

# SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

## Un análisis del Estatuto de Roma \*

KAI AMBOS \*\*

### SUMARIO

I. Organización y financiación de la Corte y cláusulas finales; 1. Cuestiones de organización (arts. 1-4, 34-52); 2. Financiación y cláusulas finales (arts. 113-128); II. Requisitos de competencia y de admisibilidad; 1. Requisitos de competencia (arts. 11-16); 2. Requisitos de admisibilidad (arts. 17-19); III. Fundamentos jurídico-penales: principios generales y tipos de delitos; 1. Principios generales (arts. 20-33); a) Principios generales en sentido propio (arts. 20-24); b) Responsabilidad penal individual (arts. 25, 28, 30); c) Causas de exclusión de la pena (art. 26, 27, 29, 31-33); 2. Tipos de crímenes (arts. 5-10); IV. Fundamentos jurídicos del proceso

---

\* Traducido por Miguel Angel IGLESIAS RÍO, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) y por Lucía MARTÍNEZ GARAY, Becaria de Investigación del Departamento de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Revisado por Oscar JULIAN GUERRERO (Colombia), becario de la Sociedad Max Planck, y por el autor. El título original es *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts*. (Los traductores han optado por emplear el término «Corte» por ser el de la traducción oficial en el texto auténtico de la versión castellana, aunque en el ámbito español suele utilizarse el término «Tribunal»).

\*\* Dr. jur. (Universidad de Munich). Referente científico, encargado de las secciones de Derecho penal internacional e Hispanoamérica, en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Brisgovia (Alemania). El autor fue miembro de la Delegación alemana en Roma; este artículo refleja solamente su opinión personal.

penal: investigación, juicio y recursos; 1. Investigación (arts. 53-61); a) Iniciación; b) Derechos y deberes de los intervinientes en el proceso, en especial el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares; c) Confirmación de los cargos (Confirmation hearing); 2. El juicio (arts. 62-76); a) Desarrollo y práctica de la prueba; b) El fallo; c) (Demás) derechos de los intervinientes en el proceso; c) Recursos (arts. 81-85); V. Cooperación internacional y asistencia judicial (arts. 86-102) 45; 1. Generalidades; 2. La entrega como forma más importante de cooperación (art. 89-92); 3. Otras formas de asistencia (art. 93, 96); 4. Cumplimiento de las solicitudes de asistencia e impedimentos (art. 99, 94 s., 97 s.); VI. Penas y ejecución de las penas; 1. Penas (arts. 77-79); 2. Ejecución de la pena (arts. 103-111); Conclusión.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (*Rome Statute*<sup>1</sup>), aprobado en Roma en la noche del 17 de julio de 1998, consta de un armónico Preámbulo<sup>2</sup> y trece Partes (*Parts*) que comprenden en total 128 artículos:

- Parte I: Del Establecimiento de la Corte (Establishment of the Court, arts. 1-4);
- Parte II: De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable (Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law, arts. 5-21);
- Parte III: De los Principios Generales del Derecho Penal (General Principles of Criminal Law, arts. 22-33);
- Parte IV: De la Composición y Administración de la Corte (Composition and Administration of the Court, arts. 34-52);
- Parte V: De la Investigación y el Enjuiciamiento (Investigation and Prosecution, arts. 53-61);
- Parte VI: Del Juicio (The Trial, arts. 62-76);
- Parte VII: De las Penas (Penalties, arts. 77-80);

---

<sup>1</sup> *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Conf 183/9 (<http://www.un.org/icc>). (Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional) (en todos los idiomas de las Naciones Unidas).

<sup>2</sup> Por citar sólo el primer párrafo: «*Conscientes* de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento ...» (subrayado en el original).

- Parte VIII: De la Apelación y la Revisión (Appeal and Revision, arts. 81-85);
- Parte IX: De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial (International Cooperation and Judicial Assistance, arts. 86-102);
- Parte X: De la ejecución de la Pena (Enforcement, arts. 103-111);
- Parte XI: De la Asamblea de Estados Partes (Assembly of States Parts, art. 112);
- Parte XII: De la Financiación (Financing, arts. 113-118);
- Parte XIII: Cláusulas Finales (*Final Clauses*, arts. 119-128).

La estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, que estaba marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso. Se trató, pero no podía llegarse a soluciones dogmáticamente maduras y jurídicamente libres de contradicción, tan sólo se llegó a refundir los diferentes intereses político-criminales de las Delegaciones de los Estados en una forma aceptable para todos. La arriesgada empresa entre una persecución penal eficiente y una consideración adecuada a los intereses de la soberanía estatal se evidencia precisamente en las partes del Estatuto especialmente significativas desde la perspectiva política, en particular, en las disposiciones sobre la competencia judicial (*jurisdiction*), sobre los delitos y sobre la cooperación con la Corte. De otro lado, también es evidente que las peculiaridades del objeto de las negociaciones —el dominio jurídico-material y procesal del injusto de Derecho penal internacional— hacen necesario soluciones que superen los simples conocimientos de Derecho comparado.<sup>3</sup>

A continuación presentaremos una visión de conjunto del Estatuto, pues reservaremos un análisis dogmático más profundo para posteriores contribuciones. Hemos renunciado conscientemente a amplias referencias<sup>4</sup>. Una exposición del Estatuto orientado de acuerdo con criterios lógico-objetivos puede asemejarse poco más o menos a como sigue:

---

<sup>3</sup> De modo análogo, en conexión con las causas materiales de exclusión de la pena en el Derecho penal internacional, recientemente: NILL-THEOBALD «Defences», *bei Kriegsverbrechen* etc., 1998, p. 9.

<sup>4</sup> De un modo general baste aquí sólo con indicar las publicaciones más recientes: SADAT WEXLER (Editor), «Observations on the consolidated ICC Text before the final Session of the Preparatory Committee», Toulouse (*Nouvelles Etudes Pénales* 13 bis) 1998; *el mismo* (Editor), «Model Draft Statute for the ICC based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference etc.», Toulouse (*Nouvelle Etudes Pénales* 13 ter) 1998; BASSIOUNI (Editor), *ICC Compilation of UN-Documents and Draft ICC*

- Organización y financiación de la Corte y cláusulas finales (arts. 1-4, 34-52, 112-128);
- Requisitos de Competencia y Admisibilidad (arts. 11-19);
- Fundamentos jurídico-penales: principios generales (arts. 20-23) y crímenes (arts. 5-10);
- Fundamentos jurídicos del proceso penal: investigación (arts. 81-85); juicio (arts. 62-76) y recursos (arts. 81-85);
- Cooperación Internacional y Asistencia Judicial (arts. 86-102);
- Penas (arts. 77-79) y Ejecución de la pena.

## I. Organización y financiación de la Corte y de las cláusulas finales<sup>5</sup>

### 1. Cuestiones de organización (arts. 1-4, 34-52)

Ya en la primera semana de la Conferencia de Roma pudo ser determinada La Haya como sede de la Corte Penal Internacional (C.P.I.) (art.3). La Corte es establecida como institución permanente con personalidad jurídica internacional (art. 1,4). Su relación con la ONU se regula a través de un Acuerdo especial entre ésta y la Asamblea de los Estados Partes (aprobado en el mismo Estatuto) (art.2).

La Corte se compone de cuatro órganos (art. 34 ss):

- La Presidencia (*presidency*)
- Las Secciones judiciales: Sección de Apelación, de Primera Instancia y Cuestiones Preliminares (*appeals-, trial y pre-trial division*).
- La Fiscalía (*office of the prosecutor*) y
- La Secretaría (*registry*).

---

*Statute before the Diplomatic Conference*, Rom 1998; LATTANZI (Editor), *The ICC. Comments on the Draft Statute*, Neapel 1998; *Human Rights Watch, Justice in the Balance. Recommendations for an Independent and Effective ICC*, New York 1998; ELSA, *Handbook on the Draft Statute for the ICC*, Rom, 2ª edic. 1998; ZIMMERMANN, *ZaöRV* 1998, 47 ss. GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999. Para el **Estatuto de Roma**, cfr. el próximo fascículo especial del *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (Eur. J. Crim Cr. L.Cr.J.), vol. 6 (1998) n° 4, así como KINKEL, *NJW* 1998, 2650; CAFLISCH, *NZZ* 8./9.8.1998; AMBOS/GUERRERO (Comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

<sup>5</sup> Cfr. con detalle JARRASCH, *Eur. J. Cr. Cr. J.*, *supra* nota 4.

En total deberán ser elegidos dieciocho *Magistrados* de carrera para nueve años, en votación secreta por la Asamblea de los Estados Partes sobre la base de dos listas de candidatos. No es posible una reelección.

De una lista A deben ser elegidos en primer lugar nueve Magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito jurídico-penal y de una lista B cinco Magistrados con reconocida experiencia teórica y práctica en el ámbito del Derecho internacional. Los candidatos pueden ser propuestos por cada Estado Parte y deberán poseer, al menos, la nacionalidad de un Estado Parte con lo cual no es posible elegir dos Magistrados de la misma nacionalidad. Deberá asegurarse la representatividad de las regiones y de los sistemas jurídicos más importantes así como la representación equilibrada de Magistrados mujeres y hombres; así mismo, deberán ser nombrados Magistrados con conocimientos especiales, por ejemplo, violencia contra mujeres y niños. En la primera votación no deben ser elegidos todos los Magistrados en el mismo acto para nueve años, sino un tercio para tres años, un segundo para seis y sólo el último tercio para nueve años. El primer grupo puede ser reelegido después (arts. 35, 36).

La *Sala de Apelaciones* debe componerse del Presidente y cuatro Magistrados, la *Sala de Primera Instancia* de no menos de seis Magistrados y la *Sala de Cuestiones Preliminares*, en todo caso, de no menos de seis Magistrados. Las Salas de Primera Instancia y de Cuestiones Preliminares deben integrarse en su mayoría por Magistrados con experiencia jurídico-penal (art. 39). La independencia de los Magistrados deberá ser garantizada especialmente a través de la dedicación exclusiva en la C.P.I. (art. 40). La falta de imparcialidad puede conducir a mociones de recusación que deberán ser dirimidas por los Magistrados por mayoría absoluta (art. 41).

La *Fiscalía* es un órgano independiente de la Corte. El Fiscal General (*The Prosecutor*) dirige y actúa con total autonomía y es auxiliado además por uno o varios fiscales adjuntos (*Deputy Prosecutors*). El Fiscal y sus fiscales adjuntos son elegidos por mayoría absoluta de la Asamblea de los Estados Partes por un periodo de nueve años y no son reelegibles. El Fiscal General puede nombrar con independencia a su personal; debe nombrar asesores jurídicos especialistas en determinados temas, como por ejemplo, violencia sexual contra niños (arts. 42, 44).

La *Secretaría* es competente para la Administración y Prestación de Servicios de la Corte. El Secretario de carrera será elegido por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido una sola vez. También él puede elegir con independencia a sus colaboradores (arts. 43 y 44).

Una *separación del cargo* de un Magistrado, del Fiscal, de su Adjunto, del Secretario o de su Adjunto es aplicable por faltas graves o cuando la persona afectada no está en disposición de cumplir las funciones establecidas en el Estatuto. La decisión concierne a la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (en caso de un Magistrado) o por mayoría absoluta (en los demás casos) (art. 46). Los grupos de personas mencionadas gozan de los mismos privilegios e inmunidades que los Jefes de misiones diplomáticas, aún después de la conclusión de los años de servicio, por las declaraciones manifestadas en el marco del desempeño de sus funciones oficiales (art. 48).

*Idiomas de trabajo* de la Corte son el inglés y el francés; los idiomas oficiales serán el árabe, el chino, el ruso y el español (por tanto, todos los idiomas ONU). Sin embargo, sólo deberán ser traducidas en todos estos idiomas las decisiones de capital significación (art. 50).

La C.P.I. —al igual que los Tribunales ad-hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda— mantendrá como fundamento jurídico adicional las *Reglas de Procedimiento y Prueba (rules of procedure and evidence)*.<sup>6</sup> Pero estas no serán promulgadas por los propios Magistrados sino que deberán ser desarrolladas por una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*) que se convocará a finales de 1998 o a principios de 1999<sup>7</sup> y aprobadas o, en su caso, modificadas por la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios (art. 51).

Estas reglas pueden ser modificadas a propuesta de un Estado Parte, de la mayoría absoluta de Magistrados o del Fiscal General por mayoría de dos tercios (art. 51). La diferencia esencial con relación a los Tribunales ad-hoc radica no sólo en que el Estatuto de Roma regula el procedimiento con más detalle que los Estatutos ad-hoc, sino también en que únicamente los Estados Partes pueden promulgar las reglas procesales pero no los Magistrados (como ocurre en los Tribunales ad-hoc). Estos pueden promulgar disposiciones (*regulations*) que afecten exclusivamente al modo de funcionamiento de la C.P.I. (art. 52).

La *Asamblea de los Estados Partes (Assembly of States Parties, art. 112)* se compone de los Estados Partes y únicamente de los Estados observadores que hayan firmado el Estatuto o el Acta Final (*Final Act*).

---

<sup>6</sup> Para las Reglas del Tribunal de Yugoslavia, cfr. AMBOS, *NJW* 1998, 1444.

<sup>7</sup> *Resolution on the Establishment of the Preparatory Commission for the International Criminal Court (A/CONF. 183/C.1/L.76/Add.14, p. 9)*.

Cada Estado tiene un voto. Un Estado que durante dos años está en mora en el pago y no pueda invocar causas de fuerza mayor pierde su derecho de voto. La Asamblea debe reunirse, ordinariamente, cada año y también, excepcionalmente, por motivos especiales. Las decisiones deben adoptarse, en principio, por consenso.<sup>8</sup>

## 2. *Financiación y cláusulas finales (arts. 113-128)*

La Corte se *financia* de las cuotas de los Estados Partes y de la ONU (especialmente en los procesos que lleguen a la Corte con base en una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) así como de contribuciones adicionales voluntarias de Gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras instituciones (arts. 115 ss).

Las *controversias* relativas a sus funciones judiciales deben ser dirimidas por la propia C.P.I. Las controversias entre dos o más Estados Partes sobre la interpretación o aplicación del Estatuto que no puedan ser resueltas mediante negociaciones en la Asamblea de los Estados Partes, deberán ser sometidas al Tribunal Internacional de Justicia (art. 119).

No podrán admitirse *reservas* al Estatuto (art. 120). Las *enmiendas de naturaleza material* serán factibles siete años después de la entrada en vigor del Estatuto (art. 121). Deberán ser sometidas a trámite de admisión, en primer lugar, a través de la Asamblea de Estados Partes por mayoría simple. Después, la enmienda propiamente dicha deberá ser admitida por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de los Estados Partes o por una Conferencia convocada al efecto (*Review Conference*)<sup>9</sup>.

Una enmienda entrará en vigor después de la ratificación o adhesión de *siete octavos* de los Estados Partes. En el caso de que una Estado Parte no acepte la enmienda podrá denunciar el Convenio. Una regulación especial rige para los *crímenes* del art. 5 (para ello, infra III.2.): las enmiendas entrarán en vigor, pues, sólo para aquellos Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de su instrumento de ratificación o aceptación (art. 121).

---

<sup>8</sup> Si esto no fuera posible, en caso de decisiones sobre cuestiones de fondo («*matters of substance*») es necesaria mayoría de dos tercios —con presencia de la mayoría absoluta de los Estados Partes— y, en caso de decisiones sobre procedimiento («*matters of procedure*»), una mayoría simple.

<sup>9</sup> Esta debe ser convocada por el Secretario General de la ONU —quasi de oficio— siete años después de la entrada en vigor del Estatuto. Deberá ocuparse especialmente de los crímenes del art. 5 (art. 123).

*Las enmiendas de naturaleza institucional*, por ejemplo, las que afectan a la organización y composición de la Corte, podrán ser propuestas en cualquier momento y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes. Entrarán en vigor seis meses después de su aprobación por la Asamblea de los Estados Partes o por una posible Conferencia (*Review*) (art. 122).

El Estatuto *entrará en vigor* el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión (art. 126). Con relación a los Estados que ratifiquen el Estatuto después de su entrada en vigor, entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito de sus correspondientes instrumentos (art. 126). No exonerará en absoluto al Estado una renuncia de carácter general del Estatuto; en particular, permanecerá intacto su deber de cooperación en relación con los procedimientos penales ya iniciados (art. 127).

## II. Requisitos de competencia y de admisibilidad <sup>10</sup>

### 1. *Requisitos de competencia (arts. 11-16)*

Con respecto a la —sumamente controvertida— competencia formal (*jurisdiction*) de la Corte estaban enfrentadas dos posiciones extremas.

*Los Estados partidarios de la Corte*, en concreto también Alemania, en base a principios jurídicos universales defendían la opinión de que —en primer lugar— un Estado que pase a ser parte con la adhesión al Convenio deberá someterse a la jurisdicción automáticamente (*automatic jurisdiction*) y —en segundo lugar— la Corte debería poseer competencia universal.

Por el contrario, *los Estados escépticos a la Corte*, en particular los Estados Unidos, defendían la opinión de que debería distinguirse entre los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Ciertamente, en caso de *genocidio* podría ser aceptada la jurisdicción automática, pero con relación al segundo nivel necesitaría, sin embargo, de determinados puntos de contacto para fundamentar la competencia. Según la denominada *Propuesta de Corea* deberá ser competente la Corte cuando el Estado del lugar del hecho, del autor, de la víctima o de la custodia es Estado Parte o

---

<sup>10</sup> Cfr., con detalle BERGSMO, *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, *supra* nota 4; KAUL, *ibidem* (para la competencia).

haya aceptado (*ad hoc*) la competencia en un asunto concreto. Con relación a los *crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad* se defendió, sin embargo, una opinión considerablemente más restrictiva: ya con relación al primer nivel de competencia debería existir un mecanismo *opt-in*- de modo que un Estado Parte debería someterse a la jurisdicción a través de una declaración expresa. Como punto de partida ha sido aceptado —con relación al segundo nivel— en el caso más extremo, únicamente el Estado del autor.<sup>11</sup>

En la discusión de estas propuestas en el Pleno de la Comisión de la Conferencia se rechazó una distinción entre genocidio y los otros crímenes, por confusa y arbitraria. Además, una clara mayoría de Estados se pronunció —con respecto del primer nivel— en favor de una *automatic jurisdiction*, mientras que en atención a los puntos de contacto —con respecto al segundo nivel— se favoreció la *Propuesta de Corea* (como compromiso más próximo a la propuesta alemana de una jurisdicción universal).<sup>12</sup> La solución presentada y finalmente también aceptada el último día de la Conferencia prevé ahora un modelo de competencia de tres niveles (art. 12):

- En el *primer* nivel, un Estado que pasa a ser parte acepta automáticamente la jurisdicción (art. 12, párr. 1); en caso de *crímenes de guerra*, un Estado Parte podrá, no obstante, emitir una declaración de que, durante un periodo de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, no acepta la competencia de la Corte, (denominada *opt-out*<sup>13</sup>). Tal declaración puede ser retirada en cualquier momento (art. 124)<sup>14</sup>.
- En el *segundo* nivel se reconocen como *alternativas* los puntos de contacto del Estado del lugar del hecho o del autor. Se otorga competencia, pues, cuando el Estado del lugar del hecho o de la acción es Estado Parte —con lo que no es preciso entonces ninguna declaración especial de consentimiento— o acepta la competencia en un caso concreto (art. 12, párr. 2).

---

<sup>11</sup> Cfr., para estas propuestas, sobre todo el art. 7,7 bis y 7 ter de los dos últimos Proyectos del Despacho de la Conferencia de 6-7-1998 (A/Conf. 183/C.1/L.53) y de 10-7-1998 (A/Conf. 183/C.1/L. 59). Cfr. también ZIMMERMANN, *ZaöRV* 1998, 84 ss., así como KAUL, *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, *supra* nota 4.

<sup>12</sup> Según información del Diario de la Conferencia «Monitor», n. 2, de 10-7-1998 el 79% de los Estados estaban a favor de la Propuesta de Corea.

<sup>13</sup> Este precepto fue decisivo para la adhesión al Estatuto por parte de Francia. En oposición a ello con el *opt-in*, en principio, se parte de un no sometimiento a la jurisdicción y de que el Estado deba manifestar expresamente su sometimiento.

<sup>14</sup> El precepto, en especial, el plazo de siete años, deberá ser revisado en la citada *Review*.

- En un *tercer* nivel, un Estado que no es Estado Parte, pero que es el Estado del lugar del hecho o del autor, puede aceptar la competencia *ad hoc* en un caso concreto (art. 12, párr. 3).

Estos requisitos de competencia se aplican, sin embargo, sólo en aquellas situaciones en las que un caso es remitido por un Estado Parte a la Corte o el Fiscal investiga *motu proprio* (art. 13, párr. (a) y (c)). En caso de una remisión por el *Consejo de Seguridad de la ONU* con arreglo al Capítulo VII de la Carta-ONU, la competencia de la Corte se otorga *sin más* (art. 13 párr. (b)). Además, el art. 11 dispone que la competencia de la Corte se extiende sólo a los delitos que hayan sido cometidos *después* de la entrada en vigor del Estatuto para los Estados Partes o para un determinado Estado (*jurisdiction ratione temporis*).

Como ya se ha indicado, un procedimiento ante la Corte puede ser iniciado por el Consejo de Seguridad de la ONU, por un Estado Parte o por investigaciones autónomas del Fiscal (art. 13, denominado *trigger mechanism* ).

El *Consejo de Seguridad*, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir a la Corte las situaciones que caen en la categoría de las amenazas contra la paz, en relación con las cuales se hayan cometido delitos en el sentido del Estatuto (art. 13 (b)). Dado que esta competencia resulta directamente de la Carta de la ONU, no rigen —prescindiendo de la complementariedad (art. 17, para ello *infra*)— ulteriores requisitos de competencia o de admisibilidad. Del Capítulo VII resulta también la autorización al Consejo de Seguridad para solicitar a la Corte que no inicie un procedimiento de investigación o de suspenderlo por un período de hasta doce meses (aunque prorrogable) (art. 16). Esta posibilidad representa una importante restricción a la independencia de la Corte, pero podría ser mitigada un poco en sus repercusiones prácticas puesto que necesita de un acuerdo del Consejo de Seguridad tomado por mayoría —con unanimidad de los miembros permanentes— (art. 27 III, Carta de la ONU).

Un *Estado Parte* puede solicitar en todo momento al Fiscal que investigue una determinada situación. A la solicitud deberán adjuntarse pruebas suficientes (art. 13 (a), en relación con el art. 14). Rigen los requisitos generales de competencia y de admisibilidad (arts. 11, 12, 17 y 19).

El *Fiscal* podrá recabar diligencias informativas de la Administración con base en informaciones de cualquier fuente fiable, también de otras organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales (art. 13 (c), en relación con el art. 15). Si es de la

opinión de que existe fundamento razonable (*reasonable basis*) para abrir una investigación, ha de solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares (*pre-trial chamber*) una autorización para la prosecución del procedimiento. En tal caso, las víctimas del hecho podrán presentar también sus observaciones. Sólo si la Sala de Cuestiones Preliminares considera que hay fundamento suficiente, el Fiscal podrá comenzar con las verdaderas investigaciones. Esta decisión judicial no afecta a las posteriores decisiones sobre la admisibilidad y competencia. Si, según la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares, faltara un fundamento suficiente, el Fiscal únicamente podrá presentar una nueva solicitud con base en hechos o pruebas nuevos. Si el Fiscal constata antes ya de la remisión a la Sala de Cuestiones Preliminares que las informaciones no son suficientes, deberá informar a las partes interesadas. Esto tampoco excluye ulteriores investigaciones con base en nuevos hechos o pruebas. Con esta propuesta (argentino-alemana) se ha impuesto la posición de los Estados partidarios a la Corte en favor de un Fiscal independiente actuando de oficio. De este modo, se podría impedir un control político del Fiscal, tal como fue más o menos lo deseado por los Estados Unidos. No obstante, hay que constatar desde la perspectiva de Derecho comparado que, así, el Fiscal estará sometido de entrada a un control muy anticipado —más anticipado a lo que es usual en el Derecho procesal nacional—. <sup>15</sup>

## 2. *Requisitos de admisibilidad (arts. 17-19)*

El art. 17 define el principio central, comprendido ya en el Preámbulo y en el art. 1, de *complementariedad*: la Corte sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, no estará permitido un procedimiento ante la C.P.I. cuando esté tramitándose un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente grave como para justificar una intervención de la Corte.

Resulta problemático cuándo se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz. Debe admitirse una *falta de voluntad* de persecución penal cuando un determinado

---

<sup>15</sup> Normalmente el control de la actividad de la Fiscalía —prescindiendo de las medidas coercitivas— se efectúa no antes del fin de las investigaciones, por ejemplo, a través de la *chambre d'accusation* francesa, el *Grand Jury* norteamericano o en el *Zwischenverfahren* alemán, (cfr. AMBOS, *The Review (International Commission of Jurists)*, Nr. 58/59 (1997), 45 ss. (50 ss.), con ulteriores referencias).

Estado incoa un procedimiento sólo aparente, para sustraer a la persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente o imparcial. La jurisdicción nacional será *incapaz* para la persecución penal cuando, debido a su colapso total o esencial, no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así la diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales ad-hoc: mientras que estos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, aquélla puede llegar a intervenir sólo complementariamente respecto de la jurisdicción nacional. Esto debía desvirtuar incluso las consideraciones de los Estados con especial conciencia de soberanía pues finalmente depende de ellos —concretamente: de la eficiente persecución penal de sus tribunales nacionales— el hecho de si la Corte puede intervenir en un caso que le concierne.

La complementariedad se sitúa en el punto central tanto del art. 18, que afecta a los dictámenes prejudiciales de admisibilidad («*preliminary rulings regarding admissibility*»), como del art. 19, que regula las impugnaciones de competencia y admisibilidad («*challenges to the jurisdiction or the admissibility*»). El art. 19 abarca también las cuestiones de admisibilidad reguladas en el art. 18, por lo que los Estados proclives a la Corte siempre consideraron supérfluo el art. 18. El doble examen de admisibilidad ahora existente en el art. 18 y 19 entraña el peligro de una dilación o incluso de un bloqueo del procedimiento en un momento procesal muy anticipado. Frente a este peligro reaccionaría un precepto de preclusión adoptado a instancias de los Estados partidarios de la Corte (art. 18, párr. 7). De acuerdo con él, podrá practicarse una nueva impugnación de la admisibilidad del mismo Estado en el marco del art. 19 sólo en base a hechos adicionales significativos o a un cambio esencial de las circunstancias. Aunque la palabra clave «sólo» no está contenida en este precepto, sin embargo, debe ser incluida en su espíritu para que pueda cumplir así su fin —evitar una dilación procesal—. En las negociaciones esta restricción explícita fue postulada también por los Estados proclives a la Corte —como signo de su predisposición a transigir— rechazada, sin embargo, por los Estados Unidos. El empeño por restringir todo lo posible las oportunidades de impugnación procesal en el procedimiento preliminar se muestra también en el art. 19, párr. 4, según el cual la admisibilidad puede ser impugnada *una sola vez* por una persona o por un Estado.

Conforme al procedimiento del art. 18, el Fiscal —en el caso de una remisión de un Estado (art. 13 (a), en relación con el art.14) o de investigaciones de oficio (art.13(c), en relación con el 15)— deberá informar (confidencial o restringidamente), en primer lugar, a todos los Estados contratantes y, normalmente, a los Estados competentes. En ese caso, el Estado afectado podrá hacer investigaciones en el plazo de un mes y solicitar del Fiscal la remisión del caso a su competencia aún cuando la Sala de Cuestiones Preliminares no hubiera autorizado tales investigaciones. Una remisión al ámbito de competencia estatal podrá ser revisada después de seis meses o, en todo caso, también después por el Fiscal de la C.P.I., cuando las circunstancias indiquen que el Estado no tiene intención o no está en disposición de llevar a cabo el proceso. El Fiscal podrá incluso solicitar del Estado que le informe de la marcha de las investigaciones. En caso de que esté pendiente el conflicto de competencia ante la Sala de Cuestiones Preliminares o ante la Sala de Apelaciones en procesos de revisión, el Fiscal podrá requerir a la Sala de Cuestiones Preliminares el secreto de las medidas de investigación más importantes para el aseguramiento de la prueba cuando exista una única posibilidad de sustentar las pruebas o grave riesgo de perderlas.

En el marco del *art. 19* la Corte ha de examinar *de oficio* su competencia y admisibilidad. Junto a ello, el procesado, una persona buscada con orden de detención o un Estado (que es competente o cuya conformidad *ad hoc* es necesaria) están autorizados para hacer valer las impugnaciones de competencia y admisibilidad. Tal impugnación deberá ser presentada, en principio, antes de la iniciación del juicio. Antes de la ratificación de los cargos inculpatorios es competente para ello la Sala de Cuestiones Preliminares, después de la ratificación la Sala de Primera Instancia. La instancia de los recursos será en ambos casos la Sala de Apelaciones. El Fiscal al llevar un conflicto ante los Tribunales podrá —igual que en el art. 18— solicitar a la Corte la autorización de adoptar las medidas de investigación necesarias para el aseguramiento de la prueba. El procedimiento de impugnación no afecta a la eficacia de las medidas de investigación de la Fiscalía ni a las órdenes judiciales tomadas antes de la impugnación. Si la Corte declara inadmisibile un asunto conforme al art. 17 (complementariedad), el Fiscal podrá solicitar una revisión ante la existencia de nuevos hechos. Con la remisión de un proceso a un determinado Estado, el Fiscal —igual que en el art. 18— podrá exigir estar al corriente con regularidad sobre la marcha del proceso; en caso contrario ha de informar por su parte al Estado interesado sobre la situación del proceso.

### III. Fundamentos jurídico-penales:<sup>16</sup> principios generales y tipos de delitos

#### 1. Principios generales (arts. 20-33)

La expresión principios generales (*general principles*) en la Parte Tercera del Estatuto induce a error, pues esta Parte no sólo contiene principios generales en sentido propio (sobre ello, a)), sino también reglas de imputación, es decir disposiciones sobre la responsabilidad jurídico penal personal (b) y causas de exclusión de la pena (c). Además, determinadas disposiciones sobre las que no podía alcanzarse acuerdo alguno —debido a fin de cuentas a la gran premura de tiempo durante la Conferencia— han sido suprimidas (por ejemplo, un precepto sobre la acción y la omisión)<sup>17</sup>.

#### a) Principios generales en sentido propio (arts. 20-24)

A ellos pertenecen no sólo el principio *nullum crimen* y *nulla poena* (arts. 22-24), sino también las disposiciones del *non bis in idem* (art. 20) y del Derecho aplicable (art. 21).

El art. 21 prevé una *jerarquía del Derecho aplicable*: en primer lugar, deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito (aún por definir) (art. 9, sobre ello *infra*) y las reglas de procedimiento. En segundo lugar, rigen los Tratados aplicables y los principios y normas de Derecho Internacional. Si de estas fuentes del Derecho no se desprendiese una solución, podrá recurrirse a los principios generales del Derecho nacional si estos principios son compatibles con el Estatuto y el Derecho Internacional. La Corte podrá también apoyarse expresamente en decisiones anteriores. La aplicación del Derecho no deberá ser determinada por criterios nacionales, racistas, políticos o de otra índole no objetiva.

Un procesado puede invocar el *principio ne bis in idem* cuando haya sido ya condenado o absuelto o también cuando un procedimiento está pendiente ante otro Tribunal. Pero en estos casos rige la restricción, derivada del principio de complementariedad, de que este procedimiento

<sup>16</sup> Cfr. con detalle AMBOS, 9 *Criminal Law Forum* (1998); SUNGA, *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, *supra* 4 (para los tipos de delitos).

<sup>17</sup> Cfr. art. 28 *Draft Statute for the International Criminal Court*, ONU-Doc. A/Conf. 183/2/Add. 1, 14-4-1998, (en: *Bassiouni*, *Compilation*, *supra* nota 4, art. 7-128). Cfr. también *Schabas*, *Eur. J. Crim Cr. L. Cr. J.*, *supra* nota 4.

no puede ser un procedimiento aparente para la protección del sospechoso o de modo no independiente o parcial (art. 20).

El principio *nullum crimen* se regula expresamente en cada una de sus cuatro acuñaciones (arts. 22-24): una persona sólo puede ser castigada por hechos que sean punibles en el momento del hecho según el Estatuto (*lex scripta*), que hubieran sido cometidos después de su entrada en vigor (*lex praevia*)<sup>18</sup> que estén formulados en forma suficientemente precisa (*lex certa*) y que no hayan sido ampliados mediante analogía (*lex stricta*). En caso de duda deberá optarse siempre por la interpretación más favorable para el inculpado. En caso de modificaciones del Derecho antes de que se dicte sentencia debe aplicarse la ley más beneficiosa para el acusado.

El art. 23 establece finalmente el *principio nulla poena* para impedir que se recurra a penas no fijadas en el Estatuto (sobre las penas, VI.1.).

## b) Responsabilidad penal individual (arts. 25, 28, 30)<sup>19</sup>

La C.P.I. tiene jurisdicción sobre personas naturales. Se reconoce el principio de responsabilidad penal individual (art. 25, párr. 1, 2).

*La responsabilidad penal de las personas jurídicas* fue finalmente rechazada —a pesar de la limitación a los órganos de dirección de empresas privadas<sup>20</sup>— por las razones siguientes: su reconocimiento se hubiera apartado de la responsabilidad individual del autor así como hubiera puesto, y en consecuencia exigido demasiado, a la Corte frente a problemas de prueba insalvables; por lo demás, la responsabilidad de las personas jurídicas ni está universalmente reconocida ni existen reglas de imputación consensuadas<sup>21</sup>.

Como *formas de autoría* son reconocidas la autoría individual, la coautoría («jointly with another») y la autoría mediata («through

<sup>18</sup> En este contexto ha de remitirse al ya mencionado art. 11, según el cual la Corte es *competente* sólo para crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.

<sup>19</sup> Cfr. sobre ello, desde la perspectiva jurisprudencial: AMBOS, «Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», en: MACDONALD/SWAAK-GOLDMANN (editores), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law - The experience of International and National Courts*, próximamente, (1998).

<sup>20</sup> Cfr. la última propuesta de compromiso de Francia: ONU-Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.5 (3-7-1998).

<sup>21</sup> Cfr. recientemente ESER/HUBER/CORNILS (Editores), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, etc., 1998.

another person»); no obstante, en los dos últimos supuestos, la punibilidad de cualquier otro implicado carecería de importancia (art. 25, párr. 3 (a)). Como *formas de participación* están previstas el ordenar, proponer o inducir a otro a un hecho consumado o intentado y el auxilio a un hecho consumado e intentado con el propósito de facilitar su comisión («for the purpose of facilitating the commission») (art. 25, párr. 3(b), (c)). Más adelante se somete a pena cualquier otra contribución al hecho para la comisión o tentativa de comisión de un delito por un grupo de personas que actúa con base en una finalidad común (art. 25, párr. 3(d)).

Tal contribución al hecho deberá ser realizada intencionalmente y con el objetivo de facilitar la actividad criminal o el fin criminal del grupo o con conocimiento de la intención criminal del grupo. Este precepto es una propuesta de compromiso relativa a un Convenio sobre Terrorismo<sup>22</sup> recientemente aprobado, en conflicto con el originario precepto de *conspiracy*<sup>23</sup> no susceptible de consenso. Por eso, el conflicto de la tutela del Derecho penal en torno a la aún lícita fase de preparación en caso de crímenes internacionales se resuelve en favor de un principio restrictivo que permite como límite mínimo de punibilidad la participación en la tentativa. Aunque esto es merecedor de aplauso, ahora se cuestiona, sin embargo, si cualquier otra contribución al hecho para delitos en grupo podrá ser delimitada en este sentido de la simple complicidad en el sentido del art. 25, párr. 3(c).

Con relación al *genocidio* se adoptó el tenor literal de la Convención correspondiente (art. III (c))<sup>24</sup> y se sometió a pena la inducción directa y pública a la comisión del hecho (art. 25, párr. 3(e)). También a este precepto precedieron largas discusiones en las que al final se impusieron quienes querían conceder una posición privilegiada a la participación en el genocidio.

Finalmente, se somete también a pena la *tentativa* (art. 25, párr. 3(f)), a cuyo efecto se asemeja a una definición a modo casi de tratado doctrinal en cuanto al inicio de la tentativa («*taking action that commences its execution by means of a substantial step*») y se reconoce el de-

<sup>22</sup> Cfr. art. 2-3(c) de la «International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings», aprobado en New York el 9-1-1998, en: *International Legal Materials*, 1998, 249.

<sup>23</sup> Art. 23-7(e), especialmente (ii) Draft Statute, *supra* nota 17.

<sup>24</sup> BGBl. 1954,II, 730. Cfr. para ello, LEMKIN, *American Journal of International Law (AJIL)* 1947, 14 ss.; KUNZ, *AJIL* 1949, 738 ss, 742 ss; JESCHECK, *ZStW* 1954, 193 ss., 203 ss., con ulteriores referencias; cfr. también AMBOS, *NSiZ* 1998, 138 ss., con ulteriores referencias.

sistimiento como causa de exención de la pena (con el abandono definitivo y voluntario del propósito criminal del hecho).

En relación con los superiores militares y civiles el art. 28 intenta codificar las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la *command responsibility*. El precepto distingue en dos párrafos entre jefes militares o personas que actúan de facto como jefes militares, y otros (normalmente civiles) superiores. Supera así la actual dogmática de la *command responsibility*<sup>25</sup>.

Al *jefe militar* (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que hayan sido cometidos como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometen tales delitos y ha omitido emprender cualesquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes. Con ello, de un lado, se intenta incluir no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de hecho de grupos militares, especialmente, de paramilitares. De otro, se introduce, en sentido subjetivo, una medida de imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer («should have known») de los crímenes de los subordinados redundan en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de *cualesquiera otros superiores (civiles)* se diferencia de esto en una doble perspectiva. De una, desde el plano subjetivo, se exige una especie de imprudencia *consciente* en el sentido del criterio tradicional «wilfully blind»<sup>26</sup>, por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva se destaca

---

<sup>25</sup> En efecto, el Tribunal de Yugoslavia ha ampliado ya esta dogmática en las Decisiones - Regla 61 sobre los comandantes de facto, cfr., por ejemplo, *ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Radovan Karadzic/Ratko Mladic. Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Cases Nos. IT-95-5-R- 61/IT-95-18-R 61, 11-7-1996, para.42, 65-85; ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Dragan Nikolic a/k/a «Jenki». Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Case N. IT-94-2-R 61, 20-10-1995.*

<sup>26</sup> Art 28 (20(a): «... consciously disregarded information which clearly indicated, that he subordinates were committing or about to commit such crimes ...». Con ello se piensa en una situación en la que el autor ha omitido *conscientemente* todas las medidas para llegar al conocimiento de la existencia de las condiciones fácticas de un delito. Se plantea la cuestión de si la imprudencia consciente ha de corresponder al sentido de *recklessness* o al conocimiento positivo en el sentido de *knowledge*. Según el § 2.02(7)US-Model Penal Code (MPC, *American Law Institute*, 1985) existe un conocimiento positivo cuando el acusado mismo es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho y no cree realmente que no exista. De la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho se deduce el conocimiento de su existencia.

(una vez más) expresamente, como una de las condiciones de punibilidad acumulativamente necesarias, que las actividades criminales de los subordinados caigan en el ámbito de control y de responsabilidad efectiva del superior.

El art. 30 establece las *condiciones subjetivas del tipo*. Los crímenes establecidos en el Estatuto deben ser cometidos con intención («intent») y conocimiento («knowledge»). Según ello, para la determinación de la *intención* se distingue si debe referirse al comportamiento inculpativo o a la consecuencia provocada. En el primer caso, la persona en cuestión debe querer el comportamiento («means to engage in the conduct»). En el último caso, debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según un curso normal de los acontecimientos. De modo análogo, por *saber o conocimiento* se entenderá la conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá el resultado según un curso normal de los acontecimientos. Por eso, no serán consideradas las formas dolosas más leves de *dolus eventualis* o de *recklessness*<sup>27</sup> sobre las que se asienta el saber y el querer. Esto se explica ante todo por el hecho de que no se podía llegar a un acuerdo sobre un concepto unitario comprensivo de ambas formas de dolo. Por otra parte, existía sin embargo también la percepción —desconociendo el sentido de una Parte General— de que no se necesita de estas formas de dolo pues no se hace mención a ellas en los tipos de delitos.

### c) Causas de exclusión de la pena (art. 26, 27, 29, 31-33)<sup>28</sup>

Con respecto a ello ha de aludirse a la original solución referida con respecto a la *edad de la capacidad de culpabilidad*. Dado que no se pudo llegar a un acuerdo sobre una edad —los Estados árabes defendían, por ejemplo, la opinión de que sean imputables a partir de 13 años— el art. 26 prescribe sencillamente que la Corte no posee jurisdicción sobre personas que en el momento del hecho eran menores de 18 años. Igual de clara es también la solución con respecto a una posible *prescripción*: los crímenes que recaen en la competencia de la Corte no están sujetos a prescripción (art. 29). Finalmente, se exceptúa también la consideración a la exención o atenuación de la pena de un determinado *cargo oficial*,

<sup>27</sup> Por «recklessness» se entenderá un grado más elevado de imprudencia, en el sentido de imprudencia consciente (cfr. § 2.02(2)(c) MPC, *supra* nota 26; LAFAYE/SCOTT, *Criminal Law I* (1986), § 3.7. (p. 325 ss); FLETCHER, *Criminal Law* (1978), § 6.5.2, p. 442 ss; también WEIGEND, *ZStW* 93 (1981), 657, 673 ss.

<sup>28</sup> Sobre ello, recientemente de forma comprensiva, NILL-THEOBALD, *supra* nota 3, *passim*.

especialmente, como Jefe de Estado o de Gobierno, o de las *normas de inmunidad* o normas de procedimiento especiales (art. 27).

En las restantes disposiciones son reguladas las clásicas causas de justificación y de exculpación, para lo que únicamente se consagran disposiciones específicas al *error* (art. 32) y al *actuar por orden* (art. 33). El art. 31 incluye otras «circunstancias eximentes de responsabilidad criminal» («grounds for excluding criminal responsibility»), aunque, sin embargo, como ya se deduce de las primeras palabras («In addition to other grounds ...») no es concluyente. Por lo demás, el art. 31, párr. 3 remite a la disposición sobre el Derecho aplicable (art. 21) de tal modo que se atribuye a la Corte un considerable margen de maniobra para invocar otras «defences», en especial, bajo la consideración a principios generales del Derecho.

El art. 31 excluye, en primer lugar la responsabilidad jurídico-penal de la persona que padece una *enfermedad mental* o una *deficiencia* que anula su capacidad para la comprensión del injusto o para el control de su comportamiento conforme a las exigencias legales (art. 31, párr. 1(a)). La misma consecuencia jurídica rige para la *embriaguez* cuando no existan las condiciones de una *actio libera in causa* dolosa o imprudente (art. 31, párr. 1(b): «unless the person has become voluntary intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime ...»).

En el caso de *legítima defensa* («self-defence», art. 31, párr.1(c)) han sido reconocidos como bienes jurídicos defendibles no sólo la integridad física y la vida del agredido o de un tercero, sino también —en el caso de crímenes de guerra— la propiedad necesaria esencial para la supervivencia de personas o para la realización de una misión militar. Esta muy detallada y restrictiva formulación deja claro que el reconocimiento de este bien jurídico fue muy discutido; finalmente fue incorporada a instancias especialmente de los Estados Unidos. La agresión debe presentar un empleo de violencia directa y antijurídica, la acción de defensa debe ser proporcional con relación al grado de peligro. El hecho de que el defensor hubiera participado en una operación militar defensiva, no bastará por sí sólo para apreciarse una causa de legítima defensa.

En contra de la jurisprudencia del Tribunal de Yugoslavia en el caso Erdemovic se reconoce también el *estado de necesidad coactivo* («duress» art. 31, párr. 1(d)<sup>29</sup>. De este modo se diferencia entre amenazas

---

<sup>29</sup> ICTY-APPEALS CHAMBER, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgment*, Case n. IT-96-22-A, 7-10-1997, paragraph 19 and disposition 4. Cfr. especialmente *en contra* de la *duress* la fundamentación de *McDonald/Vohrah*, par. 59 ss (66 ss, 72, 75, 78, 88). Más convincente

por otras personas o con base en cualesquiera otras circunstancias que consisten en una violencia superior. Las condiciones para una exclusión de la pena son en ambos casos iguales: el necesitado debe estar situado ante una amenaza de muerte inminente (situación de estado de necesidad) y actuar necesaria y razonablemente para rechazar la amenaza sin querer causar con ello un daño mayor (acción de estado de necesidad).

En el caso de *error* se distingue entre un error de hecho (*mistake of fact*) y un error de Derecho (*mistake of law*) (art. 32). En ambos supuestos, la cuestión es si el error hace desaparecer el «elemento subjetivo» («mental element»), por tanto, el dolo del tipo («knowledge» e «intent», según el art. 30). Esto corresponde al principio del *common law* de que un error de hecho es relevante y un error de Derecho es irrelevante, pues con aquél normalmente desaparece el dolo, pero con éste no<sup>30</sup>.

Si se examinan las regulaciones del error con ayuda de las categorías alemanas se llega a soluciones convincentes sólo en caso de *error de tipo normal* (*mistake of fact*, relevante) y con el *error de prohibición directo* (*mistake of law*, irrelevante): un soldado mata a un civil pero cree que se trataba de un soldado enemigo (*mistake of fact*), le faltará el dolo con respecto al elemento del tipo —civil— del crimen de guerra en cuestión; por tanto, el error de tipo suprime el dolo. Si el soldado hubiera alegado no haber sido consciente de que la muerte de civiles era punible (*mistake of law*) habría intervenido la regla *ignorantia non nocet*, pues este error deja intacto su dolo porque él mató a los civiles consciente y voluntariamente.

Problemático se hace en caso de una *valoración jurídica defectuosa* que afecta a un principio de permisión: si el autor actúa con la creencia de poder cometer incluso crímenes contra la humanidad para la protección de la propiedad (*mistake of law*, en forma de un *error de permisión* o bien *error de prohibición indirecto*), podía faltar el dolo pues él sólo quería realizar un hecho permitido —por el derecho de autodefensa— no uno prohibido. De forma análoga queda el caso cuando un soldado comete un crimen de guerra a causa de una agresión putativa contra su vida (*error de tipo de permisión*). Aquí, se puede admitir incluso un *mistake of fact*<sup>31</sup>.

---

en favor de la *duress*, sin embargo, *Cassese*, par. 11 ss (12, 16-7, 21 ss, 41 ss, 49 ss). Cfr. también SWAAK-GOLDMANN, 92 *AJIL* (1998), 282; AMBOS/RUEGENBERG, *NSiZ-RR*, 1998, 161, 167 y sgte.

<sup>30</sup> Cfr. LAFAVE/SCOTT, *Substantive Criminal Law* I, 1986, § 5.1. (p. 575 ss.); SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 8ª ed., 1996, p. 83 ss.; cfr. también WATZECK, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, etc., 1997, p. 275 ss.

<sup>31</sup> En conjunto corresponde al art. 32 § 2.04 MPC, *supra* nota 26, así que está justificada la crítica de FLETCHER (*Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, 148 ss). N.T.: existe una versión al castellano con el título «Conceptos básicos de Derecho penal», prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

Con el *actuar por orden*<sup>32</sup> viene en cuestión una exclusión de la pena cuando el subordinado estaba obligado a la obediencia, no supiera que la orden era ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita (art. 33). Esto es válido en efecto según el art. 33, párr. 2 *a contrario* sólo para crímenes de guerra, pues en caso de comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad se presume la antijuricidad manifiesta de la orden respectiva. Con los crímenes de guerra depende de la ilicitud manifiesta de una orden, pues el subordinado normalmente tendrá que observar un deber de obediencia y afirmará de modo apenas refutable que no ha conocido la ilicitud de la orden. Así, es decisivo quién soporta la carga de la prueba sobre la ilicitud manifiesta de la orden. Puesto que se trata de un hecho que fundamenta la culpabilidad, que refuta una *defence*, deberá probarlo el Fiscal.

En los (difíciles) debates en torno a este precepto fue ya objeto de controversia si merece un artículo específico o si debía ser integrado en el art. 31 (así, la propuesta de los Estados Unidos). Por encima de ello, existía una discusión importante sobre las consecuencias jurídicas de un actuar por orden: los Estados Unidos defendieron en una sesión informal de los debates la opinión de que un actuar por orden era una «substantive defence», por tanto, representaba una causa de justificación o de exculpación. Esto se rechazó por el resto de delegaciones en vista al Derecho de Nüremberg, especialmente el art. 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional<sup>33</sup>, así como la praxis del Tribunal ad-hoc para Yugoslavia y Ruanda<sup>34</sup>. Estas delegaciones, entre ellas la alemana, han aprobado atenerse al principio de Nüremberg de que un actuar por orden no representa ninguna causa de exclusión de la pena. El compromiso alcanzado retorna al Derecho de Nüremberg en cuanto que no se excluye para todos los casos una exención de la pena. Pero siempre viene en expresión una solución de regla-excepción de tal manera que el actuar por orden, en principio, no debe implicar una causa de exclusión de la pena.

## 2. Tipos de crímenes (arts. 5-10)

Los tipos de crímenes están definidos en los arts. 5-8. Estos preceptos no deben de ningún modo limitar o prejuzgar el Derecho Internacional existente (art. 10).

<sup>32</sup> Sobre la situación jurídica, recientemente AMBOS, *JR* 1998, 221 ss.

<sup>33</sup> UNTS 82, 280; *versión alemana* en: HANKEL/STUBY, (editores) *Strafgerichte gegen Menschenheitsverbrechen*, 1995, p. 156 ss.

<sup>34</sup> Cfr. art. 7-4 del Estatuto del Tribunal de Yugoslavia (Resolution 827/1993, ONU-Doc. S/RES/827, en: HRLJ 1993, 221 ss; ZaöRV 1994, 434 ss) y el equivalente art. 6-4 del Estatuto del Tribunal de Ruanda (Res 955/1994, ONU-Doc. S/RES/955).

En base a la petición de los Estados escépticos a la Corte, especialmente los Estados Unidos, fue incorporado además el art. 9, según el cual deben ser definidos por la Asamblea de los Estados Contratantes otros elementos del delito (*elements of crime*) para los crímenes establecidos en los arts. 6-8. Desde el momento en que estos Estados pretendían hacer depender la entrada en vigor del Estatuto de la definición de los elementos, se retrasaría más la puesta en marcha de la Corte. Esto podía ser impedido, sin embargo, por los Estados partidarios de la Corte, puesto que el art. 9 fue reducido a una exigencia relativamente facultativa de sustentar la C.P.I. en la interpretación y aplicación de los arts. 6-8 a través de los elementos. Esto posee sentido en la práctica sólo con respecto de la agresión aún no definida.

El crimen de *agresión* ha sido incorporado en el Estatuto a reserva de una posterior definición (art. 5, párr. 1(d)).

La definición de *genocidio* corresponde al art. II de su homóloga Convención de 1948 (art. 5, párr. 1(a) y (6))<sup>35</sup>. La participación en él ha sido incluida, como ya hemos dado cuenta, en el art. 25, párr. 3(e).

Por *crímenes contra la humanidad* se entienden hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor debe tener conocimiento del ataque (art. 5, párr. 1(b), 7). Este elemento subjetivo supera las actuales exigencias del Derecho Internacional,<sup>36</sup> pues se desprende ya del art. 30, válido como regla general para todos los tipos (en cuanto estos no determinen otra cosa), que en sentido subjetivo se exigen el saber y la intención. Con relación a las particulares formas de crimen que son definidas con detalle en el art. 7, párr. 2, llama especialmente la atención la deportación o traslado forzoso de la población<sup>37</sup>, hechos de violencia sexual (por ejemplo, embarazo y esterilización forzados), la desaparición de personas así como el apartheid. Junto a ellos, son incorporados también hechos que son indiscutibles desde el punto de vista de la costumbre del Derecho Internacional<sup>38</sup>. La enumeración no es concluyente, pues también son incluidos «otros actos inhumanos de carácter similar» (art. 7, párr.1-k).

<sup>35</sup> Cfr. ya *supra*, nota 24.

<sup>36</sup> El art. 18 del ILC *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* (Report of the ILC on the work of its 48th session, 1996, ONU-Doc, A/51/10) no contiene esta exigencia sino la de una participación estatal de otros colectivos.

<sup>37</sup> Debido a este tipo, Israel votó en contra del Estatuto (cfr. *UN-Press Release, L/Rom/22*, (<http://www.un.org/icc>)).

<sup>38</sup> Cfr. por ejemplo, ZIMMERMANN, *ZaöRV* 1998, 63, declara la duda (fundada) con relación a la desaparición.

Con relación a los *crímenes de guerra* el Estatuto introduce un umbral de aplicación desconocido hasta ahora en el derecho de La Haya y Ginebra en cuanto que son incluidos *en particular* («in particular») aquellos crímenes, que han sido perpetrados como parte de un plan o de una política o de una comisión masiva (art. 5, párr. 1(c), 8, párr. 1). Así, con todo, pudo impedirse una restricción concluyente a través de la palabra clave *sólo* («only»).

Por lo demás, el precepto distingue entre los crímenes cometidos durante un conflicto *internacional* (infracciones graves) de los Convenios de Ginebra, art. 8, párr. 2(c), así como cualesquiera otras violaciones graves de las leyes y usos de guerra, art. 8, párr. 2 (b) y aquellos delitos que son cometidos durante un conflicto *dentro de un país* (art. 3, común a los Convenios de Ginebra, art. 8, párr. 2 (c), así como las violaciones graves de las leyes y los usos de la guerra que encuentran aplicación en un conflicto armado interno, art. 8, párr. 2(e)). La protección relativamente detallada vinculada a ello está *limitada* en efecto por el hecho de que, en relación al art. 8, párr. 2(e) —excediendo la limitación del art. 1, párr. 2 del Segundo Protocolo Adicional (PA II)— se determina expresamente que este precepto encuentra aplicación sólo en conflictos armados entre tropas gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (art. 8, párr. 2(f)). Así, son excluidos los conflictos armados que van más allá de las alteraciones del orden público y disturbios en el sentido del Segundo Protocolo Adicional, pero que aún no alcanzan el umbral de un conflicto armado en el sentido del art. 8, párr. 2(f). De aquí se desprenderán problemas de interpretación y de delimitación. Finalmente, el art. 8, párr. 3 encarga al Gobierno la *facultad* de restablecer la ley y el orden con todos los medios *legítimos* o de defender la unidad e integridad territorial del Estado. Una propuesta menos amplia había descansado sobre un expediente compatible con el Derecho Internacional y, en cuanto tal, había tratado de evitar una contradicción valorativa directa con las reglas de refuerzo penal en las letras (c) y (e) del conflicto interestatal.

Junto a los crímenes mencionados, la C.P.I. es además competente para determinados *delitos contra la Administración de justicia*. Así se puede distinguir entre delitos (art. 70) y simples faltas (art. 71).

Como *delitos* se contemplan por ejemplo, el falso testimonio, la proposición de pruebas falsas o falsificadas, la influencia ilegítima de un testigo o de un funcionario judicial así como actos de corrupción. En estos casos la Corte puede imponer una pena de hasta 5 años o una pena de multa. A los Estados Contratantes se les impone la obligación de ampliar sus leyes penales nacionales a los delitos incluidos en este precepto contra la Administración de Justicia.

Esto debe posibilitar a la Corte encomendar a un Estado Contratante la persecución de estos hechos. En el caso de una *falta* ante la Corte, por ejemplo, la perturbación continuada del procedimiento, la Corte puede imponer sanciones administrativas, por ejemplo, el alejamiento temporal o permanente de la Sala de la Corte o una pena de multa.

#### **IV. Fundamentos jurídicos del proceso penal:<sup>39</sup> investigación, juicio y recursos**

##### **1. Investigación (arts. 53-61)**

###### **a) Iniciación**

El Fiscal examina —tras la presentación de un asunto a través del Consejo de Seguridad de NU, un Estado parte o *ex officio*<sup>40</sup>— si existe un *fundamento razonable* («reasonable basis») para la iniciación de una investigación (art. 53). Para ello debe tener en cuenta si las informaciones de que dispone son suficientes para suponer que se ha cometido un delito y si el proceso podría contravenir el principio de complementariedad (art. 17) o los intereses de la justicia («interests of justice»).

Mediante este criterio deben evitarse procesos político-criminalmente contraproducentes. Una inadmisión del proceso basada en él ha de ser confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 53 párr. 3 (b)).

El Fiscal debe informar de su decisión al Consejo de Seguridad de NU, al Estado interesado y a la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Cuestiones Preliminares puede, a petición del Consejo de Seguridad de NU o del Estado interesado, examinar la decisión y pedir al Fiscal una nueva consideración. El Fiscal puede reconsiderar en cualquier momento su decisión sobre la base de nuevos hechos o pruebas.

###### **b) Derechos y deberes de los intervinientes en el proceso, en especial Fiscal y Sala de Cuestiones Preliminares**

El Fiscal está *obligado* en primer lugar a la *objetividad* y a la búsqueda de la verdad (art. 54 párr. 1). Ha de investigar en especial las

<sup>39</sup> Vid. más detalladamente BEHRENS, *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, *supra* nota 4.

<sup>40</sup> Vid. ya *supra* II. 1 (en especial sobre el control a través de la Sala de Cuestiones Preliminares).

circunstancias incriminantes y eximentes, así como tener en cuenta los intereses personales de víctimas y testigos, la naturaleza del crimen y los derechos del inculgado. Debe presentar a la defensa, tan pronto como sea posible, pruebas de descargo o de atenuación de la pena (art. 67 párr. 2).

Por lo que respecta a sus *atribuciones*, hay que distinguir entre medidas coercitivas sin carácter de intervención, que puede adoptar por sí mismo (art. 54 párr. 3), y aquellas que revisten carácter de intervención, que debe solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 54 párr. 2 en relación con el art. 57 párr. 3 (d)). En esta medida corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares una importancia decisiva no sólo en cuanto a la decisión sobre el *si* de una investigación, sino también en cuanto al *cómo* ésta se lleva a cabo.

Por sí mismo, el *Fiscal* puede reunir y examinar pruebas, realizar interrogatorios, solicitar la cooperación de un Estado o de una organización intergubernamental, concertar los correspondientes acuerdos, mantener bajo secreto informaciones confidenciales y adoptar o solicitar las correspondientes medidas de protección y aseguramiento. Por el contrario, el Fiscal sólo puede realizar investigaciones en el territorio de un Estado de acuerdo con las disposiciones sobre cooperación (Parte 9, sobre ello V.) o sobre la base de la correspondiente autorización de la *Sala de Cuestiones Preliminares* de conformidad con el art. 57 párr. 3 (d).

Además la Sala de Cuestiones Preliminares, es decir, por regla general un magistrado<sup>41</sup>, es competente en particular para dictar una *orden de detención o de comparecencia*, ordenar medidas para la protección de testigos y víctimas, para la preservación de pruebas, así como para el decomiso (art. 57, 58). Por último, la Sala de Cuestiones Preliminares es competente también para adoptar especiales disposiciones, cuando el Fiscal considera que existe una oportunidad única de proceder a una investigación que no subsistirá en un momento posterior («unique investigative opportunity») y solicita las correspondientes medidas para la preservación de pruebas (art. 56). La Sala puede entonces, *inter alia*, disponer la grabación en cinta magnetofónica de la práctica de una prueba, autorizar a un abogado a participar o nombrar a un magistrado para la práctica de una prueba. También puede adoptar estas medidas de preservación de pruebas a iniciativa propia, cuando tras consultar con el Fiscal no considere justificada la inactividad de éste. El Fiscal puede impugnar esta decisión ante la Sala de

---

<sup>41</sup> Sólomente las decisiones que afectan a la competencia formal y políticamente delicadas han de ser adoptadas por la mayoría de los magistrados (*vid.* art. 57 párr. 2 a).

Apelación. Respecto a la admisibilidad de estas pruebas rigen las reglas del juicio oral (art. 69, sobre ello 2.)

La atribución prácticamente más importante de la Sala de Cuestiones Preliminares es el ordenar la *detención o comparecencia* de un sospechoso (art. 58). Puede dictarse una orden de detención cuando existan motivos razonables para creer que una persona ha cometido un crimen competencia de la C.P.I. y la detención parezca necesaria para garantizar su presencia durante el juicio, asegurar el desarrollo sin incidentes de la investigación y del proceso o evitar la comisión (continuada) del crimen en cuestión o de crímenes relacionados con él por la persona de que se trate. Esta última causa de detención se ha fundamentado sobre todo en que la gravedad de los crímenes correspondientes justificaría también una detención provisional preventiva por el peligro de continuación o de repetición. Esta argumentación no tiene en cuenta que el detenido provisionalmente tiene que ser considerado inocente hasta la condena, y que por ello la detención provisional sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso.

La orden de detención dictada —a solicitud del Fiscal— ha de identificar suficientemente al sospechoso, describir los supuestos crímenes y contener una descripción detallada de los hechos (art. 58 párr. 3). Puede ser modificada a petición del Fiscal. Se mantendrá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario y constituye la base para una detención provisional o una detención y entrega según las disposiciones relativas a la cooperación.

Puede dictarse una *orden de comparecencia* cuando la Sala de Cuestiones Preliminares la considere suficiente para asegurar la presencia del sospechoso en el juicio. Tiene el mismo contenido que la orden de detención y ha de ser notificada personalmente al interesado (art. 58 párr. 7).

Un Estado parte está obligado a *ejecutar* la *orden de detención* de la C.P.I. y a tener a la persona en cuestión a disposición de la Corte para la entrega (art. 59). La competencia de las autoridades nacionales se limita a la comprobación de si la orden de detención es aplicable a la persona en cuestión, si ésta fue detenida mediante un procedimiento adecuado y si se respetaron sus derechos. Al Estado de detención no le está permitido, sobre todo, examinar la conformidad (material) a Derecho de la orden de detención.

La persona detenida puede solicitar de las autoridades nacionales la *libertad provisional* hasta la entrega, pero esta solicitud sólo deberá ser atendida si existen circunstancias «urgentes» y «ex-

cepcionales» que lo justifiquen, y si el cumplimiento de la obligación de entrega puede ser garantizado mediante las correspondientes medidas de salvaguardia. Por tanto, ha de constar que la persona no utilizará la puesta en libertad para la fuga y se hará con ello imposible la entrega. Por ello, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de ser informada de una solicitud en este sentido y sus recomendaciones han de ser tenidas en cuenta. Si se accediera a la solicitud, la Sala de Cuestiones Preliminares puede solicitar informes periódicos al Estado de detención.

En cuanto el *imputado* haya sido *entregado* al tribunal, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de examinar si fue suficientemente informado de los hechos que se le imputan y de sus derechos (art. 60 párr. 1).

El imputado puede solicitar la *libertad provisional* hasta el inicio del juicio. Debe accederse a esta solicitud si ya no subsisten los presupuestos de la detención según el art. 58 párr. 1 (art. 60 párr. 2). La Sala de Cuestiones Preliminares ha de revisar periódicamente su decisión sobre la puesta en libertad o la detención, y en particular ha de asegurarse de que el imputado no permanezca detenido durante un período de tiempo excesivo, y en caso de una demora inexcusable del proceso considerar la posibilidad de la puesta en libertad. Posteriormente puede dictar una (nueva) orden de detención para asegurar la presencia del imputado puesto en libertad (art. 60 párr. 3-5).

Además de ello, el imputado ostenta durante la investigación los derechos ordinarios (art. 55), *inter alia*, prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*), libertad respecto de coacción o amenaza y derecho a un intérprete. Además, no podrá ser detenido arbitrariamente ni privado en forma alguna de su libertad. En el primer interrogatorio el imputado tiene que ser informado de los hechos que se le imputan, de su derecho a guardar silencio y de su derecho a ser asistido por un abogado, en especial también en el transcurso de los interrogatorios.

### **c) Confirmación de los cargos (Confirmation hearing)**

Dentro de un plazo razonable desde la entrega o la comparecencia voluntaria del imputado ante la Corte ha de celebrarse una *audiencia* para confirmar los cargos (el llamado *confirmation hearing*, art. 61). Con ella finaliza la investigación y debe ser realizada por principio en presencia del imputado, del Fiscal y del defensor.

La presencia del imputado no es necesaria cuando renuncia a ello o haya huido. En estos casos será representado por un defensor cuando ello parezca necesario por razones de justicia. El imputado ha de ser informado dentro un plazo razonable («within a reasonable time») antes del confirmation hearing de los cargos que se imputan y de las pruebas existentes.<sup>42</sup>

El Fiscal ha de probar suficientemente cada cargo, para lo que puede aportar pruebas documentales o un resumen de las pruebas («summary evidence») —prescindiendo de llamar directamente a los testigos—. El imputado puede impugnar los cargos, impugnar las pruebas y presentar sus propias pruebas. La Sala de Cuestiones Preliminares tiene tres posibilidades de decisión: puede (a) confirmar los cargos y asignar el caso a una Sala de Primera Instancia, (b) no confirmar los cargos por falta de pruebas suficientes o (c) levantar la audiencia y pedir al Fiscal que presente nuevas pruebas o modifique un cargo. En caso de no confirmación de un cargo, el Fiscal puede pedirla en un momento posterior presentando pruebas adicionales.

Tras el *confirmation hearing* pero antes del inicio del juicio puede el Fiscal modificar nuevamente los cargos con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, pero en caso de nuevos cargos o más graves deberá pedir una nueva audiencia. Tras el inicio del juicio el Fiscal únicamente puede retirar cargos. Órdenes judiciales ya dictadas respecto a cargos no confirmados o que sean retirados dejarán de tener efecto. Tras la confirmación de los cargos la Presidencia determinará una Sala de Primera Instancia competente para el juicio.

## 2. El juicio (arts. 62-76)

### a) Desarrollo y práctica de la prueba

El juicio debe celebrarse en principio en la sede de la Corte (La Haya, art. 3) en presencia del acusado (arts. 62, 63 párr. 1).

Sin embargo, el acusado puede —por un tiempo determinado y de manera excepcional— ser alejado si perturba continuamente el juicio. En este caso puede seguir el proceso desde fuera de la sala, por ejemplo a través de una pantalla (art. 63 párr. 2)

---

<sup>42</sup> También ha de ser informado con antelación razonable («reasonable notice») de modificaciones —posibles hasta el inicio del *confirmation hearing*— de los cargos.

Una Sala de Primera Instancia (*trial chamber*) determinada por la Presidencia *dirige* —bajo la presidencia de un magistrado (art. 64 párr. 8-10)— el juicio y ha de velar entre otras cosas por que éste se sustancie de manera justa y expedita con respeto de los derechos del acusado y de los intereses de víctimas y testigos (art. 64 párr. 1, 2).

Además, la Sala de Primera Instancia ha de determinar el o los idiomas del juicio, ordenar la eventual divulgación de documentos o informaciones, en especial para la preparación de la defensa del acusado, determinar la acumulación o agravación de cargos, preparar la práctica de la prueba mediante la citación de testigos y presentación de documentos así como velar por la protección del acusado, los testigos y las víctimas.

El *juicio* será en principio público, pero la publicidad puede quedar excluida (art. 64 párr. 3-7) por razones de protección de víctimas o testigos, o de protección de informaciones confidenciales (sobre esto más detalladamente *infra*). Se inicia con la lectura de los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia ha de cerciorarse de que el acusado comprende las acusaciones (art. 64 párr. 8). El juicio es dirigido por el magistrado presidente. Éste ha de velar por el orden y la documentación completa de las actuaciones (art. 64 párr. 8-10). El desarrollo sin incidentes del juicio debe verse asegurado también a través de los delitos contra la administración de justicia ya mencionados (*supra* III. 2).

Se prevé un *procedimiento especial* para el caso de que el acusado realice una declaración de culpabilidad (*admission of guilt*) (art. 64 párr. 8 (a) 1. frase en relación con 65).

En estos casos la Sala de Primera Instancia ha de examinar, en primer lugar, si el acusado comprende la naturaleza y consecuencias de su declaración, si ha sido realizada voluntariamente tras consulta suficiente con su defensor y si resulta corroborada por los hechos de la causa. Si se dan estas condiciones la Sala puede condenar al acusado de acuerdo con la confesión. En este caso puede imponer la pena inmediatamente —sin una nueva audiencia sobre la medida de la pena (sobre ello *infra*) (art. 76 párr. 2 e.c.). Si no se dan las condiciones, ha de continuar el juicio y la causa puede ser remitida a otra Sala. Si la Sala considera que es necesaria una exposición más completa de los hechos puede pedir al Fiscal pruebas adicionales o remitir la causa a otra Sala para su continuación. Los acuerdos entre el Fiscal y el defensor referentes a los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena no son vinculantes para la Corte.

En el marco de la *práctica de la prueba* (art. 69) cada *testigo* ha de comprometerse en primer lugar a decir la verdad en sus declaraciones. En principio el testigo ha de declarar personalmente ante la Corte, pero existen excepciones, en razón sobre todo de la protección a los testigos. En estos casos puede ser admisible también una grabación de vídeo o audio, o la lectura de declaraciones. Las *partes* pueden presentar pruebas a iniciativa propia o a petición de la Corte. La Corte decide sobre su pertinencia o admisibilidad, para lo que ha de tener especialmente en cuenta el valor probatorio y los posibles efectos que puedan tener para un juicio justo.

Los hechos de dominio público no necesitan ser probados, pero pueden ser incorporados en autos. Las pruebas obtenidas con violación de este Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas no serán admisibles cuando ello haga surgir serias dudas sobre su fiabilidad o su admisión atente contra la integridad del juicio. Esto último debería ser el caso siempre que se produzca una violación de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.

De especial relevancia práctica son las reglas sobre la *protección de los intereses de seguridad nacional* (art. 72), que como es sabido han jugado un papel importante en el proceso Blaskic ante el Tribunal para Yugoslavia.<sup>43</sup> La solución adoptada en el Estatuto representa un compromiso entre el interés de la C.P.I. en disponer de todas las pruebas y la necesidad de seguridad de determinados Estados. La disposición es aplicable no sólo cuando se trata de la divulgación de determinados documentos, sino también cuando una persona se niega a proporcionar una información en razón de intereses de seguridad estatales.

Si un Estado tiene conocimiento de la posible divulgación de determinadas informaciones o documentos, que afectan a sus intereses de seguridad nacional, dispone de un derecho de intervención, que desencadena el subsiguiente *procedimiento arbitral*. En primer lugar se debe intentar resolver el conflicto por medio de la cooperación, a través de la modificación o aclaración de la correspondiente solicitud, la búsqueda de otra fuente de información o la presentación de la información en una forma distinta, más protegida, por ejemplo abreviada o resumida. Si esto no diera resultado

---

<sup>43</sup> ICTY-Appeals CHAMBER, *Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of the Trial Chamber II of 18 July 1997*, Case No. IT-95-14-AR108 bis, 29.10.1997; sobre ello AMBOS/RUEGENBERG, *NStZ-RR* 1998, 169; desde una perspectiva de derecho comparado: ESER/AMBOS, *Eur.J.Crime Cr.LCr.J* 1998, 3 ss.

el Estado debe notificarlo al Fiscal o a la Corte exponiendo (nuevamente) sus razones. Si la Corte por su parte se mantiene en la necesidad de la prueba para el establecimiento de la culpabilidad o inocencia del acusado, existen dos posibilidades: si se trata de una solicitud según las *normas generales de cooperación* (sobre ello *infra* V.) la Corte puede de momento llevar a cabo nuevas consultas con el Estado, en su caso secretas. Si considera que el Estado no está cumpliendo con su obligación de cooperación debe remitir el asunto a la Asamblea de los Estados Partes o, en tanto sea competente, al Consejo de Seguridad de NU. Junto a ello, la Corte es libre de establecer en el juicio presunciones respecto de la existencia o inexistencia de determinados hechos. En todos los *demás casos*, la Corte puede bien ordenar la divulgación, bien extraer las mencionadas presunciones.

Existe una limitación más en la práctica de la prueba en relación con informaciones o documentos que proceden de terceros —otro Estado parte, una organización intergubernamental o internacional— (*Third party information or documents*, art. 73).

En este caso la Corte ha de intentar en primer lugar recabar el consentimiento del Estado o la organización de cuya esfera procede la información («the originator»). Si no consiente un *Estado parte*, se aplicará el procedimiento descrito según lo dispuesto en el art. 72. Si no consiente un *Estado no parte*, la Corte ha de conformarse con la comunicación de que una obligación de confidencialidad respecto al informador originario existente con anterioridad a la solicitud hace imposible una divulgación de la información.

## **b) El fallo**

El fallo (art. 74) presupone en principio que todos los magistrados estén *presentes* en cada fase del juicio y durante las deliberaciones. Sin embargo, la Presidencia puede designar magistrados suplentes que pueden sustituir en alguna fase a un magistrado imposibilitado de asistir. Rige el *principio de inmediación*: la Corte sólo puede fundamentar su fallo en las pruebas presentadas y discutidas ante ella en el juicio. No puede ir más allá de los hechos y circunstancias descritos en los cargos (*función de limitación*).

Los magistrados adoptarán el fallo en deliberaciones secretas, de ser posible por consenso y sólo en caso necesario por mayoría. El fallo, escrito, debe estar ampliamente fundamentado e incluir en su

caso la opinión de la mayoría y de la minoría. El fallo, o en su caso un resumen del mismo, será comunicado oral y públicamente.

Si se dicta un fallo condenatorio, la Corte ha de fijar inmediatamente la *pena* que proceda (art. 76). Puede celebrarse a iniciativa propia una nueva audiencia para determinar la pena (*Schuldinterlokut*), y tiene que hacerse a solicitud del Fiscal, excepto en el caso de una confesión de culpabilidad (art. 65, *vid. supra*). La pena ha de ser impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

El fallo ha de establecer principios relativos a la posible *reparación a las víctimas* (art. 75). Sobre esta base puede determinarse también —previa solicitud o de oficio— la magnitud de los daños en un caso concreto. En esta medida la Corte puede dictar —tras oír en su caso a los interesados— una orden de reparación contra el condenado, que se hará efectiva según las disposiciones relativas a la cooperación (art. 93 párr. 1, sobre ello V.) y a la ejecución de multas y decomiso (art. 109, sobre ello V.). Por lo demás, la indemnización puede pagarse a través del Fondo Fiduciario de la Corte (art. 79, sobre ello, VI.1.).

### c) (Demás) derechos de los intervinientes en el proceso

Los derechos del *acusado* se corresponden con el standard general de los Derechos Humanos (arts. 66. 67):

- presunción de inocencia, prueba a cargo del Fiscal, convicción judicial más allá de toda duda razonable para poder condenar («*beyond reasonable doubt*»);
- juicio público y justo;
- información inmediata y completa sobre los cargos;
- tiempo suficiente para la preparación de la defensa con un defensor de su confianza;
- juicio sin dilaciones indebidas;
- en principio, estar presente en el juicio y, en caso necesario, asignación por la Corte de un defensor de oficio;
- presentación de pruebas, en especial también comparecencia de testigos de descargo e interrogatorio suficiente de los testigos de cargo; divulgación de pruebas de descargo o de atenuación de la pena por parte de la Fiscalía (*vid. ya supra* 1. b));

- disponer de un intérprete;
- derecho completo a guardar silencio, que no puede ser utilizado en contra del acusado;
- prohibición de la inversión de la carga de la prueba.

Según el art. 68 la Corte ha de adoptar las medidas necesarias para la *protección de víctimas y testigos*.

Esto es aplicable especialmente en procesos por violencia sexual o por violencia contra niños, en los que por ejemplo pueden realizarse las declaraciones a través de medios electrónicos u otros medios especiales. Si se ven afectados los intereses personales de una víctima, su opinión podrá ser presentada en el proceso a través de un representante legal. Cuando pongan en peligro la seguridad de un testigo o de su familia, las pruebas pueden no presentarse o presentarse en otra forma. También un Estado puede solicitar determinadas medidas para la protección de sus funcionarios y para la protección de informaciones confidenciales (sobre ello ya art. 72). En general rige el principio de que estas medidas no pueden redundar en perjuicio de los derechos del acusado.

### c) Recursos (arts. 81-85)

En principio hay que diferenciar entre recursos contra el fallo (art. 81) y contra otras resoluciones procesales (art. 82) de la Sala de Primera Instancia.

El Fiscal o el condenado pueden interponer recurso de apelación contra el *fallo como tal* por un vicio de procedimiento, error de hecho o error de Derecho, así como contra la *decisión sobre la medida de la pena* por desproporción. Además de ello, el condenado o el Fiscal en su nombre pueden interponer apelación contra el fallo como tal cuando hayan resultado perjudicadas la justicia o la regularidad del proceso. Cuando la Corte, al estar conociendo de una apelación contra la decisión sobre la medida de la pena, tenga dudas sobre el fallo como tal, puede invitar al Fiscal y al condenado a ampliar la apelación a éste también. En principio el condenado debe permanecer en prisión durante el proceso de apelación.

En el marco de la apelación contra las *demás resoluciones* las partes pueden recurrir resoluciones sobre la competencia, admisibilidad o prisión provisional, o también decisiones sobre la reparación de acuerdo con el art. 75. Esta apelación sólo tendrá efecto suspensivo si así lo dispone la Sala de Apelaciones.

La Sala de Apelaciones puede modificar la resolución recurrida o decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia (art. 83 párr. 2). En las apelaciones contra la decisión sobre la medida de la pena la Sala de Apelaciones puede modificar la pena (art. 83 párr. 3). La sentencia, que ha de ser adoptada por mayoría, puede dictarse en ausencia de la persona absuelta o condenada.

Puede llevarse a cabo una *revisión* del proceso (art. 84) a instancia del condenado (o de sus familiares) o del Fiscal cuando se descubran nuevas pruebas, no disponibles anteriormente, que habrían conducido a una resolución distinta; los elementos decisivos de prueba fueran falsos o hubieran sido falsificados o uno o varios de los magistrados hubieran incurrido en un grave incumplimiento de sus funciones. En caso de que la Sala de Apelaciones considere fundada la solicitud puede convocar de nuevo a la Sala de Primera Instancia original, constituir una Sala de Primera Instancia nueva o decidir por sí misma sobre la revisión.

De acuerdo con el art. 85 la víctima de una detención ilegal tiene un *derecho efectivo a una indemnización*, para lo cual se distingue entre condenados por error y personas detenidas provisionalmente.

En caso de una *condena por error* y una pena de prisión fundada en ella, el afectado tiene derecho a ser indemnizado, si el fallo no le es imputable. Frente a ello, la posibilidad de indemnización en el caso de la *detención provisional* es posible sólo de forma excepcional, cuando una persona ha sufrido la prisión provisional a causa de un error judicial grave y manifiesto («*grave and manifest miscarriage of justice*»). Mediante esta formulación restrictiva se pretende evitar reclamaciones indemnizatorias en los casos en que el proceso se sobresee por razones fácticas, en especial por sobrecarga del tribunal<sup>44</sup>, y no se determina la culpabilidad o inocencia del detenido.

## V. Cooperación internacional y asistencia judicial (arts. 86-102)<sup>45</sup>

### 1. Generalidades

También en este ámbito resultaban inconciliables las posiciones de los Estados escépticos y partidarios de la Corte. Mientras aquellos

---

<sup>44</sup> Vid. recientemente el sobreseimiento de 14 casos por el Tribunal para Yugoslavia (ICTY-Bulletin 21, 27.7.1998, 4; FAZ, 11.5.1998, 7).

<sup>45</sup> Vid. más detalladamente KRE, *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, *supra* nota 4.

partían del Derecho interestatal tradicional de extradición y asistencia judicial, estos abogaban por una nueva forma de cooperación, ya que sólo ella podría estar a la altura de la posición especial de la C.P.I.

Los Estados Partes están obligados a cooperar (art. 86). Las correspondientes solicitudes de la Corte serán dirigidas por vía diplomática o a través de Interpol al Estado respectivo (art. 87).<sup>46</sup> También el ámbito de la cooperación debe tenerse en cuenta la protección a víctimas y testigos. El derecho procesal interno deberá ser adaptado a las necesidades de la cooperación (art. 88).

En el caso de *incumplimiento* de una obligación de cooperación, las facultades de la Corte dependen de si se trata de un Estado parte o no. Si un *Estado parte* incumple su obligación de cooperar la Corte puede constatarlo y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si el asunto le fue remitido por éste. También *Estados que no sean parte* pueden resultar obligados a cooperar sobre la base de acuerdos *ad-hoc*; en caso de incumplimiento la Corte puede dirigirse igualmente —aunque sin una constatación en el sentido mencionado— a la Asamblea de Estados Partes o en su caso al Consejo de Seguridad. También organizaciones interestatales pueden tomar parte en la cooperación (art. 87).

## 2. *La entrega como forma más importante de cooperación (art. 89-92)*

En caso de entrega (art. 89) de una persona se dirige la solicitud correspondiente al Estado en cuyo territorio se supone que se encuentra. La pena únicamente puede imponerse, en principio, por los hechos consignados en la solicitud de entrega (*principio de especialidad*),<sup>47</sup> pero los Estados partes pueden renunciar a este requisito a solicitud de la Corte (art. 101).<sup>48</sup> Los Estados partes han de acceder al *tránsito* de una persona por su territorio (art. 89 párr. 3).

---

<sup>46</sup> Deben estar redactadas en el idioma del Estado requerido o en uno de los idiomas de trabajo de la Corte. El Estado requerido debe tramitarlas de manera confidencial.

<sup>47</sup> Ello no excluye una valoración *jurídica* diferente de los mismos hechos (*vid. KRE, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., supra* nota 4).

<sup>48</sup> Si la persona buscada invoca el principio *ne bis in idem*, la entrega sólo podrá ser aplazada si está aún pendiente una decisión de la Corte sobre la admisibilidad (de conformidad con el art. 17 párr. 1 c) en relación con el 20 párr. 3); en caso contrario ha de cumplirse la solicitud (art. 89 párr. 2).

En caso de *solicitudes concurrentes*, es decir, de una solicitud de entrega de la C.P.I. y una solicitud de extradición de otro Estado, tiene en principio prioridad la solicitud de entrega de la C.P.I. (art. 90).<sup>49</sup> Para ello hay que distinguir en cada caso entre que el Estado requerido sea o no parte.

En el caso de que sea un *Estado parte*, la solicitud de la C.P.I. tendrá prioridad si la C.P.I. ha determinado la admisibilidad (art. 18, 19) teniendo en cuenta las investigaciones del Estado requirente, o la determina tras la notificación del Estado requerido (art. 90 párr. 2 (a) y (b)). Como se desprende del art. 90 párr. 3, el Estado requerido sólo puede dar curso a la solicitud de extradición una vez que la C.P.I. haya denegado la admisibilidad.

Si el Estado requirente *no* es un *Estado parte*, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la C.P.I. siempre que no esté obligado respecto del Estado requirente por una norma de derecho internacional y la Corte haya determinado la admisibilidad. Si la deniega, rige como arriba que debe accederse a la solicitud de extradición. Si existe una obligación de Derecho internacional del Estado requerido frente al requirente, aquel tendrá que tomar una decisión ponderada de acuerdo con determinados criterios (como interés del Estado requirente en la extradición porque el crimen haya sido cometido en su territorio; posibilidad de una entrega subsiguiente a la Corte por parte del Estado requirente).

Puede presentarse una situación distinta cuando un Estado parte recibe una *solicitud de extradición por un crimen distinto* al perseguido por la Corte (art. 90 párr. 7). En este caso vale lo dicho arriba: si no existe ninguna obligación de Derecho internacional del Estado requerido respecto del requirente, deberá tener prioridad la entrega a la Corte. Si existe una obligación tal de Derecho internacional, el Estado requerido deberá realizar una ponderación, en la que habrá de tener en cuenta la naturaleza y gravedad del hecho en cuestión.

Si la Corte resuelve la *inadmisibilidad* de la causa y tampoco tiene lugar la extradición, el Estado requerido debe ponerlo en conocimiento de la Corte (art. 90 párr. 8).

---

<sup>49</sup> El Estatuto entiende por *entrega* la entrega de una persona por un Estado a la C.P.I. y por *extradición* la entrega entre Estados (art. 102). Con ello se tuvo en cuenta entre otras cosas a los Estados (*civil law*) en que existen prohibiciones constitucionales de extradición de algunos nacionales en el sentido del art. 16 GG. (Las siglas «GG» corresponden a «Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland», y se refieren a la Ley Fundamental alemana de 1949, *N. del T.*)

De acuerdo con el art. 91, la *solicitud por escrito de detención y entrega* debe contener, entre otras cosas, información sobre la persona buscada, su posible paradero, una copia de la orden de detención y los documentos y aclaraciones necesarios para el procedimiento de entrega (para lo cual el Estado requerido debe consultar con la Corte). En general debería preverse un procedimiento menos oneroso que el de extradición (!). En caso de una persona ya condenada ha de acompañarse una copia de la orden de detención, del fallo, así como informaciones para la identificación de la persona.

En casos de urgencia la C.P.I. puede pedir a un Estado la *detención provisional* de una persona hasta que se presente la solicitud de entrega (art. 92). Esta solicitud debe contener —junto a los datos personales de la persona— los cargos y los hechos, así como indicaciones sobre una orden de detención o una condena. La detención, sin embargo, sólo puede prolongarse por un cierto plazo —a determinar en las Reglas de Procedimiento y Prueba—. Transcurrido éste, la persona debe ser puesta en libertad, salvo que —sin solicitud de entrega— consienta en la entrega. La puesta en libertad no excluye la posibilidad de una entrega posterior.

### 3. *Otras formas de asistencia (art. 93, 96)*

Junto a ello, la Corte puede formular a Estados partes —igualmente por escrito (art. 96)<sup>50</sup>— otras muchas solicitudes de asistencia, en tanto éstas no estén prohibidas por el Derecho del Estado requerido (art. 93).<sup>51</sup> Antes de acogerse a una prohibición así, el Estado requerido debe examinar primero si no puede prestar la asistencia de una manera conforme a la ley, por ejemplo con sujeción a ciertas condiciones o en un momento posterior. Si una solicitud de asistencia contraviniera un principio *fundamental* de Derecho («fundamental legal principle of general application») —no una norma de Derecho cualquiera— del Estado requerido, este deberá consultar con la C.P.I. para tratar de resolver la cuestión, es decir, por ejemplo, prestar la asistencia deseada en una forma diferente. Si ello no fuera posible, la Corte debe modificar la

---

<sup>50</sup> La solicitud debe, *inter alia*, exponer la finalidad y el fundamento jurídico, contener informaciones acerca del paradero y de la identificación de la persona, así como los hechos que la fundamentan (art. 96).

<sup>51</sup> *Vid.* art. 93 párr. 1: identificación y determinación del paradero de personas; práctica de pruebas; notificación de documentos judiciales; facilitación de la comparecencia de testigos o peritos; allanamientos y decomisos; medidas de protección de víctimas y testigos; incautación de bienes procedentes de crímenes.

solicitud según sea necesario. Por lo demás, un Estado sólo puede denegar una solicitud de asistencia en atención a sus intereses de seguridad nacional en el sentido del art. 72.

La Corte debe garantizar la *confidencialidad* de documentos y determinadas informaciones (art. 93 párr. 8). El Estado requerido puede poner a disposición del Fiscal documentos o informaciones con carácter confidencial, que éste sólo podrá utilizar con el fin de reunir nuevas pruebas. El Estado requerido puede autorizar posteriormente la divulgación de estos medios de prueba (art. 93 párr. 8). El Estado requerido debe consultar con la Corte en relación a los requisitos de su Derecho interno. Estos presupuestos rigen también *vice versa* para las solicitudes de asistencia hechas a la Corte (art. 96 párr. 3, 4).

La Corte puede también en el marco de estas otras formas de asistencia solicitar un *traslado* provisional de una persona, para su *identificación* o *interrogatorio*, siempre que la persona tras ser informada consenta libremente y el Estado requerido también. Esta persona permanecerá detenida y, tras haberse llevado a cabo las actuaciones previstas, será devuelta a su Estado de origen (art. 93 párr. 7).

En caso de *solicitudes de asistencia concurrentes*, el Estado requerido debe intentar atender a ambas solicitudes, acaso una después de la otra. Si esto no fuera posible, rigen las reglas sobre solicitudes *de entrega* concurrentes según el art. 90. Si se trata de informaciones de terceros Estados o de organizaciones internacionales, la Corte debe dirigirse directamente a ellos (art. 93 párr. 9).

La Corte puede por su parte prestar *asistencia* a Estados partes respecto de los crímenes objeto de su competencia, por ejemplo poniendo a su disposición determinados medios de prueba —con el consentimiento en su caso del Estado afectado y teniendo en cuenta las disposiciones sobre protección de testigos y víctimas— o interrogando a personas que se encuentren detenidas por orden suya (art. 93 párr. 10).

#### 4. *Cumplimiento de las solicitudes de asistencia e impedimentos (art. 99, 94 s., 97 s.)*

El cumplimiento de *todas* las solicitudes de asistencia se rige en principio por el Derecho procesal penal interno y por la propia solicitud (art. 99).

Las *solicitudes sin carácter coercitivo*, por ejemplo el interrogatorio de un testigo, pueden —de manera semejante a las medidas

coercitivas sin carácter de intervención durante la investigación (art. 54, *supra* IV.1.)— ser ejecutadas por el Fiscal mismo *tras consultar* con la parte requerida —en caso necesario también sin la presencia de autoridades nacionales—. Esta atribución no está sometida a condición alguna cuando el hecho respectivo fue cometido en el territorio del Estado parte requerido y ha sido afirmada la admisibilidad del proceso de acuerdo con los arts. 18, 19. En todo caso, la persona interrogada puede alegar la protección de intereses de seguridad nacional en el sentido del art. 72.

El art. 99 guarda silencio sobre el procedimiento en caso de *solicitudes con carácter coercitivo*, por ejemplo detenciones o registros domiciliarios. De este silencio ha de deducirse —a contrario de la regulación acabada de describir— que estas solicitudes sólo pueden ser ejecutadas por las autoridades nacionales. Refuerza esta conclusión el hecho de que las atribuciones «*on site*» del Fiscal (art. 99 párr. 4) fueron una de las disposiciones más discutidas del Estatuto.<sup>52</sup>

Cuando una solicitud de asistencia interfiere en una investigación en curso, puede *aplazarse* su *ejecución* hasta la finalización de ésta (art. 94). Sin embargo, la C.P.I. puede ordenar en estos casos a solicitud del Fiscal medidas para la preservación de pruebas de conformidad con el art. 93 párr. 1 (j). También puede aplazarse la ejecución cuando esté pendiente una *impugnación de la admisibilidad* según los arts. 18, 19, salvo que la Corte haya autorizado el aseguramiento de pruebas necesarias por parte del Fiscal (art. 95). Cuando un Estado considere problemática la ejecución de una solicitud de asistencia porque no contenga informaciones suficientes, la persona buscada no pueda ser localizada o sea otra persona la que se encuentre detenida en el Estado requerido o el Estado se viera obligado por la ejecución a incumplir una obligación bilateral contractual, debe consultar con la Corte (art. 97).

Otro impedimento a la asistencia se deriva de los *derechos de inmunidad* de personas de terceros Estados, o de *obligaciones contractuales* del Estado requerido respecto de terceros Estados (art. 98). En estos casos el Estado requerido —en forma parecida a lo que ocurre con el acceso a pruebas procedentes de terceros Estados (art. 73, *supra* IV. 2.)— sólo puede cumplir una solicitud de asistencia cuando el tercer Estado renuncie a sus derechos de inmunidad o demás derechos.

Según el art. 100, los *gastos* ocasionados por la asistencia se repartirán entre el Estado requerido y la Corte. El Estado requerido corre con los gastos que surjan en relación con la ejecución en su

<sup>52</sup> Vid. KRE, *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, *supra* nota 4.

territorio, y la Corte con los gastos adicionales (transporte, seguridad de testigos y peritos, traducción etc.).

## VI. Penas y ejecución de las penas<sup>53</sup>

### 1. *Penas (arts. 77-79)*

El Estatuto prevé como penas principales una *pena privativa de libertad* temporal de hasta 30 años o una pena de cadena perpetua (art. 77). La pena privativa de libertad temporal podrá ser revisada tras haberse cumplido dos tercios de su duración; la cadena perpetua, transcurridos 25 años (art. 110 párr. 3, más detalladamente *infra*). Con carácter de penas accesorias se prevén la *multa* y el *decomiso*.

La determinación de los *criterios de medición de la pena* se remite en lo principal a las Reglas de Procedimiento y Prueba —a aprobar por la Asamblea de los Estados Partes—. El art. 78 se refiere únicamente a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del autor, y determina por lo demás el cálculo de la medida de la pena.

La Corte debe descontar el tiempo de detención previa. En caso de delitos *en concurso real* ha de imponerse una pena individual para cada uno y después formarse una pena común, que no puede exceder de 30 años (en el caso de la pena privativa de libertad temporal) o de reclusión a perpetuidad. La duración de la cadena perpetua no está determinada, pero cabe deducir a partir de la revisión de la cadena perpetua tras 25 años y de la de la pena privativa de libertad temporal tras el cumplimiento de sus dos tercios que la duración total (tres tercios) de la pena de cadena perpetua no puede exceder de 37,5 años (3 veces 12,5). Ello representaría también una diferencia suficiente respecto de la duración máxima de la pena privativa de libertad temporal (30 años).

La Corte ha de constituir un *fondo fiduciario*, que se nutrirá fundamentalmente de multas y decomisos, en favor de las víctimas y sus familiares (art. 79).

El catálogo de penas expuesto no ha satisfecho en particular a aquellos Estados que consideran necesarias penas más duras, en especial la *pena de muerte* (como Trinidad y Tobago y muchos Estados árabes). Estos Estados querían evitar en todo caso que la renuncia a estas penas

<sup>53</sup> Vid. más detalladamente KRE, *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, *supra* nota 4.

más duras tuviera algún tipo de consecuencia jurídica desde la perspectiva de Derecho internacional o interno. Por ello dispone el art. 80 que las penas previstas en el Estatuto no afectarán al Derecho interno. Sin embargo, la renuncia a la pena de muerte implica cuando menos ciertos reparos desde la perspectiva internacional.

## 2. *Ejecución de la pena (arts. 103-111)*

Esta parte ha planteado relativamente pocos problemas y es por ello también fácilmente comprensible. En principio la pena ha de ser ejecutada en un Estado que ha manifestado ante la Corte —bajo ciertas condiciones— estar dispuesto a ello (art. 103). Se elabora, por tanto, como en los tribunales ad-hoc, una *lista de Estados*, aunque el Estado puede denegar la ejecución en el caso concreto por determinadas razones.

Si el Estado de ejecución tiene intención de adoptar determinadas medidas que podrían afectar a la ejecución, ha de informar a la Corte 45 días antes de la entrada en vigor de esas medidas. En este caso es de aplicación el art. 104, según el cual el condenado —también a petición propia— puede ser trasladado a otro Estado.

La Corte misma ha de tener en cuenta determinados *criterios en la elección del Estado*, en especial la distribución equitativa de los condenados, el respeto a estándares de ejecución internacionalmente reconocidos así como la opinión y nacionalidad del condenado. Si no puede ser designado un Estado de ejecución, la ejecución de llevará a cabo en el Estado anfitrión de la C.P.I. y a cargo de ésta (art. 103 párr. 3, 4).

Las *condiciones de la ejecución* se rigen por el Derecho interno del Estado de ejecución, pero han de corresponderse con los estándares internacionales y serán supervisadas por la Corte (art. 106). El Estado de ejecución no tiene ninguna autoridad sobre la duración de la pena ni sobre eventuales recursos del condenado (art. 105). Ha de velar por que la comunicación entre el condenado y la Corte pueda tener lugar de manera irrestricta y confidencial (art. 106 párr. 3).

La decisión sobre la *reducción de una pena privativa de libertad* tras dos tercios o 25 años (sobre ello ya *supra* 1.) depende de circunstancias que demuestran un cambio claro y significativo en el comportamiento del condenado, como voluntad de cooperación y facilitación de la ejecución de decisiones judiciales. La duración de la pena ha de ser revisada periódicamente (art. 110).

En caso de *evasión* el Estado de ejecución puede, tras consultar con la Corte, pedir la entrega del fugado al Estado en el que se encuentre o pedir a la Corte que solicite la entrega (art. 111).

Tras el cumplimiento de la pena el condenado ha de ser *trasladado* a su Estado de origen (el Estado que está obligado a aceptarlo), salvo que el Estado de ejecución le conceda el derecho a permanecer en él (art. 107, párr. 1, 2).<sup>54</sup> Se plantea entonces también la cuestión de cómo hay que proceder cuando se *solicita* por un *tercer* Estado la *extradición* u otro tipo de entrega. En principio el condenado —en relación con el principio de especialidad consagrado en el art. 101— no debe ser objeto de persecución penal o extradición alguna por hechos que haya cometido antes de su traslado y que no estaban comprendidos en la solicitud de entrega (art. 108 párr. 1). El efecto protector de la disposición se extingue si el condenado permanece durante más de 30 días después de haber cumplido la pena en el territorio del Estado de ejecución o si regresa a ese Estado (art. 108 párr. 3). Rige entonces el principio opuesto, de que el Estado de ejecución puede extraditar al condenado a un tercer Estado tras el cumplimiento de la pena (art. 107 párr. 3).

Los Estados partes harán efectivas las multas y órdenes de decomiso según su Derecho interno y teniendo en cuenta los intereses de los terceros de buena fe (art. 109). Si no puede llevarse a cabo el decomiso, deberá cobrarse por lo menos el valor del producto o bienes. Los bienes o el producto de su venta serán transferidos a la Corte.

## Conclusión

El Estatuto de Roma constituye una gran obra, aunque mejorable. A pesar de la fuerte presión política se ha conseguido ofrecer un Estatuto jurídicamente coherente y en muchos aspectos convincente, incluso original. Con ello ha dado comienzo —más de 50 años después de Nuremberg— una nueva época del Derecho internacional penal. Se ha dado el paso histórico de un sistema jurídico fundamentalmente no escrito a uno codificado y justiciable. Su eficiencia, desde luego, depende ante todo de que se adhiera a él el mayor número posible de Estados. En este sentido muestran precisamente las disposiciones sobre cooperación y asistencia judicial que la Corte Penal Internacional depende de

---

<sup>54</sup> Este traslado ha de ser financiado en principio por uno de los Estados mencionados, sólo subsidiariamente por la Corte (art. 107 párr. 1, 2).

la voluntad de cooperación de los Estados. La Corte *sólo* puede hacer efectivo su Derecho *con los Estados, no contra ellos*.<sup>55</sup>

Si el Estatuto no ha de convertirse en un ejemplo más de *lex imperfecta* de derechos humanos, ha de ganarse a largo plazo para la causa de la Corte también a los Estados escépticos, especialmente a EEUU.<sup>56</sup> Pueden participar en el comité de preparación<sup>57</sup> que comenzó sus trabajos a principios de 1999 si firmaron la declaración final de la Conferencia. EEUU lo hizo. Por ello entre otras cosas existe a largo plazo la esperanza fundada de que también EEUU y los demás Estados escépticos se sumen a este nuevo sistema penal universal.

---

<sup>55</sup> *Vid.* últimamente sobre la soberanía estatal como obstáculo principal a la realización penal del Derecho internacional humanitario la contribución del magistrado del ICTY *Cassese*, 9 *European Journal of International Law* (1998), 2 ss.; el mismo, 61 *Modern Law Review* (1998), 1 ss. (9 s.).

<sup>56</sup> 120 Estados votaron a favor del Estatuto, 7 en contra y 21 se abstuvieron. Puesto que se trató, como había solicitado EEUU, de una votación anónima (*non recorded vote*), únicamente puede deducirse a partir de actitudes posteriores el sentido del voto de cada Estado. Según eso, puede partirse con seguridad de que junto a EEUU también China, Israel, Yemen, Qatar, Irak y Libia votaron en contra del Estatuto. Se abstuvieron India, los Estados de la Liga Árabe (entre ellos Sudán, Siria, Irán, Egipto), Trinidad y Tobago (por la no inclusión de los delitos de drogas y de la pena de muerte) y Turquía. *Vid.* la reproducción de las posiciones de los Estados tras la votación en *UN-Press Release, supra* nota 37).

<sup>57</sup> *Vid.* ya *supra* nota 7.