económico en particular- a los programas de remoción de minas y de asistencia a las víctimas.

modo, aunque el art.160 de nuestro Código Penal, ha incluido en la reforma no sólo la «ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana» (ya contemplada anteriormente) sino también «la fecundación de óvulos con fines ilícitos y la clonación», esta medida no parece suficiente. Del mismo modo, la modificación, en el año 2000, de los artículos 566 y 567 en relación con la *Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos* para incluir las armas químicas (68) ha sido mantenida por la reciente reforma, al añadir las armas biológicas manteniendo la misma sistemática. En este sentido, hubiese sido conveniente su consideración de un modo unificado en este Título XXIV dedicado a los delitos contra la comunidad internacional (69). Conviene recordar, no obstante, que el Estatuto de Roma tampoco incluyó dichas armas en su articulado, fundamentalmente por la oposición de los Estados detentadores de las mismas (70).

(68) La reforma del Código Penal en esta materia se ha realizado a través de la *Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas*, en concreto de los artículos 566 y 567 dedicados a la «Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos». Conforme a dicha reforma, el entonces artículo 566 del Código Penal, pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se incorpora un nuevo apartado 2 con la siguiente redacción: «Las penas contempladas en el punto 1 del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o inicien preparativos militares para su empleo». Asimismo, se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 567 del Código Penal, que pasó a ser la siguiente: «Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas. El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta». Además, se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 567 del Código Penal, con la siguiente redacción: «Se entiende por desarrollo de armas químicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o la modificación de una preexistente».

(69) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español ...», *loc.cit.*, pp.210-212.

(70) En el marco de la Conferencia de Roma, el 10 de julio de 1998, la Secretaría sugirió un umbral para las armas prohibidas por el Estatuto (armas cuyos efectos fueran inherentemente discriminatorios), acompañado de una corta lista de armas, y una disposición que permitía un ulterior desarrollo (Bureau Proposal on Part 2, N.U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.59, p.6). Esta propuesta no gozó de aceptación general, la exclusión de armas nucleares contemplando, en cambio, las armas de destrucción masiva parecía inaceptable, pero su inclusión también. Así que, finalmente, se logró una solución de compromiso: excluir todas las armas de destrucción masiva, de manera que el Estatuto sólo recogiera aquellas más ampliamente establecidas por el Derecho Internacional clásico (GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Valoración crítica de las críticas y temores...», *op.cit.*, p.581). Tampoco se prohibieron en el Estatuto de Roma otras armas, ciertamente proscritas

En cambio, en el nuevo art.611. 4 del Código Penal, al tipificar el traslado forzoso y la toma de rehenes, se incluye el comportamiento de «confinar ilegalmente» como alternativa a la detención ilegal, de tal manera que se proporciona mayor cobertura a la protección de las víctimas, y se equipara dicha protección a la dispuesta en el Estatuto de Roma (71). E igualmente se incrimina la utilización de personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la Parte adversa, con una redacción similar a la que figura en el Estatuto (72), y en otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (73) ratificados por España. La incorporación de esta última disposición a nuestro Código Penal intenta incriminar la práctica más reciente de utilizar a civiles y personal al servicio de operaciones de mantenimiento de la paz como «escudos humanos». Asimismo, en el art. 611.5 se ha añadido la expresión «directa o indirectamente» para señalar la irrelevancia del *modus operandi*

por el Derecho Internacional: las armas fragmentarias no detectables, proscritas por el Protocolo sobre fragmentos no detectables adoptado en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (*Protocolo I de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o tener efectos sin distinción*); las minas de tierra, prohibidas por el *Protocolo sobre prohibiciones al uso de minas, trampas explosivas y otros recursos*, adoptado en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (*Protocolo II a la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones al uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción*), y por la *Convención sobre la Prohibición del uso, producción, transferencia y acumulación de minas e tierra antipersonales y sobre su destrucción*, adoptada en Oslo el 18 de septiembre de 1997; las armas incendiarias, no permitidas en el *Protocolo sobre prohibiciones o restricciones en el uso de armas incendiarias*, adoptado en Ginebra el 10 de octubre de 1980 (*Protocolo II de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción*); y las armas láser cegadoras, prohibidas según el *Protocolo sobre armas láser encefalodadoras*, *Protocolo IV Adicional resultante de la Conferencia Revisora de Viena de los Estados Partes a la convención sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos sin distinción*. Ver: BENVENUTI, P.: «Weapons, Uncontrolled Availability of Weapons and War Crimes», *La Comunità Internazionale*, Vol.LV, N.º 11, 2000, pp.3-17; LEVIE, H.: «An Optimist Looks at the Law of War in the Twenty-First Century», en SCHMITT, M.N. & GREEN, L.C. (eds.): *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, International Law Studies, Vol.71, Naval War College, Newport, Rhode Island, 1998, pp.318- 321.

(71) El art. 8.2 a) vii) incrimina la deportación o traslado ilegal o el confinamiento ilegal, y el art.8.2 a) viii) incrimina la toma de rehenes.

(72) El art. 8.2 b) xxiii) incrimina el «[u]tilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares».

(73) Así, el art. 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y el art. 51.7 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977.

di respecto del traslado y asentamiento en territorio ocupado de población de la parte ocupante para su residencia permanente en el lugar, al igual que en el Estatuto de Roma (74).

Una crítica cabe realizar al art.611 en su nueva redacción, ya que, con el ánimo de realizar dicha conciliación con el Estatuto de Roma, se incurrió en un error de escasa relevancia puesto que no da lugar a una disminución de la protección. Así, los apartados 4.º y 5.º de este artículo 611 responden al proceso de ajuste mencionado, tal y como hemos examinado. No obstante, incorrectamente se seguían manteniendo los apartados que anteriormente ocupaban este lugar, que pasa a ser los apartados 6.º y 7.º. De esta manera, se producía una duplicación y el apartado 6.º coincidía con el 4.º, y el apartado 7.º coincidía con el 5.º, aunque el 4.º y el 5.º contenían las novedades antes indicadas. Este error fue subsanado.

Una consideración crítica más importante respecto de este artículo se refiere a la omisión del delito de «declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la Parte adversa», delito que, en cambio, sí ha sido contemplado por el Estatuto de Roma (75) y por otros instrumentos internacionales relativos al Derecho internacional Humanitario (76). En esta línea, no hemos de desdeñar el hecho de que, a juicio de una gran parte de la doctrina, la tutela judicial efectiva forma parte del núcleo de derechos humanos inderogable, que coincide además con el art.3 común a los Convenios de Ginebra (77).

En lo que respecta al art.612, comprobamos cómo en esta disposición se amplía la protección penal, que no se extiende sólo a «unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas», sino también a «hospitales, instalaciones o material», a similitud de lo dis-

(74) El art. 8.2 b) viii) incrimina como crimen de guerra «El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio».

(75) Artículo 8.2 b) xiv) del Estatuto de Roma.

(76) Art.23 h) de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 y el Reglamento anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

(77) PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional/Bancaja Euromediterranean Courses of International Law*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp.315-393; PÉREZ GONZÁLEZ, M. Y RODRÍGUEZ VILLASANTE, J.L.: «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIV, n.º 2, 2002, pp.11-40.

puesto en el Estatuto de Roma tanto para los conflictos armados internacionales (78) como internos (79). No obstante, la redacción literal del artículo de nuestro Código Penal difiere de la dispuesta en el Estatuto, que menciona «edificios» en lugar de «instalaciones». En este sentido, habremos de valorar positivamente el término de «instalaciones» utilizado en nuestro Código, puesto que abarca no sólo los edificios en sentido estricto, sino también aquellas instalaciones realizadas en campaña para atender necesidades sanitarias en situaciones de urgencia y otras de carácter similar. Por lo tanto, y en esta ocasión, el ámbito de protección otorgado por nuestra ley posee una mayor amplitud.

En cuanto a las personas protegidas por este art.612, hemos de destacar la inclusión del «personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional». Esta expresión deriva claramente del Estatuto de Roma, que, aunque utiliza el término de «emblemas», lo hace en el mismo sentido que el de «signos o señales distintivos», ya que su objetivo no es sino expandir su protección a cualquier persona que esté facultada para el uso de los mismos (80).

No obstante, en el art.612 encontramos omisiones imperdonables. Así, no se incriminan de modo específico, a pesar de su inclusión en la disposición general sobre personas protegidas, los «ataques dirigidos contra el personal, instalaciones y vehículos al servicio de operaciones de mantenimiento de la paz». Y tampoco aparece la protección de categorías específicas de personas, como los niños, respecto de las cuales España ha adquirido ciertas obligaciones derivadas no solo de la ratificación de instrumentos internacionales sino de su postura en la Conferencia Diplomática de Roma (81). En este sentido, Cruz Roja Española había propuesto que

(78) El art.8.2 b) xxiv) del Estatuto contempla como crimen de guerra en el marco de conflictos armados internacionales el hecho de «[d]irigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios [...]».

(79) El art.8.2 e) ii) del Estatuto considera que será un crimen de guerra cometido en el marco de un conflicto armado interno el hecho de «[d]irigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios [...]».

(80) El art.8.2 b) xxiv) incrimina los ataques cometidos en el seno de un conflicto armado internacional «contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional». El art.8.2 e) utiliza la misma expresión para criminalizar el mismo comportamiento, aunque cometido en el seno de un conflicto armado interno. Del mismo modo, la protección del personal autorizado a usar emblemas viene contemplada en el art.8 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977.

(81) Obligaciones adquiridas por la ratificación de ciertos instrumentos internacionales, como es el caso del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, que ha entrado en vigor el 12 de febrero, y que fue ratificado por nuestro país el 8 de marzo de 2002.

se añadiera la frase «y en particular, reclute, o aliste obligatoriamente a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades», pero dicha propuesta no fructificó (82). Al contrario, lejos de ampliar la referencia a categorías específicas de personas, ésta fue reducida puesto que se suprimió la mención a la mujer en el subapartado 2.º del apartado 1.º de dicho artículo, y al contemplar los tratos humillantes o degradantes se elimina la condena en especial a la «prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor» (83).

En última instancia, nos topamos con la omisión de otro crimen que debería haber sido contemplado en esta parte del articulado para su armonización con el Estatuto de Roma (84). Así, el «[h]acer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra» (85). En cambio, este delito sí aparece en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania, y en el Proyecto de Ley Penal Especial de Argentina. No obstante, el hecho de que en el Estatuto de Roma no se recoja este mismo crimen para el caso de los conflictos armados internos nos puede hacer reflexionar en torno a los problemas que posiblemente han llevado al legislador español a la omisión de este delito. Así, la posible tensión que se puede suscitar respecto de la consideración de que un Estado está cometiendo un crimen al impedir la supervivencia de su población y el principio de prohibición de intervención de otro Estado en los asuntos internos del mismo.

Situándonos en el ámbito de la protección de los bienes en caso de conflicto armado, en concreto en el art.613, en su apartado a) se realiza una inclusión de los «bienes culturales bajo protección reforzada», cuyo ataque es incriminado. Así, se responde no sólo a la adecuación al Estatuto de Roma, que recoge dichos ataques como crímenes de guerra, tanto

(82) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.215-216.

(83) Expresión que figuraba en el art.612 del Código Penal antes de su reforma, y que engloba comportamientos que, por otro lado, resultan prescritos conforme al art. 27 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Para una crítica a esta omisión, ver: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.214-215.

(84) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, pp.103-104.

(85) Art.8.2 b) xxv) del Estatuto de Roma.

en conflictos armados internacionales (86) como internos, sino también al Segundo Protocolo del Convenio de la Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. No obstante, dicha incriminación no recoge la «apropiación a gran escala, robo, saqueo, utilización indebida o actos de vandalismo» contra dichos bienes o «la utilización de los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares», lo cual es deseable conforme a las obligaciones convencionales de España (87). E igualmente, no se castiga, tal y como proponía el CEDIH, al que «requisare indebida o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado o capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial con infracción de las normas sobre el derecho de captura o presa», por lo que se ocasiona una laguna jurídica para el personal civil ya que dicho crimen sí se aplica a los militares, conforme al art.74 de nuestro Código Penal Militar (88).

En lo que se refiere al art.614, éste figura como «cajón de sastre» en tanto que disposición de tipo residual para referirse a otras infracciones o actos contrarios a tratados internacionales en los que España es parte, pero siempre que sean referentes a «la conducción de las hostilidades». En este sentido, hubiese sido deseable la inclusión de la referencia a aquellos tratados que se dedican a la «regulación de medios o métodos de combate» (89), con lo que se daba cabida a tratados internacionales, por cierto, tampoco mencionados en el articulado anterior, como la Convención de 1980 sobre armas convencionales de efectos excesivos o indiscriminados y sus Protocolos, la Convención de 1972 sobre armas bacteriológicas, la Convención de 1993 sobre armas químicas, y el Tratado de Ottawa de 1997 sobre minas antipersonales, y que como ya hemos expresado anteriormente, han sido ratificados por España, aunque el Estatuto de Roma no haga referencia a los mismos.

(86) El art. 8.2 b) ix) considera como crimen de guerra, en el contexto de un conflicto armado internacional: «Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares». En el art. 8.2 e) iv) considera estos mismos comportamientos como crímenes de guerra si son cometidos en un conflicto armado interno.

(87) Dicho Protocolo, adoptado el 26 de marzo de 1999, y ratificado por España el 6 de julio de 2001, establece la obligación de los Estados Partes de tipificar y castigar las infracciones contenidas en los artículos 10 al 15 del mismo con las penas adecuadas.

(88) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.218-219.

(89) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, p.106.

Finalmente, el art.614 bis es pleno reflejo del influjo del Estatuto de Roma en nuestro ordenamiento. De este modo, aplica las penas en su mitad superior respecto de los crímenes mencionados con anterioridad siempre y cuando formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala. Así, se toma como referencia un índice de gravedad similar al establecido para los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma. Este punto de partida permite el adecuado funcionamiento de la complementariedad, ya que si en nuestro ordenamiento interno los crímenes más graves son castigados con las penas más graves, la CPI no podrá intervenir. En definitiva, la Corte no podrá conocer de los asuntos relativos a dichos crímenes amparándose en la falta de voluntad o disposición de nuestra jurisdicción interna, que vendría demostrada por la imposición de penas inadecuadas en relación con la gravedad de los crímenes.

En el marco de la imprescriptibilidad de los crímenes mencionados anteriormente, comprobamos cómo, conforme al art.131.4 de nuestro Código Penal tras la reforma, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso, a similitud del genocidio, que ya aparecía anteriormente en dicho artículo. A juicio del CEDIH, hubiera sido deseable excluir de esta cláusula de imprescriptibilidad aquellos crímenes de menor gravedad, incluidos en el tipo residual del art.614 (90). Sin embargo, el Código Penal no distingue entre la gravedad de los crímenes, lo que nos podría conducir a problemas en la aplicación práctica del mencionado precepto sobre imprescriptibilidad. Las mismas consideraciones cabe realizar respecto de la imprescriptibilidad de las penas, en correspondencia con los delitos, que es contemplada en el art. 133.

En lo referente a la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de los crímenes mencionados también se han producido cambios, derivados lógicamente no sólo de la ratificación del Estatuto de Roma, sino también de los cambios experimentados en el resto del articulado incluyendo nuevos tipos penales. En este aspecto, las modificaciones introducidas por la reforma responden plenamente a la *Proposición de Ley* mencionada al inicio de este epígrafe. De esta manera, en el art.615bis se establece la responsabilidad de los jefes militares o superiores, en consonancia con el art.28 del Estatuto de Roma y con las mismas condiciones

(90) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, pp.108-109; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.233-234..

estipuladas en éste (91): habrán de ser actos cometidos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, y el jefe no ha de haber adoptado las medidas a su alcance para evitar la comisión. Se echa de menos el requisito del conocimiento de los hechos de sus subordinados o al menos de que «hubiere debido saber», que sí aparecen en el caso del Estatuto. Igualmente, en el apartado 4.º de este mismo artículo, al referirse al superior distinto al jefe militar, se permite castigar a los civiles que ordenen actos similares. No obstante, se echa en falta una expresión que sí está contemplada en el Estatuto de Roma «El jefe militar o quién actúe efectivamente como tal jefe militar» (92), y que permite determinar la responsabilidad de aquellos que, al mando de grupos organizados diferentes a los gubernamentales, cometan delitos contra las personas y bienes en el marco de conflictos armados.

El art.616bis es introducido con el objeto de castigar no sólo al que ordena, como hemos visto en el artículo anterior, sino también al que recibe las órdenes, lo que se concilia a la perfección con los artículos 27 y 33 del Estatuto de Roma. Excepcionalmente, el que recibe órdenes podrá ser eximido de la responsabilidad penal a la luz de una serie de requisitos establecidos en el Estatuto (93): el individuo en cuestión no sólo debiera estar obligado por ley a obedecer las órdenes, sino que además no debiera saber que la orden era ilícita (a similitud del art.21 de nuestro Código Penal Militar), y la orden no fuera manifiestamente ilícita. En la reforma de nuestro Código Penal hubiese sido conveniente reproducir los requisitos del mencionado artículo del Estatuto de Roma, con la excepción del hecho diferencial expuesto en este texto respecto del último requisito, de modo que las órdenes para cometer el genocidio y los crímenes contra la humanidad se entienden ilícitas, mientras que la ilicitud de los crímenes de guerra puede ser discutida (94).

Finalmente, hay que destacar que, entre las reformas introducidas en nuestro Código Penal, se encuentra la inclusión de una categoría específica de delitos contra la Administración de Justicia de la CPI, en el art.471bis. En éste se contempla como delito el falso testimonio, la pre-

(91) Para un magnífico análisis del art.615bis y todos sus aspectos, ver: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.220-227.

(92) Art.28 a) del Estatuto de Roma.

(93) CEDIH: «Propuesta de modificación...», *loc.cit.*, p.126.

(94) Una crítica respecto de esta distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad la podemos encontrar en: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L.: «La reforma del Código Penal español...», *loc.cit.*, pp.229-230.

sentación de pruebas falsas, la destrucción o alteración de pruebas, la corrupción u obstrucción de la comparecencia o testimonio del mismo, la obstaculización, corrupción o intimidación de un funcionario de la Corte, la adopción de represalias contra un funcionario de la Corte, y la solicitud o aceptación de un soborno en calidad de funcionario de la Corte. Con dicha tipificación, se permite el cumplimiento de las obligaciones de cooperación con la Corte de modo pleno sin poner trabas u obstáculos, ya que la realización de estos comportamientos será considerada delito y penalizada.

En consecuencia, podemos estimar que la armonización realizada en el ordenamiento interno español era absolutamente conveniente (95), aunque se hayan dado ciertas omisiones que nos conducen a dudar sobre su suficiencia. Su suficiencia y adecuación serán puestas a prueba en la práctica, cuando tengamos que comprobar si la complementariedad de la jurisdicción de la Corte con nuestra jurisdicción interna funciona de un modo correcto (96).

3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1. LA OBLIGACIÓN DE PROMULGAR LEYES DE COOPERACIÓN CON LA CPI

La gran importancia atribuida al deber de cooperar de los Estados con la CPI se refleja en el artículo 88 del Estatuto, conforme al cual: «[I]os Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte» (97). El objetivo último de esta disposición es, por tanto,

(95) Realizando una interpretación extensiva, se puede sostener que los Estados han de tener en cuenta que el Estatuto refleja el compromiso de intereses estatales diferentes, y, en consecuencia, no cubre todas las obligaciones que se derivan para los Estados del Derecho Internacional consuetudinario y convencional. Por lo tanto, sería deseable que los Estados, en el camino de la implantación del Estatuto de Roma en su legislación nacional, fueran aún más lejos que lo prescribe estrictamente el Estatuto (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, p.2).

(96) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución...», *loc.cit.*, pp. 186-187.

(97) Esta obligación de adecuar los procedimientos nacionales al Estatuto de Roma dio origen en la Conferencia a interesantes discusiones. Se debía clarificar si el procedimiento ante la Corte se había de adaptar a los «procedimientos judiciales nacionales» o a los «procedimientos conforme al Derecho nacional», ya que del uso de uno u otro término se desprendería la referencia o no al Derecho sustantivo y no sólo al Derecho procesal.

asegurar que se van a utilizar los procedimientos nacionales de un modo adecuado para cumplir con la obligación de responder a las solicitudes de la Corte. Un Estado Parte no podrá utilizar el argumento de la falta de procedimientos en su ordenamiento interno para incumplir una solicitud de cooperación de la Corte. Por lo tanto, los Estados Partes habrán de revisar sus leyes y procedimientos nacionales, introduciendo, a través de normas de adaptación y la puesta en marcha de una práctica administrativa, procedimientos en sus ordenamientos internos con el fin de cumplir con las obligaciones de cooperación. Estos procedimientos habrán de conformarse a las especificaciones contenidas en la Parte IX del Estatuto referida a la cooperación.

En definitiva, el derecho interno de un Estado debe ajustarse para cumplir con el principio de cooperación. Así, no bastará con que los Parlamentos nacionales autoricen la ratificación, sino que será necesario –además– una ley de implementación del Estatuto de la Corte. En muchas

(AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Summary...*, *op.cit.*, p.2). La discusión sobre la terminología finalizó cuando se comenzó a debatir sobre las salvaguardias necesarias para asegurar un compromiso. Las salvaguardias que consolidaron dicho compromiso fueron las siguientes: la introducción de una disposición en el Estatuto conforme a la cual los Estados están obligados a garantizar que sus legislaciones nacionales contemplen procedimientos para asegurar toda forma de cooperación con la Corte: (el art. 88); la introducción de disposiciones que obliguen a los Estados a consultar con la Corte si existen problemas que impiden o previenen al Estado ejecutar la solicitud (art. 97 y 96.3); y la ausencia de referencias específicas al Derecho sustantivo, permitiendo a los Estados la posibilidad de no cumplir con las solicitudes de la Corte tan sólo cuando éstas estén prohibidas en sus ordenamientos internos por principios jurídicos fundamentales de aplicación general. Conforme al art.93.3: «Cuando la ejecución de una determinada medida de asistencia detallada en una solicitud presentada de conformidad con el párrafo 1 estuviera prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general, el Estado requerido celebrará sin demora consultas con la Corte para tratar de resolver la cuestión. En las consultas se debería considerar si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones. Si, después de celebrar consultas, no se pudiera resolver la cuestión, la Corte modificará la solicitud según sea necesario.»

Partiendo de la práctica de los Tribunales *ad hoc*, la disposición del art. 88 del Estatuto fue introducida en la Conferencia de Roma con el fin de asegurar una perfecta adecuación de los ordenamientos internos a dicho instrumento. Este artículo refleja la tensión existente entre los Estados que abogaban por la cooperación vertical, y los que apostaban por la cooperación horizontal. Los Estados a favor de la cooperación horizontal sostenían que el cumplimiento de esta obligación había de estar, en última instancia, sujeto al Derecho nacional. En cambio, los Estados que apoyaban la cooperación vertical argüían que las solicitudes de la CPI podían ser ejecutadas sin dicha sujeción, si concebíamos la Corte como una extensión de la autoridad nacional (KREB, C.; PROST, K.; SCHLUNCH, A. & WILITZKI, P.: «Part 9. International Cooperation and judicial assistance», en en TRIFFTERER, O. (ed): *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 1069).

ocasiones, será necesario enmendar las disposiciones de los códigos de procedimiento penal. En este sentido, el Estatuto mismo proporciona algunas sugerencias útiles a los legisladores nacionales, indicando qué situaciones deben ser reguladas por los ordenamientos internos (98). Y, en todo caso, de acuerdo con los artículos 86 y 88 del Estatuto, no cabe la menor duda de que la prioridad para los Estados es la promulgación de una legislación que cubra los diferentes aspectos de la cooperación con la CPI, inclusive el Fiscal, por parte de las autoridades administrativas y judiciales del Estado (99).

En la práctica, los Estados han procedido a adaptar sus legislaciones internas, muchas veces mediante leyes que contemplan tanto la dimensión sustantiva como procesal, o reformas en sus Códigos Penales y legislaciones procesales, pero fundamentalmente mediante leyes de cooperación específicas. De este modo, los Países Bajos (100) han apuntado a la diferente naturaleza de los dos aspectos de la implementación, el sustantivo y el procesal, lo que hacía necesario un tratamiento diferente y en instrumentos distintos. En esta línea, hay que destacar el caso de Estados como Sudáfrica (101), Austria (102), Eslovenia (103), Finlandia (104) o Australia (105) que ha promulgado una de las leyes más perfectas dedicada de modo específico a la cooperación con la Corte.

(98) Así, por ejemplo, con respecto del tránsito del presunto responsable a la Corte a través del territorio de un Estado diferente al de entrega, la disposición que coloca al Estado requerido en la situación de cumplir con reglas procedimentales adicionales respecto a las peticiones de asistencia de la Corte a un Estado.

(99) YÁÑEZ BARNUEVO, J.A. & ROLDÁN, A.: «Spain and the Rome Statute...», *op.cit.*, pp. 204-205.

(100) *Kingdom Act of 20 June 2002 to implement the Statute of the International Criminal Court in relation to co-operation with and the provision of assistance to the International Criminal Court and the enforcement of its decisions* (International Criminal Court Implementation Act), en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 3).

(101) *International Criminal Court Bill* (Minister for Justice and Constitutional Development [B42-2001]). Ver: <http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>

(102) *The Law on Cooperation with the International Criminal Court* (*Austrian Federal Law Gazette 135/2002*). Sobre el proceso de adopción de esta ley, ver: <http://www.parlinkom.gv.at>

(103) *Predlog Zakona o Sodelovanju med Republiko Slovenijo in Mednarodnim Kazenskim Sodništvom* (Eva 2002-2011-000f).

(104) *Act N.º 1284/2000* (*The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 13E).

(105) *International Criminal Court Act 2002, n.º 41, 2002* (<http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools>).

Sin embargo, otros Estados como Bulgaria (106) o la República Checa (107) han apostado por la enmienda de su Código Procesal Penal para regular el mecanismo de cooperación con la CPI. Lituania (108), por su parte, ha decidido adoptar un nuevo Código Procesal Penal. E incluso, algún Estado como la República Democrática del Congo (109) ha promulgado una ley que consiguiera la adaptación de las normas correspondientes del Código Penal y del Código Procesal Penal, al tiempo que organizaba de modo autónomo la cooperación judicial con la Corte.

A pesar de la diversidad de las legislaciones adoptadas por los Estados, se dan una serie de rasgos básicos comunes a la mayor parte de las mismas, desarrolladas fundamentalmente en el marco de Europa. Siguen el esquema de tratar, en primer lugar, la entrega, para posteriormente dedicarse a la asistencia judicial y otras formas de cooperación, finalizando con la ejecución de las penas. Además, suelen establecer un sistema centralizado en el Ministerio de Justicia, en el Fiscal General del Estado o en los tribunales internos correspondientes, quienes tienen la potestad de decidir en relación con la cooperación activa y pasiva, tal y como ocurre en la ley neerlandesa o en la francesa; sin embargo, en Estados Federales, como el suizo (110), se dejan todas las decisiones en manos de una Autoridad Central administrada por la Oficina Federal de Justicia, disposición lógica a la luz de la complejidad del sistema suizo.

Por su parte, en la ley noruega de cooperación (111) no se excluye la aplicación de sus normas internas, sino que decide su aplicación por ana-

(106) *State Gazette*, 50 from 30th May 2003. Dicha enmienda fue adoptada por el Parlamento el 14 de mayo de 2003 y entró en vigor el 3 de junio de 2003.

(107) El Código Procesal Penal de la República Checa de 1961 fue enmendado en 2001. Sobre los progresos de la República Checa en este aspecto, ver: *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 05).

(108) Lituania adoptó su nuevo Código Procesal Penal el 14 de marzo de 2002. Ver: *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 1).

(109) *Projet de Loi Portant Mise en Oeuvre du Statut de la Cour Penale Internationale*, tel que modifié par le Plaidoyer organisé par le Ministère de la Justice de la République Démocratique du Congo du 21 au 23 Octobre 2002 à Kinshasa et les 24 et 25 Octobre 2002 à Lubumbashi.

(110) *Federal Law on Cooperation with the International Criminal Court (CICCL) of 22 June 2001*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 32).

(111) *Act n.º 65 of 15 June 2001 relating to the implementation of the Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998 (the Rome Statute) in Norwegian Law*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 43).

logía y en la medida de lo posible. Pero quizás sea la ley británica (112) la más representativa de una tendencia generalizada en las normas de cooperación, puesto que intenta una simplificación y agilización de los procedimientos de entrega, evitando así la complejidad de la extradición. En este sentido, llama poderosamente la atención el punto de partida de la ley británica que confiere clara preponderancia a la CPI en tanto que órgano destinado a resolver las dificultades jurídicas, de modo que ni siquiera la *High Court* está legitimada para enmendar o revocar las órdenes de la instancia internacional. Yendo más allá, la ley canadiense elimina todas las causas que pueden impedir la entrega, como la excepción del delito político (113). En cambio, la simplificación respecto de la entrega no opera respecto de otras formas de cooperación, y, así, la legislación escocesa (114) regula meticulosamente la asistencia judicial a la CPI en relación con la metodología para la práctica de las pruebas con todas las garantías.

En cuanto al tratamiento de las personas afectadas por la cooperación, hay que señalar que los detenidos, en virtud de una orden de arresto emitida por la CPI tienen una serie de derechos, de acuerdo con las garantías consignadas por los instrumentos internacionales relevantes para el proceso debido, tal y como demuestra la ley francesa de cooperación (115). Respecto de los presos, hay que precisar que en la mayor parte de las leyes de cooperación se somete a los condenados al mismo tratamiento que poseen los presos condenados por sus instancias nacionales. El panorama global es, pues, bastante alentador. Contamos con toda una serie de instrumentos cuya puesta en práctica va a redundar en una mayor eficacia de la Corte Penal Internacional.

En el caso español, si bien contamos con una legislación general sobre cooperación internacional en asuntos penales, junto con el efecto de recepción automática de los Tratados internacionales en nuestro ordenamiento, la lógica abogaba por la adopción de una ley orgánica que organizara la cooperación y asistencia judicial con la CPI, partiendo de las leyes orgáni-

(112) *The International Criminal Court Act 2001*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 31).

(113) *The Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 11).

(114) *International Criminal Court (Scotland) Bill*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 31).

(115) *Loi N.º 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale* (NOR: JUSX0205311L).

cas ya existentes respecto de los Tribunales *ad hoc* de la ex-Yugoslavia y Ruanda, aunque con las reformas necesarias (116). Sobre todo teniendo en cuenta que la necesidad de cooperación, interrelación y coordinación que se ha puesto de manifiesto en el caso de los Tribunales *ad hoc*, se agrava en el caso de la Corte por el régimen de permanencia que supone y por el tipo de obligaciones que el Estatuto de Roma impone a los Estados (117).

3.2.-Un análisis crítico de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional

En el caso de España, el Grupo de trabajo para la elaboración del Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional (118) se ocupó, en un primer momento, tanto de los aspectos orgánicos como de los procesales de dicha cooperación, planteándose la cuestión de si dicha ley había de ser un texto mínimo como las leyes para la cooperación con los tribunales de la ex-Yugoslavia y Ruanda (119), o un texto

(116) Estas leyes orgánicas para la cooperación con el Tribunal de la ex-Yugoslavia y de Ruanda de 1994 y 1998 respectivamente regulaban aspectos como: las autoridades competentes, la jurisdicción concurrente, el *ne bis in idem*, la detención y transferencia de sospechosos, las facilidades para los testigos y expertos, y la ejecución de las penas (Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio para la cooperación con el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (B.O.E. núm. 131, de 1 de junio de 1994), y Ley Orgánica 4/1998, de 1 De Julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional Para Ruanda (B.O.E. núm.157, de 2 de julio de 1998)).

(117) KARAYAN, M.: «La cooperación con una corte penal internacional permanente», en AMBOS, K. (coord.): *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 343-371.

(118) El *Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, tras obtener el consiguiente informe del Consejo General del Poder Judicial (*Informe del Consejo General del Poder Judicial*, 9-1-2003), fue remitido por el Gobierno a las Cortes Generales. Posteriormente, fue sometido a un dictamen por parte del Consejo de Estado que fue emitido el 12-6-2003 (n.º expediente 639/2003) y a un primer debate en el Congreso de los Diputados en su sesión de 13 de junio de 2003 (*Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional* n.º 121/00015, Boletín Oficial de las Cortes Generales, n.º 156-1, Serie A, Congreso de los Diputados, VII Legislatura.). El *Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, tras el examen de la Comisión de Justicia e Interior, fue aprobado por el Senado (*Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional* n.º 621/000159, Boletín Oficial de las Cortes Generales, n.º 159 (a), Serie II, Senado, VII Legislatura, 10 de octubre de 2003). El texto definitivo fue sancionado por su Majestad el Rey el 10 de diciembre de 2003.

(119) En el caso de España, las leyes orgánicas para la cooperación con el Tribunal de la ex-Yugoslavia y de Ruanda de 1994 y 1998 respectivamente regulaban aspectos como: las autoridades competentes, la jurisdicción concurrente, el *ne bis in idem*, la detención y transferencia de sospechosos, las facilidades para los testigos y expertos, y la ejecución de las penas (Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio para la cooperación con el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (B.O.E. núm., de 1 de junio de 1994), y Ley Orgánica 4/1998, de 1 De Julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional Para Ruanda (B.O.E. núm.157, de 2 de julio de 1998)).

amplio, como era el caso del proyecto suizo de 2000. Finalmente, se optó por la primera opción en la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (120).

La ley española parte del principio de la cooperación plena de nuestro país con la Corte, estableciendo cuáles son las autoridades competentes para su aplicación en nuestro ordenamiento, y cuáles son los órganos encargados de la representación y defensa procesal y de la relación y consulta con la Corte. Obviamente, el Gobierno juega un papel fundamental en la aplicación de dicha Ley, junto con el Ministerio de Justicia, autoridad administrativa central (121) encargada de la relación entre la Corte, por un lado, y los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal, por otro, aunque contando en todo caso con el Ministerio de Asuntos Exteriores (122), que tiene competencia plena en materias decisivas y referidas a la política exterior del Estado; y con los Ministerios de Defensa y del interior, que poseen competencia residual, cuando el acto en concreto afecte a sus competencias (123).

En este sentido, hemos de señalar que, precisamente, el tema de determinar el órgano competente conforme al ordenamiento interno español para iniciar una acción penal ante la Corte fue una de las primeras cuestiones problemáticas planteadas en relación con esta Ley Orgánica, y originó serios debates con anterioridad en el seno del Consejo General del Poder Judicial (124), y del Consejo de Estado. De este modo, en el párrafo 5.º de la exposición de motivos de la Ley se califica la activación de la jurisdic-

(120) Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE núm.296, 11 de diciembre de 2003).

(121) Calificación otorgada por el Consejo de Estado en su Informe (*Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 24-4-2003 (Expediente n.º 639/2003)), aunque estimó que esta opción administrativa había de matizarse en los caso de comunicaciones judiciales directas.

(122) A similitud del artículo 3 de las Leyes Orgánicas de cooperación con los Tribunales *ad hoc*, las Leyes 15/1994 y 4/1998. La amplitud de la competencia del Ministro de Asuntos Exteriores fue debatida en el seno del Consejo de Estado, puesto que se apuntó a la posibilidad de vaciar de contenido la actuación del Ministerio de Justicia si no se interpretaba de modo restrictivo la competencia del primero

(123) Art.4 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE núm.296, 11 de diciembre de 2003). En dicho artículo se omite como órgano competente al Consejo General del Poder Judicial, a pesar de la opinión favorable a su inclusión por parte de este mismo órgano en su informe preceptivo (*Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 9-1-2003, p.12).

(124) Asimismo, en el informe del Consejo General del Poder Judicial, en referencia al art.7 del Proyecto de Ley, similar al del texto definitivo, y que regula la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte, se establece que ésta es una cuestión de política exterior del Estado, correspondiendo por tanto al ámbito de los actos políticos, que son competencia del Gobierno.

ción de la CPI «como una competencia exclusiva del Gobierno en razón de diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior» (125).

Las mismas consideraciones cabe realizar respecto del art.9 que regula la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, residenciando en el Gobierno con carácter exclusivo dicha potestad de impugnación. Dicho carácter exclusivo ha sido objeto de críticas, aunque resulta obvio que la pluralidad de órganos decisorios no generaría sino contradicciones y disputas (126). Además, el que esta decisión pertenezca al ámbito de la política exterior que corresponde al Gobierno viene avalado por la jurisprudencia española (127).

En cambio, la cooperación tanto activa como pasiva (128) de España respecto de la Corte se residencia en sus órganos de carácter judicial. De este modo, la cooperación pasiva concerniente a la entrega a la Corte será competencia de la Audiencia Nacional (129), en concreto del Juez Central de Instrucción de la misma, pudiendo interponerse recurso de apelación ante su Sala de lo Penal (130). Mientras tanto, los restantes órganos judiciales serán competentes para la cooperación activa o para ciertos aspectos de la pasiva (131). En consecuencia, tal y como reza la Exposición de

(125) Así, en el voto particular que, al Informe sobre el Anteproyecto de Ley emitido por el Consejo General del Poder Judicial, formuló María Ángeles García, ésta tachaba de inoportuna la «enésima formulación de la razón de estado» que supone el párrafo reproducido tanto en el Proyecto de Ley examinado por la misma como en el texto definitivo de la Ley. No obstante, también recordaba que el Estatuto permite, además, la activación de la jurisdicción de la Corte al Fiscal de oficio sin necesidad de tener en cuenta las diversas variables de la política exterior de un Estado (Párr. 1.º del voto particular que formula María Ángeles García al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 16-1-2003 (*Informe del Consejo General del Poder Judicial...*, *op.cit.*, 9-1-2003)).

(126) Párr. 4.º del voto particular que formula Alfonso López Tena al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, 16-1-2003.

(127) Auto de la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a propósito de la decisión del Gobierno español de no interponer recurso ante los Tribunales del Reino Unido en el caso del Senador Pinochet, de 16 de febrero del 2000, conforme al cual: «tal pretendido recurso ha de enmarcarse en el ámbito de lo que es dirección de la política exterior que corresponde al Gobierno». Ver también la Sentencia de la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24-7-2000.

(128) Dicha terminología fue seriamente criticada por el Consejo de Estado en su Informe (Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional de 24-4-2003 (exped. N.º 629/2003), considerando 7.º).

(129) Párras. 10 y 11 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y arts.2 y 4 del texto dispositivo.

(130) Párr. 11 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y art.17.

(131) Párr. 10 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y arts.3 y 4 del texto dispositivo.

Motivos, se reduce la intervención del Poder Ejecutivo, a diferencia del modelo establecido en la *Ley de Extradición Pasiva de 1985* (132). Vemos, pues, cómo la Ley articula una distribución competencial conforme a la cual el ejercicio de la acción penal corresponderá al Poder Ejecutivo y el resto de actuaciones relativas a la cooperación con la Corte son sometidas a un proceso de «judicialización», con el fin de proporcionarles un cariz de mayor independencia e imparcialidad.

Centrándonos en el contenido concreto de las obligaciones de cooperación de España con la CPI, en nuestra Ley Orgánica nos encontramos con las tres dimensiones básicas de la cooperación judicial internacional: la entrega, la asistencia judicial y el cumplimiento de las penas. En primer lugar, y respecto de la transmisión de las solicitudes de cooperación, comprobamos que el art.87.1 del Estatuto de Roma deja abierta la posibilidad de que cada Estado decida el modelo procesal a seguir. De acuerdo con las tendencias existentes en el ámbito europeo (133), España ha optado por el modelo de Autoridad Central, y ha designado para ello al Ministerio de Justicia, de manera que se evitan las dilaciones derivadas de la participación de un organismo intermedio (134). La solicitud básica de cooperación será la de entrega a la Corte, y ésta viene regulada en el art.15, aunque otras disposiciones completan el régimen básico de la misma. Así, el art.12 se refiere a la libertad provisional (135), el 13 regula una forma especial de entrega, la simplificada, y los artículos 16, 17 y 18 contemplan aspectos específicos de las resoluciones relativas a la entrega: la concurrencia de solicitudes de entrega, los recursos a las resoluciones sobre la misma, y la entrega temporal a la Corte.

En primer lugar, la autoridad judicial encargada de resolver acerca de la solicitud de entrega es el Juez Central de Instrucción (136), lo que podría haber ocasionado una distorsión en relación con nuestra *Ley Orgánica del Poder Judicial* (L.O.P.J.), que en su art.88 atribuía la resolución sobre la entrega a la Audiencia Nacional, siguiendo a la *Ley de Extradición Pasiva de 1985* (137). No obstante, en la reforma reciente de la L.O.P.J.,

(132) Párr. 11 de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003.

(133) Así, ver: *Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de 2000*.

(134) *Informe del Consejo General del Poder Judicial...*, op.cit., p.25; *Informe del Consejo de Estado...*, op.cit., considerando 12.

(135) En este sentido, llama la atención el hecho de que la libertad provisional sea concebida como excepción, mientras que el principio general sea la obligatoriedad de decretar la prisión provisional (Párr. 7.º de la Exposición de Motivos de la L.O. 18/2003, y art.12 del texto dispositivo).

(136) Arts.15 y 16 de la L.O. 18/2003.

(137) *Informe del Consejo de Estado...*, op.cit., considerando 13.

consecuencia de la *Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega*, se confieren nuevas competencias al Juez Central de Instrucción (138), por lo que el tema queda zanjado. En todo caso, el sistema de recursos respecto de las solicitudes de entrega estará en manos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (139).

Además, cuando se trate de solicitudes concurrentes de entrega, el órgano encargado de decidir sobre las mismas, conforme al art.16 de nuestra Ley Orgánica de Cooperación con la Corte, será la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá de acuerdo con el Estatuto y con el tratado existente, en su caso, con el Estado requirente (140). De hecho, conforme al art.23 de *la ley sobre la Euroorden*, dicha decisión en caso de concurrencia de solicitudes se atribuye al Gobierno (141), pero se exceptúan las solicitudes provenientes de la Corte. En cuanto al criterio de prevalencia establecido en la mencionada disposición de nuestra Ley de Co-

(138) Conforme a dicha reforma, el art.88 de la L.O.P.J. quedaba redactado así: «En la Villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, así como los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la Ley».

(139) Art.17 de la L.O.18/2003.

(140) Los criterios determinados en el art.90 del Estatuto coinciden básicamente con los de una serie de normas de hondo calado en el ordenamiento español y que paso a analizar a continuación. Así, el art.16 de *la Ley de Extradición Pasiva de 1985* establece que si la extradición hubiese sido solicitada por varios Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, se decidirá sobre aquélla por el Gobierno y en su caso la entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado. Por otro lado, y conforme al art.17 del *Convenio Europeo de Extradición*, si la extradición fuere solicitada concurrentemente por varios Estados, por el mismo hecho o por hechos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente la gravedad relativa y el lugar de los delitos, las respectivas fechas de sus solicitudes, la nacionalidad de la persona reclamada y la posibilidad de una extradición posterior a otro Estado. Por su parte, el art.23 de *la Ley sobre la Euroorden*, en consonancia con el art.16 de *la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (2002/584/JAI)*, prevé también el supuesto de concurrencia de solicitudes, bien sea de órdenes europeas emitidas por dos o más Estados en relación con la misma persona, o bien de una orden europea y una solicitud de extradición presentada por un tercer Estado. En el primer caso, será la autoridad judicial española de ejecución la que decida sobre la prioridad de la ejecución tomando en consideración todas las circunstancias, en particular el lugar y la gravedad relativa a los delitos, las respectivas fechas de las órdenes, así como el hecho de que la orden se haya dictado a efectos de la persecución penal o a efectos de ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

(141) Modelo similar al establecido por el art.16 de *la Ley de Extradición Pasiva de 1985*.

peración, ésta señala que sólo en caso de inexistencia de otro tratado, se dará preferencia a la solicitud de la Corte, pero se echa en falta la inclusión de una garantía tal que en los futuros tratados y acuerdos de extradición se estipule la preferencia de las solicitudes de la Corte sobre las solicitudes de los Estados (142).

Por último, y aunque España, en tanto que Estado Parte, se ha comprometido a garantizar la ausencia de obstáculos relativos a la detención y la entrega, en la Ley de Cooperación no aparecen regulados y tasados los motivos para la denegación de la entrega, sino tan solo el procedimiento para la denegación en los apartados 4.º y 6.º del art.15, lo que da cabida a una cierta discrecionalidad tan sólo limitada por el propio Estatuto de Roma. Cabe disculpar esta omisión si tenemos en cuenta que el objeto de la ley no es regular aspectos sustantivos sino establecer los cauces procesales adecuados para articular la relación de España con la CPI.

En lo referente a las otras formas de cooperación con la Corte distintas a la entrega, es decir la asistencia judicial, la Ley de Cooperación, en su art.20.1, realiza una afirmación un tanto peligrosa. Así, dispone que los órganos judiciales y de otro carácter intervinientes en el cumplimiento de las solicitudes de cooperación realizadas por la Corte, harán efectivas las mismas cuando no estén prohibidas en la legislación española. Esta referencia a la legislación española es digna de reflexión. En primer lugar, el Estado español no puede negarse al cumplimiento de estas solicitudes, ya que, conforme al art.88, España debe asegurarse de que su legislación nacional contemple todos los mecanismos precisos para cooperar con la Corte, y debe eliminar los obstáculos a dicha cooperación (143). En todo caso, podemos afirmar que no podrán considerarse prohibidas en nuestra legislación ni las actuaciones del Fiscal o las órdenes dictadas por la Corte con anterioridad a la impugnación, ni los actos realizados por el Fiscal para la protección de las pruebas y para impedir que un acusado eluda la acción de la justicia.

En esta misma línea, el art.20.2 de nuestra Ley estipula que «[c]uando la solicitud de cooperación de la Corte pudiera afectar a la defensa o a la seguridad nacionales o tenga por objeto documentos o informaciones que

(142) AMNISTÍA INTERNACIONAL: *España: hora de colaborar con la Corte Penal Internacional y defender la justicia universal*. Recomendaciones de Amnistía Internacional al proyecto de ley sobre cooperación con la Corte Penal Internacional, 24 de julio del 2003, p.9.

(143) Igualmente, y conforme al art.27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, una Parte, en principio, no podrá invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

hubieren sido transmitidos a España con carácter confidencial por un Estado, una organización internacional o una organización intergubernamental, el Ministerio de Asuntos Exteriores, en coordinación con los Ministerios de Justicia, del Interior y de Defensa y otros Ministerios competentes, efectuará consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación, informándose a la Corte del resultado de tales consultas». Este artículo se basa en una serie de disposiciones del Estatuto, en concreto los artículos 68.6, 72 y 73 (144). No obstante, el art.20.2 de nuestra Ley también peca de falta de garantías puesto que no menciona las salvaguardias establecidas en el Estatuto para permitir a los Estados Partes rechazar el cumplimiento de una solicitud de asistencia sólo en circunstancias muy estrictas. Además, en nuestro país no contamos con una definición legislativa de «seguridad nacional», por lo que su determinación va a quedar en manos del poder ejecutivo, con la única limitación de lo sentado en el Estatuto. En última instancia, cabe preguntarse si la seguridad nacional es una figura más digna de proteger que el mismo deber de cooperar con una jurisdicción internacional de las características de la CPI.

Sin embargo, como contrapeso del aspecto negativo antes apuntado, en el art.22 de la Ley de Cooperación se establece la posibilidad de ejecución de las penas establecidas por la CPI en el territorio español. Así, de acuerdo con el art.103 del Estatuto y la Disposición adicional única de la *L.O. 6/2000, de 4 de octubre, por la que España ratifica el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española». La justificación de esta disposición cabe encontrarla en el art.25.2 de nuestra Constitución, al exigir que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado. No obstante, no quedaba clara la cuestión de si el límite de las penas se refiere al genérico dispuesto en el art.36 del Código Penal español, que establece una duración máxima de la pena de prisión de 20 años,

(144) El art.68.6 del Estatuto de Roma autoriza al Estado a solicitar que se adopten las medidas necesarias para proteger a sus funcionarios o agentes, así como para proteger información de carácter confidencial o restringido. Del mismo modo, el art.73 del Estatuto establece que es preceptivo recabar el consentimiento del autor de un documento que sea confidencial. Y, conforme al art.72, si el autor no es un Estado Parte y no consiente en la divulgación del documento o información, el Estado requerido comunicará a la Corte la imposibilidad de proporcionar dicho documento o información en razón de su obligación de confidencialidad contraída con el autor del mismo.

o si, más bien, se refiere al máximo previsto para los delitos de la parte especial, que es de 30 años. Este problema ya se planteó en relación con las leyes de cooperación con los Tribunales *ad hoc*, y se resolvió afirmando que se refiere al máximo previsto para los tipos de la parte especial.

En cuanto al cumplimiento de las penas de la CPI en nuestro país, España ha debido constatar que en su legislación interna se contemplan toda una serie de condiciones satisfactorias en la detención, de acuerdo con el Estatuto de Roma (145) y otros estándares internacionales (146). De este modo, el art.22.3 de nuestra Ley de Cooperación dispone que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y el Ministerio del Interior prestarán el máximo apoyo a magistrados y funcionarios de la Corte que se personen en España para la ejecución de las penas, de forma coherente con la competencia exclusiva de la CPI para resolver las incidencias que se pudieran plantear en relación con el cumplimiento de las penas y para la supervisión de las mismas. Pero, este precepto no hubiese sido necesario, a la luz del art.277 de la LOPJ, conforme al cual «[l]os Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte...» (147).

Por último, y al margen de determinadas disposiciones para asegurar la comparecencia de un imputado ante la Corte (148), las medidas de reparación (149) y la intervención de España en calidad de «amicus curiae» (150), se incluyen en la Ley de Cooperación una serie de Disposiciones

(145) Artículo 106 del Estatuto de Roma.

(146) Asimismo, la legislación debe prever: la liberación de la persona condenada por cumplimiento de la sentencia o por orden de la Corte; el traslado de personas en cumplimiento de la sentencia; la limitación de la persecución y castigo del condenado por otros delitos; el aseguramiento de que se permite la implantación del artículo 111 del Estatuto en el Estado, que regula el tema de la evasión (AMNESTY INTERNATIONAL: *The International Criminal Court: Checklist for Effective Implementation* (IOR 40/011/2000), 1 August 2000).

(147) Con todo, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley de Cooperación, señaló que hubiese sido más adecuada la designación del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria para cumplir dicha función, sobre todo teniendo en cuenta que es la Audiencia Nacional el órgano competente para conocer de las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados Internacionales en los que España sea parte, de acuerdo con el art.65.3 de la LOPJ (*Informe del Consejo General del Poder Judicial...*, *op.cit.*, p.39). Esta opinión ha sido recogida por el Consejo de Estado en su Informe (*Informe del Consejo de Estado...*, *op.cit.*, considerando 15).

(148) Art.14 de la L.O. 18/2003.

(149) Art.23 de la L.O. 18/2003.

(150) Art.24 de la L.O. 18/2003.

adicionales y de Disposiciones finales, algunas de las cuales merecen un examen a la luz de los principios de complementariedad y de cooperación. Respecto de la jurisdicción militar, la Disposición adicional tercera, en su apartado 1.º, dispone que, en caso de tratarse de un delito de competencia de la jurisdicción militar, las referencias de la ley referentes a órganos judiciales no militares se entenderán hechas al equivalente en la jurisdicción militar (151). En el marco de la estricta complementariedad, esta Disposición, en su apartado 2.º, contempla un régimen particular para la jurisdicción militar, al afirmar que «[1]o dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de esta ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las leyes reguladoras de la jurisdicción militar con respecto a la competencia de ésta última en los casos de presencia permanente o temporal, fuera de territorio nacional, de fuerzas o unidades militares españolas, ni afectará tampoco al desempeño de la función jurisdiccional por los órganos judiciales militares que las acompañen» (152). En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional queda supeditado al no ejercicio de su jurisdicción por parte de los órganos judiciales militares respecto de las tropas españolas destacadas en el extranjero. Estos preceptos son absolutamente lógicos a la luz de la inspiración que nuestra Ley encuentra en el principio de complementariedad entre la jurisdicción de la Corte y la de nuestros tribunales, sean o no de carácter militar, así como en el principio de cooperación.

España ha dado su primer paso para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación que le impone el Estatuto de Roma al promulgar una

(151) Ver, en este sentido: *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar*, y la *Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*.

(152) Esta disposición se inspira en el art.12 de la *Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*. Conforme a dicho art.12, en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal Militar, los cometidos durante la vigencia del estado de sitio, los que señalen los tratados internacionales en que España sea parte en los casos de fuerzas españolas destacadas en el extranjero, y cuando no existan tratados, en el caso de delitos tipificados en la ley española cuando el inculpa-do sea nacional nuestro y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. Conforme al art.13, en tiempo de guerra, la jurisdicción militar se extenderá a los delitos y faltas determinados en tratados con potencias u organizaciones aliadas, a los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las leyes, las Cortes Generales o el Gobierno, cuando estuviere autorizado a ello, a los delitos tipificados en la legislación española si se cometen fuera del suelo nacional y el inculpa-do es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades españolas, y a los cometidos por prisioneros de guerra.

Ley de Cooperación que, a pesar de sus deficiencias, establece el marco necesario. Como mencionamos en el caso de la reforma de nuestro Código Penal, habrá que esperar a la práctica para comprobar si ese marco no es sólo necesario sino adecuado.

4. JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL. HACIA UNA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

4.1. LA RELACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El principio de jurisdicción universal implica que cualquier Estado puede conocer de determinados delitos, con independencia del lugar de comisión de éste y de la nacionalidad del autor y de la víctima. Constituye, por tanto, el punto de conexión entre la soberanía estatal y las normas de Derecho Internacional que sientan las bases para establecer la responsabilidad internacional de individuos que han atentado contra intereses y valores supranacionales (153). De esta manera, la jurisdicción universal debe ser contemplada como una medida excepcional que otorga al Estado poderes especiales de naturaleza extraterritorial (154). Este principio responde, pues, a la necesidad de garantizar la represión de delitos cometidos en espacios no sometidos a jurisdicción estatal o de ganar eficacia respecto de delitos con ciertos elementos de internacionalidad (155).

Por lo tanto, la jurisdicción universal ha de diferenciarse claramente de la justicia penal internacional. La jurisdicción universal implica el enjuiciamiento por los tribunales nacionales de determinados crímenes con el

(153) GARCÍA ARÁN, M.: «El Principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial Español», en GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.): *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63-87, en particular pp. 63-69; BARQUÍN SANZ, J.: «Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 14, 1987, p.29.

(154) DINSTEIN, Y.: «The Universality Principle and War Crimes», en SCHMITT, M.N. & GREEN, L.C. (eds.): *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, International Law Studies, Vol.71, Naval War College, Newport, Rhode Island, 1998, p.19.

(155) PIGRAU SOLE, A.: «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1997, p.148; ASIL: «Extraterritorial Application of Criminal Law», *Proceedings of the 85th Annual Meeting*, Washington, D.C., April 17-20, 1991, pp. 383-400.

elemento de internacionalidad antes mencionado, con independencia de la conexión del Estado del tribunal con el crimen en cuestión. En cambio, la jurisdicción penal internacional supone el ejercicio de la jurisdicción penal sobre ciertos crímenes por parte de una instancia internacional.

En definitiva, la cuestión de las relaciones entre el principio de jurisdicción universal y la jurisdicción internacional penal se reduciría a la relación entre la jurisdicción de la CPI y la jurisdicción de los Estados, jurisdicción presidida por el principio de complementariedad. De este modo, si partimos del principio de complementariedad en su aplicación al funcionamiento de la CPI, habrá que tener en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de las jurisdicciones nacionales podría dar lugar a una distorsión en el funcionamiento de dicho principio (156).

En este sentido, cabe preguntarse si podemos deducir del Estatuto la obligación de los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, de tal manera que el incumplimiento de dicha obligación determinara la incapacidad del Estado para enjuiciar al presunto culpable, y en consecuencia sería motivo suficiente para determinar la admisibilidad de la causa ante la CPI (157).

Primeramente, para determinar si el Estatuto efectivamente genera la obligación para los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, habría que preguntarse si el reconocimiento en el Estatuto de la CPI de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, implica que existe un reconocimiento implícito a la jurisdicción universal sobre dichos crímenes. En principio, varios autores han señalado que dicho principio sí será aplicable a todos los crímenes de la competencia de la Corte puesto que se trata de crímenes no novedosos, que ya eran punibles conforme al Derecho Internacional antes de su consignación en el Estatuto de Roma (158). En esta misma línea, apuntan a que el Derecho Internacional Consuetudinario establece una serie de crímenes de *ius cogens*, recogidos en el Estatuto de Roma, y que generan una obligación *erga omnes* de investigar y enjuiciar.

(156) ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional...», *op.cit.*, pp. 420-431.

(157) CONDORELLI, L.: «La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 103, 1999, pp. 7-21, en especial p.20.

(158) TRIFFTERER, O.: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en KREB, C. & LATTANZI, F. (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. General Aspects and Constitutional Issues*, Volume I, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 17-19.

No obstante, la puesta en marcha del principio de jurisdicción universal para los crímenes reconocidos en el Estatuto de la CPI responde al enfoque general de la jurisdicción de la Corte desde el principio de complementariedad. En consecuencia, el mayor defecto del Estatuto es que el Preámbulo no afirma explícitamente, al sentar la complementariedad, que los Estados son competentes para enjuiciar dichos crímenes de acuerdo con el principio de jurisdicción universal (159). No podemos deducir, pues, del Estatuto la existencia de la jurisdicción universal de los Estados sobre los crímenes reconocidos en el mismo, y la consiguiente obligación por parte de los Estados de reconocer la jurisdicción universal sobre dichos crímenes en sus ordenamientos (160). Al contrario, podemos afirmar que la universalidad absoluta no está en consonancia con el actual *status* del Derecho Internacional general (161). No todos los crímenes enmarcados en la jurisdicción de la Corte están cubiertos por la jurisdicción universal, ya que descansan sobre otras consideraciones, como son los principios de territorialidad y nacionalidad (162). Asimismo, la jurisdicción de la Corte no tiene un alcance universal, puesto que no puede ejercerse sobre un crimen cometido en el territorio de un Estado no Parte o sobre sospechosos nacionales de un Estado no Parte porque esto afectaría al mismo fundamento de la Corte establecida mediante tratado (163).

(159) HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 2000, pp. 446-447.

(160) Sin embargo, son varios los Estados que contemplan la jurisdicción universal en sus ordenamientos nacionales: Alemania (arts. 6 y 7 del Código Penal), Chile (art.3 del Código de Justicia Militar), España (art.23.4 de la LOPJ), Etiopía (art.15 del Código Penal de 1957), Finlandia (art.7 del Código Penal), Nicaragua (art.16 del Código Penal), Paraguay (art.8 del Código Penal), Portugal (art.221.5 del Código Penal), Rusia (art.11 del Código Penal), Eslovenia (art.122 del Código Penal) y Suiza (art.2 del Código Penal Militar).

(161) Sobre las dificultades de afirmar la universalidad absoluta, ver: [ABAD CASTELLOS, M.: «La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante desandando la impunidad», *Anuario de la Facultad de Derecho* 1998, vol. II, A Coruña, 1998, pp. 33-59.] REMIRO BROTONS, A.: «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en QUÉL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, Madrid, 2000, pp. 193-235.

(162) Ver en este sentido el artículo 12 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional referido a los nexos jurisdiccionales para que la Corte ponga en marcha su jurisdicción: la ratificación del Estatuto o la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen o el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate.

En último lugar, cabe plantearse si la jurisdicción de la CPI y el principio de justicia universal son compatibles o se anulan recíprocamente. Podemos afirmar que existe plena compatibilidad, y que, además, el principio de complementariedad tiene que aplicarse a cualquier Estado, Parte o no Parte en el Estatuto de Roma, sobre la base de cualquier vínculo jurisdiccional adoptado por su legislación nacional, incluida la jurisdicción universal. No obstante, y, en principio, parece más lógico restringir el principio de complementariedad a aquellas jurisdicciones nacionales más directamente conectadas con el acto criminal cometido o con el acusado, ya que son las únicas que están en posición de reunir pruebas y testimonios (164). De lo contrario, se impediría que la Corte conociera de un gran número de casos, y, a nivel de las jurisdicciones nacionales, se volvería a plantear el problema del *forum shopping*; sin olvidar la posibilidad añadida de que se creasen ofertas de jurisdicción permitiendo al presunto responsable de un crimen autoinculparse ante el Estado que le resultase más favorable para evitar la jurisdicción de la Corte (165).

Ante la posible distorsión en el funcionamiento del principio de complementariedad derivada del ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales nacionales (166), podemos asegurar que dicho problema no sería tal si, como afirma CONDORELLI, pudiésemos deducir del Estatuto la obligación de los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, de manera que el incumplimiento de dicha obligación determinara la incapacidad del Estado para enjuiciar al presunto culpable y la admisibilidad de la causa ante la CPI (167).

(163) KAUL, H-P & KREB, C.: «Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol.2, 1999, p.146.

(164) BENVENUTI, P. «Complementarity of The International Criminal Court to National Jurisdictions», en LATTANZI, F. & SCHABAS, W. (eds.): *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol.I., Ed. II Sirente, 1999, p.48.

(165) RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales», en QUEL LÓPEZ, F.J. (coord.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección escuela Diplomática, N.º 4, Madrid, 2000, pp. 173-177.

(166) ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional...», *op.cit.*, pp. 420-431.

(167) CONDORELLI, L.: «La Cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 103, 1999, pp. 7-21, en especial p.20.

Pero este planteamiento es bastante atrevido. Primeramente, para determinar si el Estatuto efectivamente genera la obligación para los Estados Partes de incorporar el principio de jurisdicción universal en sus ordenamientos internos, habría que preguntarse si el reconocimiento en el Estatuto de la CPI de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio y agresión, implica que existe un reconocimiento implícito a la jurisdicción universal sobre dichos crímenes, lo que es más que discutible. En segundo lugar, hemos de tener en cuenta que el reconocimiento del principio de jurisdicción universal para los crímenes reconocidos en el Estatuto de la CPI respondería al enfoque general de la complementariedad, pero el mayor defecto del texto es que el Preámbulo, al sentar la complementariedad, no afirma explícitamente que los Estados son competentes para enjuiciar dichos crímenes de acuerdo con el principio de jurisdicción universal (168).

Concluyendo, podemos afirmar que será mejor que los Estados aseguren en sus ordenamientos internos la represión de crímenes de carácter internacional de acuerdo con el principio de jurisdicción universal y en relación con los crímenes reconocidos en el Estatuto con base en el Derecho Internacional consuetudinario (169). Sin embargo, la dependencia de estas medidas internas y, sobre todo, el hecho de que el Estatuto no se aplica a los Estados no Partes, supone un cierto riesgo de consolidar la figura del objetor persistente, que es precisamente el objeto contra el cual lucha la doctrina de la universalidad absoluta (170). Este obstáculo lo podemos rebatir si estimamos que los crímenes que han sido reconocidos y definidos como parte del Derecho Internacional

(168) HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich 2000, pp. 446-447.

(169) INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: 23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law..., *op.cit.*, p.14. Ver también: CICR: *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra. Informe*, 24-2-1999, documento impreso desde el sitio web del CICR: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMR2>.

(170) En este sentido, HENZELIN distingue entre el unilateralismo, el universalismo absoluto y el universalismo convencional, que se pueden acomodar al principio de universalidad, y estima que las tres soluciones reposan sobre el problema de las competencias estatales. La primera enfatiza la competencia originaria e inalienable del Estado en el marco de la Comunidad Internacional; la segunda parte de que el Derecho es el reflejo de un ordenamiento supraestatal, que los Estados han de proceder a aplicar; y la tercera concibe la universalidad como resultante de una transferencia de competencias entre los Estados (HENZELIN, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États ...*, *op.cit.*, p.448).

consuetudinario serán enjuiciados y castigados incluso por los Estados no partes en el Estatuto (171).

En esta línea, si llegáramos a la conclusión de la existencia de la jurisdicción universal de los Estados sobre los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma, podríamos preguntarnos si esto implicaría que también la Corte a su vez tendría jurisdicción universal sobre dichos crímenes en relación con Estados no Partes en el Estatuto. En la Conferencia de Roma, algunos Estados –incluso– llegaron a sostener la innecesariedad de los nexos jurisdiccionales para que la CPI ejerciera su jurisdicción, puesto que «[b]ajo el Derecho Internacional actual, todos los Estados pueden ejercer jurisdicción penal universal con respecto a los actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra» (172). La oposición a esta postura fue liderada por EEUU que, al referirse al principio de jurisdicción universal, afirmó lo siguiente: «[n]o es un principio aceptado en la práctica por la mayoría de gobiernos del mundo y si se adopta en este Estatuto erosionaría principios fundamentales del derecho de los tratados...» (173).

Parece claro que no es posible dotar de una interpretación amplia al artículo 5.1 del Estatuto, de modo que dedujéramos del enunciado de «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» la aplicación del principio de jurisdicción universal (174). Yendo más allá, aunque reconociéramos que los crímenes recogidos en el Estatuto de la Corte se basan en normas consuetudinarias obligatorias para los Estados, nos encontraríamos con una realidad contradictoria, puesto que, en la práctica, esos crímenes no son perseguidos y enjuiciados con carácter universal.

Efectivamente, la práctica nos conduce a la conclusión contraria, y así podemos constatar las dificultades con que se han encontrado los tribunales belgas para aplicar el principio de justicia universal en virtud de la *Ley de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de las infracciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977*

(171) Ver las conclusiones de la 23 Mesa Redonda sobre Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario: INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: 23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law..., *op.cit.*, pp. 12-13.

(172) Así, la postura de Alemania en el siguiente documento de discusión sometido al Comité Preparatorio: N.U. Doc. A/AC.249/1998/DP.2, 23 de marzo de 1998.

(173) Informe de EEUU de 9 de julio de 1998 en el Comité Plenario en relación con la deliberación sobre el documento de discusión: N.U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.53, de 6 de julio de 1998.

(174) INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: 23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law..., *op.cit.*, p.12.

(175), cuyo artículo 7 preveía la competencia de dichos tribunales para conocer de las infracciones previstas en la ley, independientemente del lugar en donde se hubiesen cometido. Esta ley experimentó una importante reforma a través de la *Ley de 10 de febrero de 1999 relativa a la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario* (176), en la que se incorporó, además de las infracciones graves mencionadas, los crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad. No obstante, las dos últimas reformas, realizadas en abril y en agosto del 2003, han dado lugar a importantes retrocesos en relación con la jurisdicción universal.

Uno de los detonantes de la última reforma restrictiva de la ley de jurisdicción universal fue el asunto *Yerodia* seguido ante el Tribunal Internacional de Justicia, cuya sentencia de 14 de febrero del 2002 condenó a Bélgica por una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores en activo de la República Democrática del Congo (177). Las controversias también se habían dado en el interior de Bélgica. Efectivamente, la condena en junio del 2001 de dos monjas ruandesas que fueron halladas culpables de genocidio por parte de tribunales belgas dio lugar a que el propio canciller, Louis Michel, confirmara la interpretación de que la nueva ley comprendía también a jefes de gobierno en funciones. La avalancha de casos que fueron conducidos ante los Tribunales belgas fue extraordinaria, desde el primer Ministro Israelí, Ariel Sharon, hasta el Jefe de Estado de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, su predecesor, el general Guet, y su ministro de Defensa e Interior, Emile Boga Doudou, así como el líder palestino Yasser Arafat y el Jefe de Estado de Irak, Saddam Hussein, entre otros.

Ante esta situación, en abril de 2003 se propuso un texto (178) que restringiera el principio de jurisdicción universal tal y como estaba establecido por la ley de 1993 reformada en 1999. En dicho texto se establece que

(175) «Loi du 16 juin relative à la represión des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions», 16 de junio de 1993, *Moniteur Belge*, 5 de agosto, 1993.

(176) «loi relative à la represión des violations graves de droit international humanitaire», 10 de febrero de 1999, *Moniteur Belge*, 23 de marzo de 1999.

(177) *Arrêt du 14 Février 2002, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 d'avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, I.C.J. Reports 2002. Ver también: TORRES PÉREZ, M.: «Inmunidad de Jurisdicción Penal e Impunidad: el Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002», *Revista de Derecho*, Universidad de Valencia, n.º 1, noviembre 2002.

(178) «Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la represión des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire», 23 de abril de 2003, *Moniteur Belge*, 7 de mayo de 2003.

el Fiscal Federal puede rechazar la demanda si ésta es manifiestamente mal fundada o cuando, por razones basadas en el interés de la justicia y en el respeto de Bélgica a sus obligaciones internacionales, el asunto debiera ser enjuiciado por tribunales internacionales o por tribunales con el nexo de la territorialidad o de la nacionalidad del acusado o del Estado de detención, siempre que fueran competentes y fueran a enjuiciar con el respeto a los derechos al debido proceso. Todas estas restricciones se habrían de aplicar con carácter retroactivo para impedir los posibles conflictos derivados de la acumulación de casos ante los tribunales belgas.

Pero la reforma de agosto de 2003 (179) ha ido más allá, suprimiendo incluso la mención a la jurisdicción universal, por lo que Bélgica se protege de las distorsiones que en la práctica se han puesto de relieve respecto del funcionamiento de este principio (180). Conforme a dicha reforma, los tribunales nacionales sólo podrán conocer de las tres categorías de crímenes antes mencionadas si el acusado o la víctima son nacionales o residentes en Bélgica. Igualmente, excluye los enjuiciamientos de Jefes de Estado o de Gobierno, y Ministros cuando están en el cargo, de otras personas cuya inmunidad es reconocida por el Derecho internacional, y de personas cuya inmunidad es reconocida en un tratado del cual Bélgica es parte. Sólo en el caso de que la víctima esté relacionada con Bélgica, el papel del Fiscal se expande, y podrá actuar en solitario, sin pasar el caso a un Juez instructor, cuando fallen los criterios establecidos en la reforma de abril.

Algunas leyes han seguido la estela de la reforma belga, así, los Países Bajos con su Ley de junio de 2003 sobre violaciones de derecho internacional humanitario (181), en la que limita el enjuiciamiento de los tribunales neerlandeses a los crímenes cometidos en su territorio y respecto de personas que no gocen de inmunidad. En cambio, otras leyes destinadas a implementar el Estatuto de Roma, nos pueden conducir a conclusiones contradictorias con las extraídas del ejemplo belga o neerlandés. Así, la Ley de Reino Unido de cooperación con la CPI (182) acoge una posición

(179) «Loi relative aux violations graves du droit humanitaire», 5 de agosto de 2003, *Moniteur Belge*, 7 de agosto de 2003.

(180) RATNER, S.R.: «Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem», *American Journal of International Law*, Vol.97, n.º 4, pp.888-897.

(181) *Act of June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, 19 June 2003, en *The Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd Consult/ICC (2003) 4).

(182) *The International Criminal Court Act 2001*, en *The Implications for Council of Europe member States of the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Consult/ICC (2001) 31).

más abierta que la tradicionalmente adoptada en relación con los delitos penales y asentada en el principio de la territorialidad, al señalar que los tribunales nacionales tendrán jurisdicción sobre cualquier persona residente en dicho país. Por su parte, la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, dirigida a la ejecución del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (183) contempla el enjuiciamiento de estos crímenes con independencia del lugar de comisión de los mismos. Constatamos que en estas leyes asoma el principio de jurisdicción universal, como consecuencia del influjo del instrumento internacional.

Pero, en definitiva, el planteamiento ideal y más lógico consistiría en que el juego de la complementariedad operase a favor del principio de jurisdicción universal. Así, para garantizar la protección más completa, sería deseable que además de la jurisdicción penal internacional, se consagrara la jurisdicción universal en el ámbito de la legislación doméstica de los Estados (184).

4.2. LOS EFECTOS DE LA LEY ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN CON LA CPI SOBRE EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL CONSAGRADO EN NUESTRA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Volviendo a nuestra Ley Orgánica española de cooperación con la CPI, comprobamos cómo esta Ley no regula tan sólo las relaciones de cooperación, sino también los eventuales conflictos de jurisdicción que pueden plantearse entre la CPI y los órganos judiciales españoles. Y es precisamente al regular los conflictos de jurisdicción cuando nos encontramos con la posible influencia de nuestra norma en un principio básico del Derecho Internacional Penal: la jurisdicción universal.

En este plano, el principal problema de la Ley española lo hallamos en los artículos 7.2 y 8.1 de la Ley española que han sido objeto de gran polémica al poner en cuestión el principio de jurisdicción universal tal y como está consagrado en el art.23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

(183) *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, 29 juin 2000 (<http://www.iccnw.org/espanol/articulos3.htm>).

(184) INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW: *23rd Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, The International Criminal Court. Evaluation and Progress of the UN Diplomatic Conference* (Rome, 15 June-17 July 1998), San Remo, 2-4 September 1998, p.14.

El art.7.2 de la Ley titulado *De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte* estipula que «[c]uando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudiera tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio».

Por su parte, el art.8.1, titulado *Del requerimiento de inhibición al Fiscal de la Corte*, establece que «[r]ecibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al art.18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los tribunales españoles».

Del tenor literal de estas disposiciones se deduce que los tribunales españoles sólo tendrán competencia cuando se trate de un crimen cometido por sus nacionales o en su territorio, de modo que, subsidiariamente, si se trata de un crimen que también es competencia de la CPI, será ésta la que enjuicie. *A contrario*, se desprende que los órganos judiciales españoles se abstendrán de proceder cuando: los presuntos autores no sean nacionales españoles, se trate de hechos sucedidos en otros Estados y los delitos sean de la competencia objetiva de la Corte (185). Con estas disposiciones se cercena el principio de jurisdicción universal, tal y como está reconocido en el art.23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, o, en todo caso, se establece una restricción a la extraterritorialidad de la ley penal española.

Esta restricción al principio de jurisdicción universal ha sido valorada positivamente por el Consejo General del Poder Judicial, quien, en su informe, subrayaba la utilidad del art.7.2 en tanto que evita la «indeseable situa-

(185) Informe del Consejo General del Poder Judicial..., *op.cit.*, p.15.

ción en la que un órgano judicial español pueda afirmar su jurisdicción preferente a la de la Corte invocando el principio de justicia universal».

No obstante, esta valoración positiva ha de ser corregida a la luz de una distinta interpretación del principio de complementariedad y de los compromisos internacionales asumidos por España (186). En relación con esta última cuestión, no cabe duda de que la redacción de estos artículos contraviene expresamente lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España, concretamente en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto, que establecen el deber de los Estados Partes de ejercitar su propia jurisdicción penal en relación con los presuntos responsables de conductas prohibidas por dichos tratados, con independencia de la nacionalidad del autor del crimen y del lugar donde se haya cometido (187).

En cuanto a la contradicción de dichas disposiciones de la Ley Orgánica con la complementariedad de la Corte, hay que advertir que el párrafo 6.º del Preámbulo del Estatuto de Roma nos recuerda el deber de todo Estado de ejercer su jurisdicción nacional con relación a los responsables de crímenes internacionales (188). En consecuencia, y en primer lugar, este deber no aparece condicionado a la nacionalidad del autor ni al territorio en donde fue cometido el crimen. Y, en segundo lugar, no podemos considerar a la CPI como un sustituto de los tribunales nacionales cuando éstos tengan competencia en virtud de su jurisdicción universal, sino al

(186) AMNISTÍA INTERNACIONAL: «España: hora de colaborar...», *op.cit.*, pp.2-4.

(187) Y, de acuerdo con una interpretación más flexible, se contravendrían las obligaciones establecidas por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas de 1984.

(188) En cuanto al valor jurídico de éste, conforme al art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, hay que señalar que el Preámbulo ha de considerarse parte del contexto en el cual el tratado debe ser interpretado y aplicado. Pero, junto a este valor, no debemos olvidar que el Preámbulo reviste cierta importancia moral y política. Los Estados que han firmado el Estatuto y, en especial los que deciden ser Estados Partes, van a estar sometidos a los principios y estándares previstos en el Preámbulo. Y, en este sentido, el Preámbulo contempla, por un lado, la decisión de poner fin a la impunidad y contribuir a la prevención de nuevos crímenes (tarea encomendada a la CPI), y, por otro, hace referencia al deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal para cumplir. En esta misma línea, la CDI se ha encargado de perfilar expresamente el valor del Preámbulo, en concreto respecto de las cuestiones de admisibilidad anteriormente referidas en el artículo 35 del Proyecto de Estatuto de 1994, señalando que el Preámbulo tiene como propósito asistir en la interpretación y aplicación del Estatuto. Ver: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46 período de sesiones, 2 mayo-22 julio 1994, N.U. Doc. A/49/10 (1994), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol.I, comentario al Preámbulo, párrs.3 y ss; BERGSMO, M. & TRIFFTERER, O.: «Preamble», en TRIFFTERER, O. (ed.): *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 4-6.

contrario, los Estados que han ratificado el Estatuto aceptan la responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar en sus órganos judiciales nacionales a los presuntos autores de los crímenes de la competencia de la Corte. De esta manera, la jurisdicción de la Corte complementará la jurisdicción de los tribunales nacionales, ya que sólo investigará y procesará a los individuos en el caso de que los órganos judiciales nacionales no puedan o no quieran hacerlo.

No obstante, la posible erosión del principio de jurisdicción universal a que puede dar lugar el apartado 1.º del art.17 de nuestra Ley de Cooperación es contrarrestada por la introducción, vía enmienda, de un apartado 3.º, que ya se contemplaba en el anteproyecto, y que desapareció gracias a la opinión favorable a su supresión del Consejo de Estado, al considerar que no se correspondía con el sentido y la construcción del Estatuto (189). Conforme a este apartado 3.º, «[n]o obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

En este sentido, no sólo nos parece adecuado y conveniente dicho apartado 3.º, sino que estimamos sería conveniente ampliar la facultad contemplada en el mismo a los supuestos en que, una vez que la CPI inicie una investigación, ésta sea cerrada por el Fiscal puesto que «existen razones sustanciales para creer que aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas una investigación no redundaría en interés de la Justicia» (190). E igualmente, convendría su extensión al supuesto del art.16 del Estatuto, cuando el Consejo de Seguridad pida la suspensión de una investigación o enjuiciamiento. Con todo, y siendo claro que este párrafo 3.º permite atenuar los efectos negativos del 2.º párrafo del art.7 de la Ley Orgánica, hubiese sido deseable una fórmula aún más respetuosa con la jurisdicción de nuestros tribunales nacionales (191).

(189) El Consejo de Estado abogó por la supresión de este apartado 3.º del art.7 del Anteproyecto de Ley ya que, a su juicio, no se correspondía con el sentido y las mismas bases del Estatuto. Así, los Estados, al ser Partes en el mismo desean instaurar una jurisdicción internacional permanente respecto de ciertos delitos especialmente graves. En consecuencia, el admitir la posibilidad de ulteriores actuaciones por parte de las jurisdicciones españolas supondría minar y desconocer el significado general que los Estados han querido dar a la CPI al instaurarla y aceptar su jurisdicción (Informe del Consejo de Estado...*op.cit.*, considerando 10).

(190) Art.53.2 c) del Estatuto de Roma.

(191) Así, en el caso de los Tribunales *ad hoc*, debido a la primacía que inspira sus relaciones con las jurisdicciones nacionales, se ha incluido en nuestra legislación una dis-

En última instancia, habrá que evitar que estas disposiciones de nuestra Ley Orgánica de Cooperación repercutan negativamente en el ejercicio de la jurisdicción universal (192). En todo caso, y a pesar de la opinión en contra del Consejo de Estado (193), consideramos que se impone una revisión del art.23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en aras a proporcionar coherencia a la legislación española en lo referente a su proyección internacional. Todo ello sin perder de vista que el objetivo último de España en este ámbito no ha de ser sino contribuir a la erradicación de la impunidad tal y como lo demuestra la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 (194).

posición respetuosa con nuestras jurisdicciones internas. Ver: Art.4 de la Ley orgánica 4/1998 para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, y art.4 de la Ley orgánica 15/994 para la cooperación con el Tribunal Internacional para la exYugoslavia. Ver, asimismo: QUÉL LÓPEZ, F.J.: «Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el orden interno español», *Revista española de Derecho Internacional*, Vol.XLVI-1994, n.º 1, enero-junio 1994, pp.61-98.

(192) AMNISTÍA INTERNACIONAL: «La jurisdicción Universal: Preguntas y Respuestas. Llamamiento de Amnistía Internacional a los gobiernos para que promulguen legislación sobre la jurisdicción universal» (Índice AI IOR 53/020/2001).

(193) Informe del Consejo de Estado...*op.cit.*, considerando 10.

(194) Dicha Sentencia avala que España investigue el delito de genocidio en Guatemala, aún cuando las víctimas no sean españolas (Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre de 2005).