

**CONSIDERACIONES ACERCA DEL ESTABLECIMIENTO DEL
TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE
LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE VIOLACIONES
GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
COMETIDAS EN EL TERRITORIO DE LA EX-YUGOSLAVIA
A PARTIR DE 1991.**

Fernando Pignatelli y Meca
Teniente Coronel Auditor

I. EL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL.

1. *Cronología.*

La disolución de la estructura estatal unitaria de la República Socialista Federativa de Yugoslavia a lo largo de 1991 y 1992 produjo una situación de tensión que desembocó en un conjunto de conflictos, en alguno de los cuales, como en el que tiene lugar en el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina, se superpone un conflicto internacional a uno interno. La situación en esta República entró en crisis tras el referéndum celebrado el 29 de febrero y el 1 de marzo de 1992, relativo al futuro status de la misma, produciéndose una serie de acciones violentas tendentes a desestabilizarla, violando la soberanía y la integridad territorial de dicha República (1).

(1) Eslovenia proclamó su independencia el 26 de junio de 1991, Croacia el 8 de octubre siguiente y Bosnia-Herzegovina el 6 de marzo de 1992.

Sobre el proceso de disolución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, cfr. Weller, M., "The international response to the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", en *The American Journal of International Law*, Vol. 86, núm. 3, julio 1992, págs. 569 y sigs.

Sobre la propagación y crecimiento de la violencia en Bosnia-Herzegovina, cfr. Declaraciones de los Doce Estados miembros de la Comunidad Europea en el marco de la Cooperación Política Europea de 11 y 16 de abril, 11 de mayo, 1 y 15 de junio, 20 de julio, 6 de agosto y 5 de octubre de 1992, 13 de enero, 1 de febrero, 26 de marzo, 5 de abril, 9 de junio y 3 de septiembre de 1993 (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Comunicados de Prensa números 7416, 7420, 7428, 7436, 7438,

En el proceso iniciado por la Resolución 713 (1991) se observa una evolución gradual de las determinaciones del Consejo de Seguridad, que culmina en sus Resoluciones 808 (1993) y 827 (1993).

Por la Resolución 764 (1992), de 13 de julio de 1992, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, reafirmando, entre otras, la Resolución 713 (1991), de 25 de septiembre de 1991 (primera Resolución de dicho órgano sobre el conflicto yugoslavo, en la que, "profundamente preocupado por los combates en Yugoslavia, que están causando graves pérdidas de vidas humanas y daños materiales", por "el hecho de que la persistencia de esta situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales", recordando su responsabilidad primordial, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, de mantener la paz y la seguridad internacionales, decide, con arreglo al Capítulo VII de dicha Carta "que para establecer la paz y la estabilidad en Yugoslavia, todos los Estados pondrán en vigor de inmediato un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia..."), declara, en su párrafo dispositivo 10, que "reafirma que todas las partes (en el conflicto) tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son personalmente responsables de dichas violaciones."

Mediante esta Resolución el Consejo de Seguridad reconoce, por lo menos implícitamente, que el conflicto que, ya en aquella fecha (13 de julio de 1992), se desarrollaba con toda intensidad en el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina era de carácter internacional, puesto que los aludidos Convenios de Ginebra de 1949 no se aplican mas que en caso de "conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes" (art. 2 común) (2).

7450, 7451, 7468, 7505, 7511, 7528, 7534, 7563 y 7601); Declaraciones del Consejo Europeo sobre la ex-Yugoslavia de Lisboa, Birmingham, Edimburgo (26-27 de junio, 17 de octubre y 12 de diciembre de 1992) y Copenhague (21-22 de junio de 1993).

(2) David, E., "Le Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie". *Revue Belge de Droit International*, Vol. XXV, 1992/2; sobre la naturaleza de los conflictos surgidos en Yugoslavia desde 1991 (internos cuando oponían las fuerzas eslovenas y croatas al Ejército Nacional Yugoslavo -JNA-, antes de que el Gobierno de Belgrado reconociese, siquiera implícitamente, las secesiones y cuando oponían al Gobierno de Sarajevo sólo a las milicias serbias y croatas de Bosnia-Herzegovina e internacionales cuando tales antedichos conflictos internos adquirieren aquel carácter -"cuando oponen las fuerzas de un Estado secesionista al Estado de origen o a otro Estado secesionista o cuando el conflicto interno es objeto de intervenciones exteriores"-), ver, en detalle, págs. 570, 571 y 572.

Por la Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, el Consejo de Seguridad, “profundamente alarmado ante los continuos informes de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario dentro del territorio de la ex-Yugoslavia y particularmente en Bosnia y Herzegovina, inclusive informes de deportación y expulsión forzosas y masivas de civiles, reclusión y maltrato de civiles en centros de detención, ataques deliberados contra no combatientes, hospitales y ambulancias, impedimentos a la entrega de suministros médicos y alimentarios a la población civil y devastación y destrucción de bienes en forma indiscriminada”, reafirma que “todas las partes en el conflicto deben cumplir las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional humanitario y, en particular con los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”, añadiendo, ahora, a tal reafirmación “que quienes cometan u ordenen que se cometan *transgresiones graves* de los Convenios *son personalmente responsables* de ellas”; finalmente, el Consejo “condena enérgicamente las violaciones del derecho internacional humanitario, incluidas las que entrañan la práctica de “depuración étnica”, y “exige que todas las partes y los demás interesados en la ex-Yugoslavia y todas las fuerzas militares en Bosnia y Herzegovina pongan término de inmediato a todas las violaciones del derecho internacional humanitario” y “pide a los Estados y, según proceda, a las organizaciones humanitarias internacionales que reúnan la *información corroborada* que obre en su poder o que les haya sido presentada en relación con las violaciones del derecho humanitario, incluidas las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra, que se están perpetrando en el territorio de la ex-Yugoslavia y la pongan a disposición del Consejo”; finalmente, pide al Secretario General que “reúna la información transmitida al Consejo... y le presente un *informe* en que se resuma esa información y se recomienden las medidas adicionales que procederían en vista de ella”.

Por vez primera reconoce y relaciona el Consejo de Seguridad, por medio de esta Resolución (y de forma concatenada a la persistencia de la situación de combates en Yugoslavia “que están causando graves pérdidas en vidas humanas y daños materiales”, lo que “constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales” a que se refería la Resolución 713 - 1991-, de 25 de septiembre de 1991), las violaciones del derecho internacional humanitario que se estaban cometiendo en el territorio de Bosnia-Herzegovina en particular, insiste en que “todas las partes”, “los demás interesados” y “todas las fuerzas militares” pongan término inmediato a tales violaciones (quiere, con ello, cubrir todas las posibilidades -en fun-

ción de los diversos elementos personales o actores en presencia- de participación en el conflicto, al menos en su "fase internacional") y solicita de los Estados y, según proceda, organizaciones humanitarias internacionales que pongan a su disposición la información, confirmada, que, por sus propios medios o proporcionada por terceros (insta, así, implícitamente, a los particulares a suministrar, por este medio, indirecto -y que, por ello, los pone a cubierto de posibles coacciones y represalias-, información), posean, encargando al Secretario General que, tras reunir aquella información transmitida, presente al Consejo un resumen de la misma y las medidas que, a la vista del tenor de tal información, considerare fueren procedentes (párrafos dispositivos 1 al 6). Es decir, que habiéndose constatado la realización, en el desarrollo del conflicto, de masivas y sistemáticas violaciones del derecho internacional humanitario, el Consejo recuerda la responsabilidad personal en que, de acuerdo con aquellos Convenios de 12 de agosto de 1949, incurren "las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves" contra los mismos (párrafos primeros de los arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV), exige a los contendientes que pongan fin inmediato a tales violaciones, lo que no es sino exigir el cumplimiento de otra obligación convencional ("cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves..." -inciso primero de los párrafos terceros de los arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV), inicia el camino de la efectiva punición de tales violaciones a través del acopio de cuantas informaciones permitan disponer de una base fáctica suficiente y cierta que propicie tanto la necesidad de creación de una instancia jurisdiccional que conozca de la misma como la determinación concreta de los delitos a cuyo enjuiciamiento se haya de ceñir su actuación, y en términos inequívocos recuerda a las Partes en conflicto la obligatoriedad de cumplir la normatividad internacional humanitaria, especialmente la contenida en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Por la Resolución 780 (1992), de 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad, tras recordar el párrafo dispositivo 10 de su Resolución 764 (1992), de 13 de julio de 1992, así como su Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, reafirma el llamamiento hecho en el párrafo dispositivo 5 de la Resolución últimamente citada a los Estados y, según proceda, a las organizaciones humanitarias internacionales, a quienes pide "que den a conocer esta información en el plazo de treinta días a partir de la aprobación de la presente Resolución y siempre que sea conveniente a partir de ese momento" y pide al Secretario General "que establezca, con

carácter de urgencia, una Comisión de Expertos encargada de examinar y analizar la información presentada de conformidad con la Resolución 771 (1992), y la presente Resolución, junto con cualquier otra información que la Comisión de Expertos pueda obtener mediante sus propias investigaciones o las actividades de otras personas u órganos... con objeto de presentar al Secretario General las conclusiones a las que llegue sobre la evidencia de *graves transgresiones* de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia”, pidiendo al Secretario General que informe al Consejo tanto sobre el establecimiento de la Comisión de Expertos como sobre las conclusiones de esta, conclusiones que deberá tener en cuenta “en cualquier recomendación relativa a las medidas adicionales pertinentes que se piden en la Resolución 771 (1992)”.

El 14 de octubre de 1992 el Secretario General de las Naciones Unidas informó (Doc. S/24657) al Consejo de Seguridad que en atención a lo solicitado en el párrafo 3 de la Resolución 780 (1992) había decidido establecer una Comisión de Expertos compuesta por cinco miembros, procediendo, el 26 de octubre siguiente, a designar al Presidente y miembros de la misma.

La Comisión de Expertos produjo un informe (Doc. S/25274, de 10 de febrero de 1993) en el que se concluyó que en el territorio de la ex-Yugoslavia se habían cometido transgresiones graves y otras violaciones del derecho internacional humanitario, entre las que cabía mencionar asesinatos, “depuración étnica”, matanzas en masa, torturas, violaciones, saqueo y destrucción de bienes civiles, destrucción de bienes culturales y religiosos y detenciones arbitrarias, concluyendo la Comisión que si el Consejo de Seguridad u otro órgano de las Naciones Unidas decidía *establecer un Tribunal Internacional “ad hoc”*, esa iniciativa estaría en consonancia con la orientación de los trabajos de la Comisión; respecto al carácter o naturaleza de los conflictos armados en curso en el territorio de la ex-Yugoslavia, la Comisión considera “que las *reglas aplicables a los conflictos armados internacionales* pueden aplicarse al conjunto de los conflictos armados que tienen por marco el territorio de la ex-Yugoslavia” (3).

(3) Aún cuando es posible que esta solución de la Comisión no sea excesivamente rigurosa, desde el punto de vista jurídico-formal, ya que si bien es cierto que un mismo conflicto que comienza siendo interno puede, rápidamente, convertirse en internacional, y, tal vez, desde un punto de vista meramente ritual, sólo con la adopción, el 27 de abril de 1992, de la nueva Constitución instituyendo la “República Federativa de Yugoslavia”, integrada por Serbia y Montenegro, la Asamblea Federal yugoslava ha reconocido, implíci-

Estos son, pues, los más destacados prolegómenos del examen y aprobación de la Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3175ª sesión, celebrada en la preferida fecha, y por la que el Consejo, tras recordar, nuevamente, el párrafo dispositivo 10 de su Resolución 764 (1992), así como su Resolución 780 (1992), a la vista del examen del Informe Provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992) (Doc. S/25274, de 26 de enero de 1993), en que la Comisión observa que la decisión de establecer un Tribunal ad hoc de crímenes de guerra en relación con los acontecimientos ocurridos en el territorio de la ex-Yugoslavia estaría en consonancia con la orientación de los trabajos de la Comisión, y tras considerar, asimismo, que la situación de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, decide “que se establezca un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991” (párrafo dispositivo 1), pidiendo “al Secretario General que presente cuanto antes para su examen por el Consejo y, de ser posible, no más tarde de 60 días después de la aprobación de la presente Resolución, un informe sobre todos los aspectos de esta cuestión que incluya propuestas concretas y, según proceda, opciones para dar cumplimiento eficaz y rápido a la decisión que figura en el párrafo 1 supra (de que se establezca un Tribunal Internacional), teniendo en cuenta las sugerencias que a este respecto formulen los Estados Miembros” (párrafo dispositivo 2).

Previamente a ello, y como premisas de las antexpuestas decisiones, expresa el Consejo de Seguridad su profunda alarma ante los informes que siguen dando cuenta de violaciones generalizadas del derecho inter-

tamente, la secesión de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia, dando, así, formalmente indubitable carácter internacional al conflicto, es lo cierto que, con la calificación de la Comisión se busca “hacer progresar al derecho humanitario, flexibilizando sus condiciones de aplicación” (David, E., *ob. cit.*, pag. 572).

Entre otros documentos de la Comisión de Expertos y del Relator Especial (desde el 14 de agosto de 1992, el Sr. Tadeusz Mazowiecki) de la Comisión de Derechos Humanos, destacan, además del aludido S/25274, de 10 de febrero de 1993, los siguientes: E/CN.4/1992/S-1/9, de 28 de agosto de 1992, E/CN.4/1992/S-1/10, de 27 de octubre de 1992, S/24809, de 17 de noviembre de 1992, S/25341, de 26 de febrero de 1993, S/25792, de 10 de mayo de 1993, E/CN.4/1994/4, de 19 de mayo de 1993, E/CN.4/1994/5, de 30 de junio de 1993, S/26383, de 30 de agosto de 1993 y E/CN.4/1994/47, de 17 de noviembre de 1993.

nacional humanitario en la ex-Yugoslavia, con inclusión de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de la "depuración étnica", por lo que determinando que dicha situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales muestra su resolución "a poner fin a estos crímenes y a tomar *medidas eficaces* para hacer comparecer ante la justicia a los responsables", mostrando su convencimiento "de que en las circunstancias particulares que reinan en la ex-Yugoslavia, la creación de un Tribunal internacional permitiría alcanzar este objetivo y *contribuiría al restablecimiento y el mantenimiento de la paz*" amenazada por la situación prerreferida; como nuevo fundamento fáctico que permite pronunciarse acerca de la gravedad de la situación, alude el Consejo de Seguridad al Informe de la Misión de Investigación de la Comunidad Europea (4), y menciona, como fundamentos científicos y jurídicos de su

(4) Doc. S/25240; Anexo I. Informe presentado por la Misión Warburton sobre los resultados de la encuesta llevada a cabo en el curso de las visitas realizadas del 20 al 24 de diciembre de 1992 y del 19 al 26 de enero de 1993; en el Comunicado de Prensa de la O.I.D. del Ministerio de Asuntos Exteriores núm. 7510, de fecha 3 de febrero de 1993, se hace público el comunicado, suscrito por los Doce Estados miembros de la Comunidad Europea en el marco de la Cooperación Política Europea, intitulado "Declaración sobre el seguimiento de la Misión Warburton" (Bruselas, 2 de febrero de 1993), en cuyo segundo párrafo se afirma que "la decisión del Consejo Europeo de emprender esta encuesta está justificada por sus resultados. Las violaciones han sido perpetradas a gran escala en la ex-Yugoslavia, como si formasen parte de un modelo establecido. La gran mayoría de los varios miles de víctimas han sido musulmanas".

Acerca de la postura de la Comunidad Europea y sus miembros ante esta concreta cuestión (postura que, adoptada en el marco de la Cooperación Política Europea, determina, obviamente, la actitud oficial española al respecto), a partir de la Declaración sobre Yugoslavia de 20 de julio de 1992 (Comunicado de Prensa de la O.I.D. del Ministerio de Asuntos Exteriores núm. 7450, de fecha 21 de julio de 1992), la Comunidad y sus Estados miembros declaran que determinados hechos acontecidos en el conflicto "son totalmente contrarios a los preceptos del derecho internacional humanitario", manifestando su "intención de buscar incansablemente, en el marco de la CSCE, la manera de enviar misiones de investigación" a los lugares donde tengan lugar ataques o hechos de este tipo. En similar sentido se pronuncian las Declaraciones de 6 de agosto (consternación "por la flagrante violación de los principios humanitarios demostrada por algunas partes en conflicto", recordando que "el Consejo de Seguridad ha indicado claramente que todas las partes en conflicto en la antigua Yugoslavia tienen el deber imperioso de acatar las obligaciones del derecho internacional humanitario y en especial de las Convenciones de Ginebra. Las personas que cometen o que dan instrucciones de cometer infracciones graves a tales Convenciones tienen una responsabilidad individual") y 5 de octubre (constatación de la persistencia de "las salvajes violaciones del derecho internacional humanitario", que deben "recopilarse de forma sistemática para que sean objeto de investigación las pruebas, cada vez más numerosas, de la existencia de atrocidades, incluyendo matanzas y prácticas de purificación étnica, llevadas a cabo principalmente por grupos serbios. La Comunidad y sus Estados miembros apoyan la acción en curso en Naciones Unidas para crear un me-

decisión de que se establezca un Tribunal Internacional, la recomendación formulada por los Copresidentes del Comité Directivo de la Conferencia Internacional sobre la ex-Yugoslavia en favor de la creación de un Tribunal de este tipo (Doc. S/25221) y los informes del Comité de Juristas presentado por Francia (Doc. S/25266), de la Comisión de Juristas presentado por Italia (Doc. S/25300) y el presentado, en nombre del Presidente en ejercicio de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), por el Representante Permanente de Suecia (Doc. S/25307) (5).

El Secretario General, de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993), presentó el aludido Informe (Doc. S/25704), que fue aprobado por el Consejo de Seguridad por la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993. Dicho Informe, de fecha 20 de mayo de 1993, lleva por rúbrica "Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad".

canismo de recogida de datos y una Comisión de expertos encargada de ayudar al Secretario General en el análisis de los mismos. Los autores de matanzas y de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario habrán de responder personalmente de sus actos y la Comunidad y sus Estados miembros cooperarán a este respecto con las Naciones Unidas y los órganos competentes para que se haga justicia", ambas de 1992 y la de 13 de enero de 1993 (los Ministros de Asuntos Exteriores de los Doce reunidos en París el 13 de enero de 1993 subrayan "la necesidad de crear un tribunal penal internacional y se han declarado dispuestos a apoyar esta gestión en las Naciones Unidas").

(5) En los párrafos 13 y 14 del Informe S/25704, de 20 de mayo de 1993, presentado al Consejo de Seguridad por el Secretario General de las Naciones Unidas, afirma éste que se han tenido también en cuenta las sugerencias y observaciones formuladas, en forma oficial u oficiosa, desde la aprobación de la Resolución 808 (1993), por una serie de Estados miembros, que enumera (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Irlanda, Italia, México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Yugoslavia y en nombre de los miembros de la OCI -Organización de la Conferencia Islámica-, y en su calidad de miembros del Grupo de Contacto de la OCI sobre Bosnia y Herzegovina, por Arabia Saudita, Egipto, República Islámica del Irán, Malasia, Pakistán, Senegal y Turquía), un Estado no miembro (Suiza), así como observaciones del C.I.C.R. y una serie de organizaciones no gubernamentales que también especifica (Amnistía Internacional, Acción Mundial de Parlamentarios, Asociación Internacional de Jóvenes Abogados, Ethnic Minorities Barristers Association, Federación Internacional de Mujeres que Ejercen Carreras Jurídicas, Jacob Blaustein Institution for the Advancement of Human Rights, Lawyers Committee for Human Rights, National Alliance of Women's Organization -NAWO- y Organización Internacional de Policía Criminal); finalmente, afirma haberse recibido observaciones de reuniones internacionales y expertos individuales en esferas pertinentes.

2. *Fundamento Jurídico para el establecimiento del Tribunal Internacional.*

Sobre la *base habilitante del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas*, por la Resolución 827 (1993), del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada de manera unánime por sus miembros en su 3217ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, se *cumplimenta o concreta la decisión adoptada en la Resolución 808 (1993)* y a tal efecto se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, aprobando, al tiempo, el Estatuto de dicho Tribunal. En concreto, el párrafo dispositivo 2 de la Resolución señala que el Consejo, *actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas*, "...2. Decide establecer un Tribunal Internacional con la *finalidad exclusiva* de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restablecida la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional anexo al informe anteriormente mencionado".

La Resolución 827 (1993) reafirma la Resolución 808 (1993) e impone a la Comisión de Expertos establecida en cumplimiento de la Resolución 780 (1993) el deber de, en tanto se procede al nombramiento del Fiscal del Tribunal Internacional, "seguir reuniendo con carácter urgente la información relativa a las pruebas de graves violaciones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario en la forma propuesta en su informe provisional (S/25274)".

El 22 de febrero y el 25 de mayo de 1993 pueden, en consecuencia, considerarse por los internacionalistas fechas históricas, pues las Resoluciones aprobadas en ellas por el Consejo de Seguridad "son una etapa importante (aún cuando tardía...) en la historia del derecho internacional, puesto que es la primera vez, después de más de cuarenta y cinco años que la comunidad internacional crea, en condiciones muy diferentes, no obstante, un tribunal internacional penal" (6).

Desde un punto de vista instrumental, la primera peculiaridad que se nos ofrece en relación con el *procedimiento de instauración* de esta instancia jurisdiccional es la utilización al efecto de una Resolución del

(6) David, E., ob. cit., pág. 566.

Consejo de Seguridad en lugar del vehículo del tratado internacional, siendo así que “es un rasgo común a las diversas propuestas de creación de tribunales penales internacionales, surgidas de las asociaciones científicas o en el marco de la ONU, la afirmación de que un tribunal de estas características debe ser creado por un tratado” (7).

(7) Pigrau Sole, A., “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional”, Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 11, 1994, pág. 214.

En este sentido, el análisis de la praxis demuestra, de forma inconcusa, que en cuanto, hasta ahora, se había hecho referencia al establecimiento (efectivo o proyectado) de un tribunal penal internacional, era el tratado internacional el instrumento de que la comunidad internacional, o los Estados, se servían, o, en todo caso, habían de servirse para el alumbramiento, abortado o feliz, de aquella jurisdicción.

Finalizada la I Guerra Mundial, el art. 227 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 acusaba al Kaiser Guillermo II de ser “culpable de una ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados”, anunciando la creación de un Tribunal al efecto, que determinaría la pena imponible, si bien Holanda, donde Guillermo II se había refugiado, se negó a extraditarlo por cuanto que el delito del que se le acusaba no figuraba en los tratados vigentes de extradición; por otro lado, los artículos 228 y 229 del expresado Tratado de Versalles impusieron a Alemania el deber de entregar a los Aliados a los alemanes acusados de crímenes de guerra (“las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y a los usos de la guerra”), para su enjuiciamiento por tribunales militares de las Potencias o tribunales mixtos (art. 228), autorizando a los Aliados para crear Tribunales nacionales de crímenes de guerra (art. 229). Se creó una Comisión Especial Interaliada para informar sobre las personas que debían ser perseguidas, que hizo público su informe el 3 de febrero de 1920, en el que los Aliados pusieron en conocimiento de Alemania los nombres de 896 pretendidos criminales de guerra, aunque, por razones políticas, se redujo la lista a 45, y, de estos, Alemania (que, para no entregar a los acusados a los Aliados, dictó la Ley Especial de 13 de diciembre de 1919), juzgó, tan sólo, a doce ante el Tribunal Supremo del Reich, reunido en Leipzig, en 1921, resultando absueltos seis; en consecuencia, no se aplicó tampoco el art. 228 del Tratado de Versalles porque Alemania se negó a la extradición de sus nacionales (la represión siguió, así, como hasta entonces, siendo nacional). En el mismo sentido se pronunciaban los arts. 173 del Tratado de paz de Saint Germain con Austria de 16 de julio de 1920, 157 del Tratado de paz del Trianón con Hungría, de 26 de julio de 1921 y 118 del Tratado de paz de Neuilly con Bulgaria, de 9 de agosto de 1920, aún cuando con los mismos nulos efectos (en el de Sevres, de 10 de agosto de 1920, con Turquía, el art. 320 hacía expresa mención de matanzas colectivas, que hoy serían configuradas como genocidio -matanzas en Armenia en 1915 y 1916-, pero este Tratado no fue ratificado y no entró en vigor, siendo finalmente sustituido por el Tratado de Lausana de 24 de julio de 1923).

La Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, hecha el mismo día y en el mismo lugar que la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo, instituyó un Tribunal penal internacional con la finalidad (art. 1) de juzgar a “los individuos acusados de una infracción prevista en la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo” de 16 de noviembre de 1937; en todo caso, esta instancia jurisdiccional penal interestatal, proyectada como consecuencia de la conmoción producida por el atentado lle-

La razón del sistema seguido para el establecimiento del Tribunal Internacional es, como afirma el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe (Doc. S/25704) aprobado por la Resolución 827 (1993), que el método de concertar un tratado, elaborado y aprobado por un órgano internacional competente (la Asamblea General o una conferencia internacional especialmente convocada) y posteriormente abierto a

vado a cabo en Marsella el 9 de octubre de 1934 y a resultas del cual perdieron la vida a manos de un opositor "ustacha" croata el Rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro francés de Asuntos Exteriores J.L. Barthou, tampoco llegó a ver la luz, puesto que la Convención de Ginebra para la Prevención y la Represión del Terrorismo, en la que se determinaban las infracciones de que habría de conocer aquel Tribunal, nunca llegó a entrar en vigor por falta de las precisas ratificaciones.

Durante la II Guerra Mundial, el 13 de enero de 1942, en la Declaración de Saint James Palace, los Gobiernos en el exilio de los países ocupados por Alemania sostienen que el castigo de los crímenes es el fin principal de la guerra. El 5 de enero de 1943, una nueva Declaración, en Londres, de los Aliados, incidió en el tema. Por la Declaración de Moscú, de 1 de noviembre de 1943, EE.UU., la, entonces, URSS y el Reino Unido adoptan la decisión de juzgar a los criminales de guerra, por tribunales nacionales o internacionales, en cuanto sus actos constituían infracciones a la luz del derecho internacional. La Declaración de las Naciones Unidas de 22 de febrero de 1944, así como el Comunicado de Yalta de 12 de febrero de 1945, reiteraron la cuestión. El art. 11 de la Declaración de Berlín, de 5 de julio de 1945, precedió al Acta o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, o Acuerdo entre EE.UU., Francia, el Reino Unido y la URSS para la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, para lo que se crea, en Nuremberg (art. 1), el primer Tribunal Militar Internacional de la Historia, a fin de juzgar a los principales criminales de guerra cuyos actos no podían ser geográficamente localizados (crímenes de guerra "mayores"), uniéndose a tal Acta el Estatuto para dicho Tribunal.

El Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente (I.M.T.F.E. -"International Militar Tribunal for Far East"-), con sede en Tokio, se constituyó en virtud de la Proclama del General Douglas Mac Arthur de 19 de enero de 1946, siendo su Estatuto de 25 de abril de dicho año; a diferencia de lo acordado en relación con Nuremberg, el sistema, para Japón, resulta distinto, pues la jurisdicción no se instituye mediante un tratado (Acuerdo entre las cuatro Grandes Potencias vencedoras de 8 de agosto de 1945) sino mediante un acto unilateral (la "Proclamation" de 19 de enero de 1946, del General en Jefe americano en la zona, instituyendo el I.M.T.F.E.), lo que lo asimila al de 1993.

Mientras que, desde el punto de vista de la competencia material, el Tribunal de Nuremberg conoció de cuatro cargos o delitos, a saber el "plan común o conspiración" ("The Common Plan or Conspiracy"), entendido como participación en un plan común para la comisión de cualesquiera de los otros delitos (último párrafo del apartado c) del art. 6 del Estatuto), "crímenes contra la paz" (art. 6 a) del Estatuto), "crímenes de guerra" (art. 6 b) del Estatuto) y "crímenes contra la Humanidad" (art. 6 c) del Estatuto), el de Tokio suprimió la confusa figura del "plan común o conspiración" en el Estatuto de 25 de abril de 1946; de igual modo, mientras que el Tribunal de Nuremberg era, funcional y orgánicamente, en puridad, una "jurisdicción de vencedores" (de acuerdo con los arts. 1, 2, 3 y 4 del Estatuto, sólo a las cuatro Grandes Potencias signatarias del Acuerdo o Acta de Londres de 8 de agosto de 1945 correspondía la designación de cada uno de los cuatro miembros, y su suplente, del Tribunal, que tampoco podían ser recusados), siendo su fallo

la firma y ratificación, con arreglo al cual los Estados partes en él establecerían un Tribunal y aprobarían su Estatuto, si bien permitiría el examen y elaboración en detalle de todas las cuestiones relativas al establecimiento del Tribunal Internacional, así como que los Estados participantes en la negociación y concertación de tal tratado ejercieran plenamente sus dere-

definitivo y no sujeto a revisión (art. 26), para el Tribunal radicado en Tokio se eludió la crítica de unilateralidad y parcialidad, pues el número de miembros del mismo se amplió a once (las cuatro Grandes Potencias, más Australia, Canadá, China, Filipinas, Holanda y Nueva Zelanda, todos ellos igualmente beligerantes contra Japón y la India, en calidad de miembro neutral en la contienda), pudiendo ser su fallo objeto de recurso ante el Tribunal Supremo norteamericano (de hecho, fueron recurridos los de los condenados Kenji Dohihara, Kido y Koki Hirota).

La mejor, desde el punto de vista jurídico, constitución del I.M.T.F.E. condujo a que, frente a la unanimidad del fallo de Nuremberg, los argumentos de las defensas hicieran "cierta mella en el Tribunal, que no logró en su sentencia condenatoria la unánime adhesión de sus miembros" (discrepancia parcial de los jueces francés, filipino y holandés y total del de la India, Rahabinode Pal, cuyo voto reservado acoge, una por una, las tesis de las defensas, ante todo en lo relativo a la incompetencia del Tribunal por inexistencia de relación jurídica previa con los inculpados y ausencia de legalidad previa, con infracción del principio de legalidad en sus vertientes de garantía penal y criminal).

Sobre esta cuestión, y para un conocimiento más en detalle, cfr. al respecto, entre otros, Quintano Ripollés, A., "Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal", C.S.I.C., Instituto "Francisco de Vitoria", Madrid, 1955, Tomo I, págs. 401 a 415; Fernández Flores, J. L., "Del derecho de la guerra", Ediciones Ejército, Madrid, 1982, págs. 183 a 195; Oppenheim, L.-Lauterpacht, H., "Tratado de Derecho Internacional Público", Tomo II, Vol. II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1967, págs. 117 a 139; Donnedieu de Vabres, H., "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international", *Recadi*, Vol. 70, 1947 (I); Calderón Serfano, R., "Crímenes de guerra: Las responsabilidades enjuiciadas en Nuremberg", Ediciones Lex, Mexico, 1949; Glaser, S., "Les lois de Nuremberg et le droit international", *Revue Pénale Suisse* (Berne), Vol. 68, núm. 3, 1953, págs. 321 a 359; Descheemaeker, J., "Le tribunal militaire international des grands criminels de guerre", París, A. Pedone, 1947; Zourek, J., "Les principes de Nuremberg, étape décisive dans l'évolution du droit international", *Revue de Droit Contemporain*, Bruselas, Vol. 8, núm. 2, 1961; Vevovato, G., "La punizione dei crimini di guerra", en "Diritto internazionale bellico: Tre studi", Firenze, G.C. Sansoni, 1946, págs. 221-351; Taylor, T., "Les procès de Nuremberg, crimes de guerre et droit international", *Conciliation Internationale*, París, núm. 450, abril 1949; Malezieux, R., "Le statut international des criminels de guerre", *RGDIP*, Vol. 49, 1941-1945, págs. 167-180; Merle, M., "Le procès de Nuremberg et le châtimeut des criminels de guerre", París, A. Pedone, 1949; Truyol y Serra, A., "Crímenes de guerra y derecho natural", *R.E.D.I.*, 1948, Vol. 1, núm. 1, págs. 45 a 73; Mertens, P., "L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité: Etude de droit international et de droit pénal comparé", Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974; "Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire Général)", Doc. A/CN 4/5, de 3 de marzo de 1949.

chos soberanos, especialmente el de decidir ser o no partes en él, presentaba las desventajas, por un lado, de requerir un largo tiempo para preparar el Instrumento y obtener, luego, el número requerido de ratificaciones para su entrada en vigor, y, por otro, que, aun entrando en vigor, no habría garantía de que ratificasen aquel tratado aquellos Estados que deberían ser partes en él para que fuese realmente efectivo; la indeseada premiosidad consecuente al método del tratado se derivaría, también, de la participación de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la redacción o revisión del Estatuto, lo que, en cualquier caso, resultaría incompatible con la urgencia requerida en su Resolución 808 (1993) por el Consejo de Seguridad (“opciones para dar cumplimiento *eficaz y rápido* a la decisión” -de que se estableciera un Tribunal Internacional- solicitaba del Secretario General el Consejo de Seguridad en el párrafo 2 de la antedicha Resolución) y en modo alguno aparecería compensado por la autoridad y el prestigio de que la eventual intervención de la Asamblea General pudiera dotar al establecimiento del Tribunal Internacional. En suma, el método del tratado conllevaría, fatalmente, una *lenta tramitación e implicaría, por ello, el riesgo de no llegar a culminar con una aceptación generalizada y efectiva, lo que, inelectablemente, redundaría, en definitiva, en su eficacia.*

A la vista de las desventajas del método del Tratado y de la necesidad, expresada en la Resolución 808 (1993), de que la decisión de establecer un Tribunal Internacional se aplicara con eficacia y rapidez, consideró el Secretario General de las Naciones Unidas que el Tribunal Internacional debía establecerse mediante una *decisión adoptada por el Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta*; tal decisión sería una *medida para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*, luego de determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. El método cuenta con la ventaja de ser rápido y tener efectos inmediatos, pues todos los Estados, miembros o no de las Naciones Unidas, están obligados a tomar cualquier medida necesaria para aplicar una decisión adoptada con arreglo al Capítulo VII para hacer efectivas las decisiones del Consejo, conforme al efecto jurídico que se confiere a las decisiones del Consejo de Seguridad en virtud del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas (8).

(8) Sobre la prohibición del uso de la fuerza y la adopción por las Naciones Unidas de medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz, cfr. Pastor Ridruejo, J. A., “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Tecnos, Madrid,

Se trata de una interpretación dinámica y teleológica de la Carta que, con fundamento, desde un punto de vista material, en la praxis anterior del Consejo de Seguridad, y desde un punto de vista formal en los arts. 29, 39 y 41 de la Carta, trata de dotar al órgano judicial alumbrado de la cobertura jurídica precisa que obligue a todos los Estados a adoptar cuan-

1989, págs. 602 a 604 y 685 a 688; Bermejo García, R., "El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza; ambigüedades y límites", Civitas, Madrid, 1993; Pérez González, M., "Sobre la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales: datos jurídico-políticos", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1971; Abellán Honrubia, V., "La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política", en "Hacia un nuevo orden internacional y europeo", Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 3 a 18; Torres Bernardez, S., "Perspectivas en la contribución de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la declaración de los miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992", en "Hacia un nuevo orden...", págs. 727 a 769, (cfr., en especial, el comentario a la sección de la Declaración intitulada "Establecimiento y mantenimiento de la paz", en págs. 752 a 762).

Institucionalizado el "ius ad bellum", que se reserva a la sociedad internacional organizada, y afirmando el art. 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas que uno de los propósitos de la Organización es "mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz...", el art. 24 de la Carta residencia en el Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial en el logro de este propósito, y a tal fin los miembros de la Organización le confieren "la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad", siendo, en lógica consecuencia, obligatorias para los miembros de las Naciones Unidas las decisiones del Consejo en la materia, al preceptuar el art. 25 de la Carta que "los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta"; tales decisiones, en tanto decisiones sobre el fondo de las cuestiones, deben, de acuerdo con el art. 27.3 de la Carta, adoptarse "por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes". (A este respecto, conviene recordar, de nuevo, que la Resolución 827-1993- fue aprobada por el voto unánime de todos los miembros del Consejo de Seguridad).

Sobre la Organización de las Naciones Unidas, cfr. Cot, J.P. y Pellet, A., "La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article", París, Bruselas, 1985, págs. 211 y sigs.; Pastor Ridruejo, J. A., ob. cit., págs. 665 y sigs.; Rousseau, CH., "Derecho Internacional Público", Ariel, Barcelona, 1966, págs. 189 y sigs.; Ross, A., "Constitución de las Naciones Unidas", Madrid, 1954, págs. 32 y sigs.; Jiménez de Arechaga, E., "Derecho Constitucional de las Naciones Unidas", Madrid, 1958, pág. 63; Fernández-Flores y de Funes, J. L., "Organizaciones Internacionales", Madrid, 1992, págs. 31 y sigs.; Carrillo Salcedo, J. A., "Las Naciones Unidas ante la década de los noventa", en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1990, Servicio Editorial Universidad del País Vasco; Oppenheim, L.-Lauerpacht, H., ob. cit., Tomo I, Vol. I, págs. 423 y sigs.

Respecto a la debatida cuestión de la legalidad de la creación del Tribunal en el marco

tas medidas resulten necesarias para garantizar su efectividad, en línea con las Resoluciones precedentes sobre la cuestión (que señalan la generalizada violación, en el desarrollo del conflicto yugoslavo, de las normas del derecho internacional humanitario, que resultan estas de obligada observancia por los contendientes, que quienes las violen o den orden de violarlas incurrir en responsabilidad personal y que aquella generalizada violación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales).

Una vez que el Consejo de Seguridad determinó en la Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, que la situación de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y habida cuenta de que, en precedentes ocasiones (así, Resoluciones 687 -1991- y posteriores, relativas a la situación entre el Irak y Kuwait), había adoptado decisiones encaminadas a restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales que requirieron el establecimiento de órganos subsidiarios (9), el Consejo estableció, según lo previsto en el art. 29 de la Carta, un orga-

de las competencias del Consejo de Seguridad, no nos parece ocioso traer aquí a colación la posibilidad de considerar, siguiendo una muy lúcida opinión (cfr. Pastor Ridruejo, J.A., ob. cit., pag. 531), que, de acuerdo con los elementos de juicio suministrados por la Comisión de Derecho Internacional, y, al debatir el art. 19 del Proyecto de Artículos de aquella Comisión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, una de las consecuencias características que habría de tener la responsabilidad internacional derivada de la comisión de un delito internacional es que la responsabilidad podría ser exigida por cualquier Estado miembro de la comunidad internacional (actio popularis), toda vez que se trata de la violación de una obligación esencial para la salvaguarda de sus intereses fundamentales u obligación "erga omnes", por lo que sería posible, extrapolarlo la tesis desde el supuesto del crimen internacional de Estado, respecto al que ha sido concebida, al ámbito al que nos encontramos, concebir la Resolución 827 (1993) como el ejercicio, por el Consejo de Seguridad y en representación de la comunidad internacional institucionalizada en la Organización de las Naciones Unidas, de una actio popularis dirigida a exigir a individuos la responsabilidad pertinente por la violación grave de obligaciones internacionales de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, resultando el Consejo de Seguridad el órgano adecuado para ello por ser al que el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas atribuye competencia en la materia.

(9) Por la Resolución 687 (1991), de 2 de abril de 1991, el Consejo de Seguridad solicita del Secretario General la presentación de "un plan para el despliegue inmediato de una Unidad de observación de las Naciones Unidas" que se encargue de vigilar una zona desmilitarizada que se establece entre el Irak y Kuwait y se decide "crear un Fondo para pagar indemnizaciones en respuesta a las reclamaciones que se presenten... y establecer una Comisión que administrará el Fondo".

En ejecución de la Resolución 687 (1991), la Resolución 692 (1991), de 20 de mayo de 1991, decide "establecer el Fondo y la Comisión a que se hace referencia en... la Resolución 687 (1991)"; a su vez, la Resolución 699 (1991), de 10 de junio de 1991, apli-

nismo subsidiario, que en este caso sería un órgano de carácter judicial, como medida destinada a hacer efectivas sus disposiciones y con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Dada la función o finalidad que preside su creación, el Tribunal Internacional, no obstante su carácter de órgano subsidiario, habrá de desempeñar sus funciones judiciales con independencia de consideraciones políticas y sin sujeción a la autoridad o control del Consejo de Seguridad, tal y como afirma el Secretario General en su Informe (10).

ca la Resolución 687 (1991) en lo concerniente a la destrucción, remoción y neutralización del armamento químico, bacteriológico y nuclear del Irak; finalmente, la Resolución 700 (1991), de 12 de junio de 1991, encarga al Comité establecido en virtud de la Resolución 661 (1990), de 6 de agosto de 1990 (Comité establecido de conformidad con el art. 28 del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad, e integrado por todos los miembros del Consejo, con la finalidad de examinar los informes sobre la aplicación de las sanciones obligatorias impuestas al Irak), la supervisión de la ejecución de la prohibición de venta o suministro de armas, tecnología o servicios de armamento al Irak, prevista en la Resolución 687 (1991).

Sobre esta cuestión, cfr. Sánchez Rodríguez, L. I., "La invasión de Kuwait por Irak y la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas", Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, 1991, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

En relación a si la creación del Tribunal Internacional se encuentra o no dentro de los límites de actuación del Consejo de Seguridad, y, en concreto, si la redacción del art. 41 de la Carta permite cualquier tipo de medida, se afirma que "la creación de un Tribunal internacional es sin duda novedosa en la práctica del Consejo de Seguridad y afecta directamente a la esfera de soberanía de los Estados (y no solamente a la de los surgidos de la antigua Yugoslavia) en el ejercicio de sus competencias territoriales y personales, en la medida en que incide en su sistema de represión penal. El límite debe situarse en el respeto a los propósitos y principios de la Carta, según su artículo 24.2, y la duda, en este caso, se plantea respecto de la compatibilidad con el principio de la igualdad soberana de los Estados, teniendo en cuenta además no sólo el mecanismo de creación sino la naturaleza obligatoria de la jurisdicción del Tribunal" (cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 216 y 217); sobre la configuración del Tribunal Internacional como órgano subsidiario de carácter judicial, *Ibidem*, págs. 219, 220 y 221.

(10) Doc. S/25704, párrafo 28.

Al respecto, se afirma que "la creación de este Tribunal no debe ser considerada como un hecho aislado en Derecho internacional. Más allá de los precedentes de los Tribunales creados tras la segunda guerra mundial, conecta con la tendencia iniciada con fuerza en los años veinte por algunos sectores doctrinales, e impulsada desde entonces en el seno de distintas asociaciones científicas y, desde su creación, en el ámbito de las Naciones Unidas, en favor del establecimiento de mecanismos de jurisdicción penal internacional. Precisamente la actuación del Consejo de Seguridad ha acelerado la presentación por parte del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.), D. Thiam, de un Proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional" (cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 212 y 213).

Desde un punto de vista sustantivo, la Resolución 827 (1993) de que se trata se inscribe en el *proceso evolutivo* tendente a lograr la efectiva punición en sede internacional de las infracciones graves del derecho internacional humanitario, integrantes, propiamente, del Derecho Internacional Penal, que, teniendo su origen en el Derecho Internacional, protegen, "prima facie", un bien jurídico o interés internacional y se juzgan y sancionan en una instancia de tal naturaleza. A tal efecto, el Derecho de Gentes intenta, tiempo ha, organizar, a través del Derecho Internacional Penal, la incriminación y efectiva represión de las infracciones que, contra aquel, cometen los individuos (11).

Aún cuando, en términos generales, la represión de la delincuencia de guerra abarca la de todos los delitos que se producen en relación con un conflicto armado (algunos de los cuales pueden ser cometidos antes del desencadenamiento de las hostilidades -como los delitos contra la paz y contra la Humanidad-, y otros durante el desarrollo de las mismas - como los antedichos delitos contra la Humanidad y los delitos de guerra propiamente dichos o crímenes de guerra en sentido estricto-), goza la misma de una esfera peculiar dentro del planteamiento general del derecho de los conflictos armados, o derecho internacional humanitario, que impide incluirla en el marco estricto del *ius in bello* (12).

En este sentido, en cuanto delitos, los de guerra aparecen como violaciones específicas de las normas jurídicas, integrantes de la normatividad internacional, que regulan el desarrollo de los conflictos armados. Esta normatividad internacional está integrada por normas de tipo consuetudi-

(11) Quintano Ripollés, A., ob. cit., Tomo I, págs. 377 y sigs.

(12) Sobre este concreto extremo, cfr. Fernández Flores, J. L., "Del derecho de...", ob. cit., págs. 173 a 176.

(La utilización de los términos "delito" y "crimen" en forma ambivalente por la C.D.I. en 1949, en un cuestionario distribuido a los Gobiernos y tendente a indagar la opinión de estos acerca de qué delitos, a más de los reconocidos por el Estatuto y Sentencias de Nuremberg, habrían de incluirse en el proyectado Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuya redacción le había sido encomendada a dicha Comisión por la Resolución 177 -II-, de 21 de noviembre de 1947, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dio lugar a que los miembros hispanoparlantes de la C.D.I. hicieran ver la necesidad de que esta y la Asamblea General se pronunciasen, en su momento, sobre la cuestión semántica, para garantizar la coherencia conceptual, por lo que mientras este pronunciamiento no se produzca, debe entenderse, en su opinión, que el término "delito" en español designa, en el marco del Proyecto de Código, los actos ilícitos de especial gravedad que en el texto francés son denominados con el término "crimen" - cfr. Informe de la C.D.I. sobre su 37º periodo de sesiones, Asamblea General, documentos oficiales, 40º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/40/10, pág. 6-).

nario y por normas positivas convencionalmente acordadas. La normatividad internacional, consuetudinaria o convencional, concibe a los “crímenes de guerra” como “delitos internacionales caracterizados por su conexión con el hecho bélico”, es decir, como “violaciones de la normativa internacional que rige la guerra” (13), o, mejor, los conflictos armados.

No obstante, estos delitos internacionales presentan ciertas peculiaridades, y así, no se define formalmente el delito internacional, de modo que sólo son tales las acciones u omisiones que una norma de derecho internacional define como delito internacional, prescindiendo de si llevan, o no, aparejada una pena; de modo que, “considerando el delito internacional como estructura jurídica, es claro que en torno suyo puede suscitarse toda la inacabable polémica de la dogmática penal”, no debiendo pretender “agotar en una fórmula conceptual la inmensa diversidad encerrada en la abstracción del término “delito””, ya que, dada la dificultad que, hasta Nuremberg, ha entrañado definir, siquiera aproximadamente, lo ilícito internacional penal, la discriminación de lo ilícito de tal naturaleza ha de hacerse por mor de la caracterización como tal actuación criminal en la propia norma, aun cuando “no es, en cambio, condición absolutamente precisa para ello que tal norma criminal prevea una pena determinada, dado que hasta ahora, al menos... la predeterminación de las penas no ha ganado asenso en la sistemática penal internacional” (14).

En general, pues, el delito internacional no aparece definido ni adicionado con una pena concreta, quedando esta al arbitrio del juzgador, por lo que más que de penas se afirma que conviene hablar de “sanciones” (15). En el Estatuto del Tribunal Internacional de 1993, los arts. 2 a 5 no contienen, propiamente, definiciones rigurosas de las infracciones que, en ellos, se tipifican (al menos por lo que atañe a los arts. 3 y 5, que, dada su redacción, permiten subsumir en ellos, como violaciones de las leyes o usos de la guerra o como crímenes de lesa humanidad, hechos distintos de los expresamente enumerados en sus textos respectivos -puesto que en el primero se declara que la lista que en él se comprende no es exhaustiva y el último permite incluir, en su apartado i), “otros actos inhumanos” que no específica, distintos de los determinados en los precedentes apartados-), y, por otro lado, el art. 24 del mismo tan sólo establece, con respecto a las penas, la naturaleza de las mismas, al estipular que habrán de ser privati-

(13) *Ibidem*, pag. 175.

(14) Quintano Ripollés, A., *ob. cit.*, págs. 169 y 170.

(15) Fernández Flores, J. L., “Del Derecho de...”, *ob. cit.*, pág. 175.

vas de libertad (excluyendo las pecuniarias, privativas de derechos y la de muerte, implícitamente), pero sin determinar, expresamente (aun cuando se haga una remisión a la práctica judicial yugoslava), su extensión; en consecuencia, adolece, en general, el Estatuto de 1993 de una definición precisa de algunas de las infracciones que tipifica, así como de la concreta determinación de los límites de las penas que tales infracciones lleven aparejadas, todo lo cual no implica sino ratificar lo que es ontológica característica del delito internacional.

La comisión, masiva, de algunos de estos delitos en el desarrollo del conflicto yugoslavo se estima que constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, considerándose que contribuye el castigo de los mismos al restablecimiento y mantenimiento de la paz, que es uno de los propósitos (art. 1.1 de la Carta) de las Naciones Unidas, pudiendo, en consecuencia, calificarse la creación del Tribunal Internacional como la adopción de una medida colectiva eficaz para prevenir y eliminar una amenaza a la paz.

Aunque la Resolución 827 (1993), aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como continuación de las Resoluciones 713 (1991), de 25 de septiembre de 1991, 780 (1992), de 6 de octubre de 1992 y 808 (1993), de 22 de febrero de 1993, la adopta el Consejo actuando, cual se dijo, en el marco y de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945 (“acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”; arts. 39 a 51), no se hace referencia específica en ella a precepto alguno de dicho Capítulo VII (en concreto, a sus arts. 39, inciso segundo, 41, o, en su caso, 42) en que, eventualmente, pudiera incardinarse el establecimiento del Tribunal Internacional de que se trata, como medida para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales (ya se afirma en la propia Resolución que constituye una “medida ad hoc”). No obstante, y dado que el Consejo, a la vista de los continuos informes sobre violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia- Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de masivas detenciones y violaciones de mujeres, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y la retención de territorio, determina “que esta situación continúa constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, estimando que, en aquellas circunstancias, “la creación de un Tribunal Internacional como medida ad hoc y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de gra-

ves violaciones del derecho internacional humanitario permitirían alcanzar” el objetivo de poner fin a tales crímenes, contribuyendo a “asegurar que se ponga fin a dichas violaciones y sean eficazmente remediadas”, es obvio concluir que la medida de la creación de una jurisdicción penal interestatal y el consiguiente enjuiciamiento de los responsables de aquellas infracciones graves contribuirían a la restauración y el mantenimiento de la paz. En todo caso, la adopción de la Resolución y Estatuto, meritados en base al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas confiere a ambos, cual se expondrá, la obligatoriedad derivada de su consideración como una decisión del Consejo de Seguridad en los términos del art. 25 de la Carta.

En consecuencia de lo anterior, el párrafo dispositivo 4 de la Resolución 827 (1993) decide que “todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente Resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente Resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de atender a las solicitudes de asistencia y cumplir las resoluciones de una Sala de Primera Instancia con arreglo al art. 29 del Estatuto” (el art. 29 del Estatuto especifica las obligaciones de cooperación y asistencia que pesan sobre los Estados, entre ellas la de atender sin demora las solicitudes de asistencia de una Sala de Primera Instancia del Tribunal en varias materias, destacando la obligación de detener a los acusados y ponerlos a disposición del Tribunal Internacional, obligaciones cuya puesta en práctica en el ámbito interno pueden, como en el caso español, conllevar la necesidad de dictar normas legales que la posibiliten)

El establecimiento del Tribunal por el sistema de una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad se separa del régimen seguido para la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (que lo fue mediante el método, ahora desechado, de concertar un tratado) y se aproxima al sistema del acto unilateral empleado para la instauración del Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente, por lo que aun cuando no han faltado críticas a la actuación en tal sentido del Consejo de Seguridad, por considerar que la creación de un órgano de este tipo excede manifiestamente de sus funciones y poderes tal y como se regulan en los arts. 24 a 26 de la Carta (16), es incuestionable que, en el caso yugos-

(16) Andries, A., “Les aléas juridiques de la création du Tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie”, *Journal des Procès* (Bruxelles), núm. 239, 14 de mayo de 1993, pág. 17.

lavo, el ejercicio de esta competencia coadyuva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratándose de una *medida coactiva* a tal fin (17), por lo que creemos que podría incardinarse y basarse jurídicamente su adopción en el art. 41 de la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto que se trata de una medida para hacer efectiva una decisión del Consejo (medida ad hoc dirigida a alcanzar el objetivo de poner fin a los crímenes y tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los presuntos responsables, y que, en consecuencia, contribuirá a la restauración y al mantenimiento de la paz) que, aun siendo coactiva, no implica el uso de la fuerza armada, y que va, en definitiva, encaminada a lograr el restablecimiento de la paz.

Desde un punto de vista formal, el objetivo y alcance de la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, es el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas, desde el día 1 de enero de 1991 hasta una fecha que se determinará por el Consejo de Seguridad, en el territorio de la ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia, *sin que tal decisión esté relacionada con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional en general ni con la creación de un Tribunal penal internacional de carácter permanente*. En consecuencia, nos hallamos, como en Nuremberg y Tokio, ante un tribunal ad hoc, constituido para el conocimiento de determinados hechos acaecidos en un concreto conflicto (pero, ahora, con limitación del marco geográfico y temporal de ocurrencia de tales hechos), y si bien con carácter no permanente (nace para un conflicto determinado y, en concreto, se le señala, como “finalidad exclusiva”, en el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 827 -1993-, la de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el teatro de ese específico conflicto), la fecha de finalización de su actividad, que no del ejercicio de su competencia, vendrá, lógicamente, impuesta por el agotamiento de la tramitación de las cuestiones que, derivadas de tal conflicto, hayan sido sometidas a su conocimiento (agotamiento que, creemos, no puede situarse en la fecha de finalización de la vista del último procedimiento ante el Tribunal, sino en la de la efectiva extinción de todas las consecuencias inherentes a tales procedimientos y eventuales condenas, como la de completa ejecución de las sentencias y decisiones acerca de posibles solicitudes de in-

(17) David, E., ob. cit., pág. 568.

dulto o conmutación de penas, tal y como se deduce del tenor de los arts. 27 y 28 del Estatuto), hallándose, a diferencia de aquellos Tribunales Militares Internacionales expresados, y no obstante su carácter temporal, entendido en aquellos términos antedichos, permanentemente constituido durante el periodo que dure su actuación (actuación que, por otra parte, no se limita al enjuiciamiento de determinados delitos cometidos en el desarrollo del conflicto, como ocurría en Nuremberg y Tokio -"crímenes de guerra mayores", sin localización geográfica determinada-, sino que se extiende a todos los delitos previstos en el Estatuto, cometidos en el marco temporal y geográfico señalado, sean cuales fueren su entidad y su autor), lo que favorece tanto la formación de una doctrina jurisdiccional coherente como la imposibilidad de fundamentar eventuales sospechas de parcialidad.

En todo caso, y no obstante su carácter de órgano subsidiario de carácter judicial, tiene "naturalmente, que desempeñar sus funciones independientemente de consideraciones políticas" y no estará "sujeto a la autoridad o el control del Consejo de Seguridad en el desempeño de sus funciones judiciales" (Doc. S/25704, párrafo 28).

Es, en consecuencia, dable constatar que la Resolución 827 (1993) constituye un nuevo hito en la represión de la delincuencia de guerra, en el que, a diferencia de lo que, tras las actuaciones habidas al término de la Segunda Guerra Mundial, acaeció (y que motivó numerosas críticas doctrinales a la actuación de aquella jurisdicción penal internacional entonces constituida) (18), *los hechos a juzgar* son los que previamente se definen, como infracciones o violaciones graves, en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (y, en concreto, en los arts. 50 del I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV), tal y como, al efecto, se señala en el art. 2 del Estatuto ("violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949"), en la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre y su Reglamento Anejo, como se señala en el art. 3 del Estatuto ("violación de las leyes o usos de la guerra"), en la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, como se señala en el art. 4 del Estatuto ("el genocidio") y en el Estatuto del Tribunal Militar

(18) Sobre la cuestión de las críticas a la actuación de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 497 y sigs. y 567 y sigs.; Fernández Flores, J. L., ob. cit., págs. 187 a 191; Cherif Bassiouni, M., "Derecho Penal Internacional", Tecnos, Madrid, 1984, págs. 64 y 65.

Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945, como se señala en el art. 5 del Estatuto (“crímenes de lesa humanidad”).

En este sentido, y en orden a garantizar la incolumidad del principio de legalidad, en sus aspectos de garantía criminal (“nullum crimen sine lege”), garantía penal (“nulla poena sine lege”), garantía jurisdiccional y garantía de ejecución (la dificultad en orden a la formal salvaguardia de los dos primeros aspectos fue lo que motivó las críticas más fundadas a la actuación de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, especialmente en lo atinente a la incriminación, *ex post facto*, como delito autónomo, de los “crímenes contra la Humanidad”, habida cuenta de su carencia total de consideración anterior como tal de los hechos que lo integraron -art. 6 c), párrafo primero, del Estatuto de 8 de agosto de 1945-), y la anterior ausencia de penas fijadas para los delitos incriminados, ahora se exige que *se apliquen las normas del derecho internacional humanitario* “que sin duda alguna *forman parte del derecho consuetudinario*, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados, pero no todos, se hayan adherido a determinadas Convenciones” (Doc. S/25704, párrafo 34). Se obvia, así, con espíritu escrupulosamente garantista y en orden a despejar cualquier sombra de conculcación del principio de legalidad criminal, el problema de la aplicabilidad del Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra antedichos, de 8 de junio de 1977 (y, en concreto, de las prescripciones, o, mejor, tipificaciones contenidas en los arts. 11.4 -en relación, in fine, con los apartados 1, 2 y 3 del aludido precepto- y 85 del mismo), dado que, mientras que aquellos han sido ratificados por la casi totalidad de los Estados que integran el concierto mundial (se trata, sin duda, de los instrumentos internacionales en los que son Partes contratantes más Estados), no ocurre lo propio con los dos Protocolos Adicionales a ellos (19). No obstante lo dicho, en los arts. 2, 3, 4 y 5 del

(19) Al 1 de enero de 1994, 183 Estados eran Partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 2 lo eran en los dos Convenios de Ginebra de 27 de julio de 1929, 130 Estados eran Partes en el Protocolo I de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y 120 lo eran en el Protocolo II; en tal fecha el número de Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas era de 184.

Acerca del indiscutible carácter consuetudinario de las normas del derecho internacional humanitario, ya la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 8 de diciembre de 1977, aprobada en su 97ª sesión plenaria, sobre el estado de las firmas y las ratificaciones de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, relativa al respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, se manifestaba “convencida del valor permanente de las normas humanitarias establecidas relativas a los conflictos armados, en particular las de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925 y los Convenios de Ginebra de 1949”.

Estatuto del Tribunal Internacional aprobado por la Resolución 827 (1993) se incriminan, como violaciones graves integrantes de los tipos delictivos que en las respectivas rúbricas de tales concretos preceptos se definen, algunas actuaciones que pudieran ser subsumidas en las que, como infracciones graves, se cobijan en los aludidos arts. 11,4 y 85 del Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977.

En conclusión, se considera, a efectos de obviar problemas y evitar críticas, que han pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados (Doc. S/25704, párrafo 35) tanto los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra, como la Convención IV de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre (y su Reglamento Anejo), la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 y el antes citado Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 (20); el hecho de que por España no se haya ratificado la Convención IV de La Haya de 1907 no implica, en orden a la exigibilidad, desde el punto de vista del derecho interno español, de la parte de la normativa internacional humanitaria contenida en aquel texto convencional, problema alguno, ya que nuestro país ratificó la Convención II de La Haya, de 29 de julio de 1899, y su Reglamento Anejo, sobre Leyes y Costumbres de la guerra terrestre, de contenido prácticamente idéntico a los de 1907.

Al confiar al Tribunal Internacional la tarea de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el Consejo de Seguridad no ha creado normas de derecho internacional ni ha tratado de legislar respecto a ese derecho, sino que el Tribunal Internacional aplicará únicamente el derecho internacional humanitario preexistente (Doc. S/25704, párrafo 29), por lo que, en consecuencia, con la instauración de esta instancia jurisdiccional penal internacional estamos ante un paradigmático ejemplo de *puesta en práctica o aplicación del derecho internacional humanitario*.

(20) Cfr. textos del Acta o Acuerdo de Londres y del Estatuto constituyente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 406 a 415.

II. CONSECUENCIAS DEL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL EN EL AMBITO INTERNO ESPAÑOL.

No cabiendo duda del carácter vinculante, para todos los Estados (incluso no miembros de las Naciones Unidas), en la esfera internacional, de la Resolución 827 (1993), habida cuenta, tanto del órgano de que dimana, como de su adopción por éste en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco (cuyo art. 25 preceptúa que “los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”), obligando su párrafo dispositivo 4 a “todos los Estados” (sin distinguir entre miembros o no de la Organización) a “adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente Resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia...”, es decir, a cumplir la Resolución y hacer efectivo el Estatuto del Tribunal, no se trata, en consecuencia, de que “in foro doméstico” se haya de reconocer la competencia “erga omnes” del Tribunal, que ya existe, sino de adoptar en el señalado ámbito interno las medidas adecuadas para aplicar la Resolución y el Estatuto (21).

El art. 29 del Estatuto proclama la obligación de todos los Estados (es decir, miembros o no de la Organización) de cooperar con el Tribunal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario, obligación dimanante de la creación del Tribunal sobre la base de una Resolución aprobada con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que, en la práctica, significa, como afirma el Secretario General (Doc. S/25704, párrafos 125 y 126), que todos los Estados tendrían la obligación de cooperar con el Tribunal Internacional y prestarle asistencia en todas las etapas de las actuaciones para asegurar que se atiendan las peticiones de asistencia para reunir pruebas, interrogar a los testigos, sospechosos y expertos, identificar y localizar a las personas y tramitar documentos, debiendo cumplirse también todas las órdenes dictadas por las Salas de Primera Instancia, como las de detención, registro, entrega o traspaso de personas y cualesquiera otras necesarias para llevar adelante el proceso, por lo que, en este sentido, toda orden dictada

(21) Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio (B.O.E., núm. 131, de 2 de junio).

por una Sala de Primera Instancia de que se entregue o traslade a alguna persona para ponerla a disposición del Tribunal Internacional se considerará aplicación de una medida coercitiva con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

El art. 1 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, contiene la genérica obligación de cooperación por parte de España, que se articula concretamente en los arts. 6 y 7 de dicho texto legal.

Como, en su momento, se expondrá con detalle, tal vez adolezca el art. 29 del Estatuto de falta de una previsión concreta de la cooperación en materia de posibilitar la devolución de bienes e ingresos adquiridos *por medios delictivos*.

No pudiendo, en consecuencia, oponerse objeción alguna a la aplicabilidad directa del Estatuto en el ámbito jurídico interno español y no contemplándose, con carácter general, por norma constitucional o legal alguna la cuestión de la aplicación en el derecho interno español de las decisiones de las organizaciones internacionales que sean obligatorias según el tratado instituyente, como es el caso, "parece lógico reconducir el problema a la aplicación interna de los tratados y a las disposiciones del Derecho español que la regulan", lo que "supone la necesidad de publicación oficial de las Resoluciones de las organizaciones internacionales en el Boletín Oficial del Estado" (22).

Es, pues, obvio que las obligaciones derivadas de la Resolución 827 (1993) y el Estatuto pesan sobre España, pero el efectivo cumplimiento por los diferentes órganos estatales, administrativos y jurisdiccionales, de tales obligaciones, sin la oportuna articulación de los instrumentos procedimentales y legales que la posibiliten, generaría, sin duda, problemas, dada la falta, en unos casos, de normativa interna que permita una cumplimentación adecuada de aquellas y la oposición que, en otros, podría implicar aquel directo cumplimiento con el tenor de ciertas normas internas; piénsese, al efecto, que si una Sala de Primera Instancia del Tribunal interesara de las autoridades españolas la detención de un acusado que se encontrare en territorio nacional y su puesta a disposición del Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2, d) y e), del art. 29 del Estatuto, tales autoridades estarían obligadas, desde el punto de vista jurídico-internacional, a atender la petición, lo que generaría problemas de aplicación, pues, de acuerdo con el derecho interno, a la detención de

(22) Pastor Ridruejo, J. A., ob. cit., pág. 186.

una persona y su traslado a efectos de enjuiciamiento penal fuera de territorio nacional sólo se puede proceder al amparo de una resolución judicial y en virtud de un título legislativo (art. 17 de la Constitución, Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, in fine -BOE núm. 73, de 26 de marzo-, Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957 -ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982; BOE núm. 136, de 8 de junio-, Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, de 15 de octubre de 1975 -ratificado por Instrumento de 11 de marzo de 1985; BOE núm. 139, de 11 de junio-, Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, de 17 de marzo de 1978 -ratificado por Instrumento de 11 de marzo de 1985; BOE núm. 139, de 11 de junio- y Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 -ratificado por Instrumento de 14 de julio de 1982; BOE núm. 223, de 17 de septiembre-), por lo que, en consecuencia, surgiría la posibilidad de que un funcionario, un juez o un tribunal españoles no puedan cumplir, sin más, el contenido de una Resolución del Consejo de Seguridad obligatoria para nuestro país.

La Constitución española sólo contempla, expresamente, siguiendo un sistema calificado de “dualista moderado y razonable”, la recepción de los tratados por la simple publicación. No contempla expresamente el Texto Legal Primigenio más que la aplicación interna de los tratados, ya que según su art. 96.1 los tratados forman parte del ordenamiento interno español por su publicación oficial (“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”), aclarando, a su vez, el art. 1.5 del Código Civil que es el Boletín Oficial del Estado el medio en que ha de tener lugar dicha publicación. Teniendo en cuenta lo prescrito en esas disposiciones, se entiende que los tratados en vigor para España publicados en el B.O.E. forman parte del derecho interno, con rango inferior a la Constitución aunque superior al de las leyes, sean anteriores o posteriores al tratado (23).

En cuanto a los efectos a surtir en el ámbito interno por una Resolución de un órgano de una organización internacional que, según el tratado instituyente de la misma, sea obligatoria para España, la Constitución guarda silencio, pero puesto que el efecto obligatorio de la Resolución deriva de lo dispuesto en el tratado instituyente y éste ha que-

(23) *Ibidem*, págs. 183, 184 y 185.

dado integrado en el derecho interno por su publicación en el B.O.E., esa Resolución llegará a formar parte del derecho español exactamente por el mismo procedimiento, esto es, por su publicación en el B.O.E., pues no se trataría sino de cerrar el ciclo iniciado por la publicación del tratado. Se trata de una conclusión sólida y razonable, porque si para la integración de la norma originaria (el tratado) el constituyente español se conforma con la publicación de su texto, sería incoherente exigir un acto reforzado de recepción para la aplicación de la norma derivada (la Resolución de la organización internacional instituida por aquel tratado), de modo y manera que para la necesaria integración en el derecho español de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad bastaba, cual se hizo, con la publicación en el B.O.E. del texto completo de tal Resolución (del que forma parte integrante e inescindible el Estatuto anexo al informe del Secretario General -Doc. S/25704-, aprobado por el párrafo dispositivo 2 de la misma), habida cuenta, a mayor abundamiento, de que la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 se publicó en el B.O.E. núm. 275, de 16 de noviembre de 1990 (Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia). Así pues, con la publicación de la Resolución 827 (1993) y el Estatuto a ella anejo en el B.O.E. núm. 281, de 24 de noviembre de 1993 (corrección de errores en el B.O.E. núm. 19, de 22 de enero de 1994), por Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 19 de octubre de 1993, se evita cualquier atisbo de duda formal acerca de la plena obligatoriedad interna para nuestro país de tales Resolución y Estatuto. Y ello aun cuando creemos que la elevación al rango de exigencia de la publicación en el B.O.E. de la Carta de San Francisco en orden a deducir de dicho registro la obligatoriedad para España de las Resoluciones emanadas de aquella Organización de Naciones Unidas y su plena recepción en nuestro derecho interno obedece a un inaudito formalismo, carente de realismo, que conduciría, además, a la desatinada conclusión de que, hasta el 16 de noviembre de 1990, no resultaban obligatorias para España (o, al menos, carecían de aplicabilidad en el ámbito interno) las Resoluciones emanadas de aquella Organización universal; cosa distinta es, efectivamente, la necesidad de publicación en el periódico oficial de las Resoluciones de la Organización a aquellos efectos de su plena integración, lo que, sin duda, es predicable de la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946, confirmatoria de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal

Militar Internacional de Nuremberg, y que, dado el tenor del art. 5 del Estatuto del Tribunal Internacional creado en 1993 (“crímenes de lesa humanidad”), debería ser objeto de publicación en el BOE, a efectos de cubrir, desde el punto de vista del derecho interno español, la salvaguarda del principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal, en lo atinente a los delitos de lesa humanidad (24).

Decidiendo la Resolución 827 (1993), en su párrafo dispositivo 4, cual quedó dicho, que todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional así creado y sus órganos, de conformidad con la misma y con el Estatuto del Tribunal, y que, en consecuencia, de-

(24) Frente a la posibilidad, al parecer en algún momento barajada (Orden Comunicada del Ministro de Asuntos Exteriores de 25 de junio de 1993, dirigida al Consejo de Estado), según la cual “la aplicación de la Resolución en el Derecho español no necesita la promulgación de legislación complementaria, toda vez que los artículos 277 y 66.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sirven de apoyo a aquella aplicación”, considerándose “procedente la promulgación de un Real Decreto para regular los trámites internos a seguir por las peticiones de asistencia que pueda dirigir el Tribunal Penal Internacional a España”, el Consejo de Estado en Pleno emitió, en sesión celebrada el 9 de septiembre de 1993, dictamen (el núm. 984/93/927/93) en el que, tras analizar, a la luz del art. 96.1 de la Constitución, la incorporación al derecho interno de normas y actos de origen internacional, así como lo atinente a aquellos actos o normas que, una vez que ya han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno, requieren determinadas medidas para su ejecución, tal y como se previene en el apartado e) del art. 94.1 de la Constitución, centra en el párrafo segundo del art. 93 del Primer Cuerpo Legal el análisis, para concluir que se refiere el mismo claramente a la fase de ejecución de resoluciones de una organización internacional que ya han quedado incorporadas al derecho español, y permite suponer que esa incorporación ha sido automática, al estilo de la prevista en el art. 96 para los tratados, añadiendo que aun cuando es cierto que el art. 93 está específicamente concebido para las organizaciones internacionales a las que se haya atribuido el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, “la solución que implícitamente de él se desprende en lo relativo a la adopción por el derecho interno de resoluciones emanadas de dichas organizaciones parece que puede extenderse a los actos emitidos por otros tipos de organizaciones internacionales”, por lo que concluye que, a los efectos del art. 96.1 de la Constitución, las resoluciones de las organizaciones internacionales en las que España participe se asimilan a los tratados celebrados por España, con lo que “tales resoluciones quedan automáticamente incorporadas a nuestro derecho interno una vez que se han perfeccionado en la esfera internacional y que se han publicado en el Boletín Oficial del Estado”, añadiendo, a continuación (tal vez para rebajar aquel excesivo prurito formalista que implica la exigencia de publicación en el B.O.E.), que “basta, sin embargo, la publicación en el diario oficial de la organización de que se trate cuando así se prevea en el tratado constitutivo de la organización”.

La intención de la comunidad internacional expresada en el acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946 fue, a juicio de Quintano Ripollés (ob. cit., pag. 430), “incorporar su doctrina al acervo de la conciencia jurídica universal de un modo permanente y con la jerarquía suprema de principios de Derecho”.

berán adoptarse por todos los Estados las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones de dicha Resolución y del Estatuto, resulta preciso, al efecto, que tal Resolución y Estatuto anejo entren a formar parte de los respectivos derechos internos, de acuerdo con lo que, cual se expresó, previene el prerreferido art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas, a cuyo tenor “los Miembros de las Naciones Unidas convienen en *aceptar y cumplir* las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

En consecuencia, y aún cuando el Estatuto del Tribunal tiene, en gran medida, por su naturaleza y contenido, carácter autoejecutivo (*self-executing*), y, aun prescindiendo de las dudas formales antes apuntadas, y admitiendo la posibilidad de su directa aplicación en España sin necesidad de procedimiento alguno de trasposición (en general, todo el derecho humanitario presenta, como una de sus características peculiares, aquel carácter, no requiriendo, para su puesta en práctica, proceso alguno de trasposición a los ordenamientos internos, salvo, quizás, en lo relativo, precisamente, a la represión penal de las infracciones de los Instrumentos en que aquella normatividad internacional humanitaria se contiene, para lo que los Estados signatarios de los mismos se comprometen a adoptar -en virtud del principio “*pacta sunt servanda*”, recogido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969; BOE de 13 de junio de 1980- “las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves” de las previstas en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo I Adicional a aquellos, de 8 de junio de 1977), resulta inconcuso que tanto el cumplimiento de la Resolución 827 (1993) como la puesta en práctica o efectividad del Estatuto del Tribunal exigen la adopción de las medidas necesarias, con arreglo al Derecho interno español, para su pacífica y completa aplicación, a fin de posibilitar a nuestro país para cumplir su obligación de cooperar plenamente con el Tribunal y sus órganos. A tal efecto, y habida cuenta de la especialidad de la fuente jurídica de que la obligación dimana, que no es un tratado internacional (fuente usual en relación al reconocimiento de competencia respecto a otros Tribunales internacionales), sino una Resolución de una Organización Internacional, y aún cuando la Constitución y el Decreto 801/1972, de 24 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril), sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, no contienen previsión alguna sobre la recepción en el derecho interno español

de los actos y normas de derecho derivado de las organizaciones internacionales, el párrafo segundo del art. 93 de la Constitución Española señala que “corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión” (cesión por la que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución).

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio (B.O.E. núm. 131, de 2 de junio de 1994), para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, señala, respecto a la Resolución 827 (1993), que “no hay duda de su carácter jurídico *vinculante en la esfera internacional* para todos los Estados”, añadiendo, respecto al Estatuto a aquella anejo que “partiendo del *carácter autoejecutivo, en sentido material*, de gran parte del Estatuto”, la Ley Orgánica de que se trata “aporta sólo algunas previsiones que permitan *instrumentarlo, en aquellas materias reservadas a la Ley Orgánica por nuestra Constitución*”. La dicción de este concreto párrafo no es la que originariamente aparecía en el texto del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, V Legislatura, núm. 46-1, de 4 de enero de 1994), en el que se aludía a “... aquellos aspectos en que aparece una divergencia con normas internas, algunas de las cuales tienen rango de Ley Orgánica, lo que impone tal rango a la presente Ley”; tal concepción resultaba manifiestamente errónea, por parecer querer dar a entender que una posible oposición del texto de la Resolución o Estatuto anejo con normas legales internas se habría de resolver, desde el punto de vista de la jerarquía normativa, en favor de estas últimas (y, para evitarlo, se acudía a otorgar a la norma que se proyectaba carácter orgánico), lo que, a tenor de cuanto ha quedado anteriormente reseñado, no era acertado (como afirmaba el Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la Ley Orgánica -el Proyecto- de que se trata “se ha hecho no solamente por el *imperativo normativo* que supone la Resolución del Consejo de Seguridad, sino...”, añadiéndose, en otra intervención, que “... nos aparece como adecuado el procedimiento, en su momento indicado por el dictamen del Consejo de Estado y seguido por el Gobierno, consistente en entender que la misma existencia del Tribunal entraba dentro de

las cuestiones jurídicas internacionales que nuestro ordenamiento *recibe automáticamente*, y que, sin embargo, era necesario proceder a la aprobación de un texto con rango legal que facilitara los *instrumentos de cooperación por parte de España con dicho Tribunal*, texto que afectando directamente a materia de derechos y libertades, no podía tener otro rango que el orgánico” (25).

(25) Respecto a la cuestión concerniente a las consecuencias que, del indiscutido carácter autoejecutivo (entendido como autosuficiencia en lo relativo a la ejecución en el derecho interno) de la Resolución 827 (1993), del Consejo de Seguridad, se deducen en relación a la garantía de su cumplimiento en el orden interno, una vez producida la efectiva incorporación de la misma al derecho interno español, el dictamen del Consejo de Estado de 9 de septiembre de 1993 (el núm. 984/93/927/93), señala, en primer término, que la propia Resolución 827 (1993) decide que todos los Estados “deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno para aplicar las disposiciones” de la misma, añadiendo, en segundo lugar, que la decisión sobre si las medidas internas de ejecución son necesarias debe tomarse de acuerdo con criterios técnicos, pareciendo “claro que la Resolución 827 (1993) no proporciona al juez penal español y a otros operadores jurídicos interesados todos los elementos necesarios para su ejecución”, elementos que se encuentran en el Estatuto del Tribunal Internacional, que, a estos efectos, habría, sin duda, de publicarse junto con la meritada Resolución; finalmente, y habida cuenta que ni siquiera el Estatuto comprende todos los aspectos de la cuestión (determinación del “*dies ad quem*” por el Consejo de Seguridad, eventual declaración unilateral española aceptando que los condenados cumplan su pena en territorio español), “es preciso que una norma interna de rango suficiente (norma respecto a la que el Consejo de Estado determina que habrá de tener “rango de Ley”, sin más precisiones) recoja, de forma clara y ordenada, todos los elementos de la Resolución 827 (1993) y del Estatuto del Tribunal Internacional que resulten necesarios para asegurar que la Resolución se hace cumplir por los Juzgados y Tribunales españoles”

En cuanto al rango normativo de la norma interna dirigida a asegurar el cumplimiento in foro doméstico de la Resolución 827 (1993) y el Estatuto anexo a ella, el Consejo General del Poder Judicial, en el Pleno de 17 de noviembre de 1993, analizó el Informe de la Comisión de Estudios del mismo al Anteproyecto de Ley Orgánica para la cooperación con el Tribunal Internacional, a cuyo tenor, la afección de normas internas de orden procedimental (art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y de principios de orden sustantivo (“*non bis in idem*”, detención y entrega, extradición y delito de falso testimonio -arts. 5, 6, 6.2 y 7.2 del Estatuto-), entre otros, debe dar lugar a “la necesidad de una normativa de desarrollo, que, según los casos, tendría el carácter de Ley Orgánica o de Ley ordinaria” (Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, núm. 115, Madrid, enero 1994).

Tanto en el primer borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica, como en el de 28 de octubre de 1993, omitía el Ministerio de Justicia hacer referencia alguna a la jurisdicción militar, lo que se subsanó en los borradores de 8 y 18 de noviembre siguientes (en el primero de los cuales se incorporaban ya al texto observaciones de los Ministerios de Cultura y Defensa y de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores); de acuerdo con ello, en los arts. 3, in fine, y 4 de la Ley Orgánica 15/1994 se reconoce la competencia interna de la jurisdicción militar, en el supuesto de tramitación de solicitudes de cooperación y se centraliza en el Tribunal Militar Central la remisión a la Audiencia

En conclusión, aún sin desconocer la posibilidad de aplicabilidad directa en España del Estatuto de mérito, la razón de ser de la Ley Orgánica de que se trata no es sino lo inhabitual y poco ortodoxo que hubiera resultado publicar aquel directamente en el B.O.E. sin conocimiento e intervención de las Cámaras, so pretexto de que ya vinculaba internacionalmente al Estado español y sin arbitrar los instrumentos jurídicos (procesales, orgánicos y sustantivos) necesarios para hacer factible la cooperación con la jurisdicción que crea la Resolución 827 (1993); en este sentido, estimamos que, efectivamente, nuestro país no puede, por las razones que antes se expresaron, desconocer, ni reconocer, esa jurisdicción, por lo que, en suma, y dado el carácter de autoejecutivo de la mayor parte de las prescripciones del Estatuto, el texto de la Ley Orgánica de que se trata se limita, tan sólo, a concretar ciertas previsiones que resultan necesarias en orden a instrumentarlo, en aquellos específicos aspectos en que aparecen divergencias con normas internas, compartiendo la filosofía que, a tal respecto, se expresa en la Exposición de Motivos, considerando, en definitiva, que el Estatuto es, en todo caso, y desde el punto de vista material, plenamente aplicable en el derecho interno español, en razón de las previas obligaciones convencionalmente asumidas por España, y del carácter autoejecutivo de las prescripciones del mismo.

Resulta incuestionable, desde el punto de vista jurídico-formal, de un lado, que, decidida, no obstante cuanto acaba de expresarse, y por las razones antedichas (de índole fundamentalmente adjetiva), la conveniencia de seguir el cauce de la previsión legal para propiciar la pacífica y plena aplicación en España de la Resolución y el Estatuto de que se trata, el rango normativo de la disposición en que había de plasmarse la articulación de la cooperación a prestar a aquella jurisdicción no podía ser otro que el de la *Ley Orgánica*, cauce normativo al que, dada la reserva de Ley Orgánica que, en el orden interno, tienen las materias reguladas (y las preexistentes normas internas de cuya virtualidad podían derivar dificultades para una inmediata aplicación en el ámbito interno del Estatuto), resultaba obligado acogerse.

Nacional de las actuaciones respecto a cuyo conocimiento los órganos judiciales castrenses sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional. Sobre las intervenciones del Ministro de Justicia, Sr. Belloch Julbe y del Diputado, Sr. Ruperez Rubio, que se citan, cfr. Diario de Sesiones, 14 de abril de 1994, núm. 63, págs. 3128 y 3129 y 3133 a 3136, respectivamente.

Por otro lado, no es posible oponer al Estatuto tacha alguna de inconstitucionalidad en su aplicabilidad interna por mor de un pretendido desconocimiento en él del principio de legalidad, pues en orden a garantizar la incolumidad del principio "nullum crimen sine lege", en que, fundamentalmente, se concreta, en el ámbito de la represión penal internacional en que nos encontramos, aquel principio, resulta incontrovertible la previa existencia y consecuente exigibilidad de la aplicabilidad de las normas del derecho internacional humanitario "que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario", siendo, a tal efecto, de destacar, por lo que a España concierne, que nuestro país es Parte en los Instrumentos convencionales básicos del derecho internacional humanitario que incluyen violaciones características de obligaciones establecidas por normas humanitarias internacionales y que se concretan en la Convención II de La Haya de 29 de julio de 1899, relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre, con su Reglamento Anejo sobre Leyes y Costumbres de la guerra (ratificada el 4 de septiembre de 1900 -Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1900-), los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, relativo al trato de los prisioneros de guerra y relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, respectivamente (ratificados, todos ellos, el 4 de agosto de 1952 -Convenio I, B.O.E. núm. 236, de 23 de agosto de 1952; Convenio II, B.O.E. núm. 239, de 26 de agosto de 1952; Convenio III, B.O.E. núm. 249, de 5 de septiembre de 1952; Convenio IV, B.O.E. núm. 246, de 2 de septiembre de 1952- y en vigor, todos, para España desde el 4 de febrero de 1953), la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (ratificada el 7 de junio de 1960 y en vigor para España desde el 7 de octubre de 1960 -B.O.E. núm. 282, de 24 de noviembre de 1960-) y los dos Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 (ratificados ambos el 21 de abril de 1989, y en vigor para España desde el 21 de octubre de 1989 -B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989-), y, asimismo, es Parte en la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 (Instrumento de Adhesión de 13 de septiembre de 1968 y en vigor para España desde el 13 de diciembre de 1968 -B.O.E. núm. 34, de 8 de febrero de 1969-), resultando, pues, palmario que España está obligada internacionalmente, en virtud de unos compromisos convenciona-

les libremente asumidos, a “respetar y hacer respetar” en todas las circunstancias las correspondientes prescripciones de aquellos Instrumentos y, específicamente, a adoptar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra los Convenios de 1949 (y contra el Protocolo I de 1977 -el cual incluye, en concreto, en su art. 85.4, entre las infracciones graves, los ataques dirigidos contra los bienes culturales ya amparados por la aludida Convención de La Haya de 1954 y cuya protección se extiende en virtud del art. 53 del propio Protocolo I-), así como a hacer que “cesen” todas las demás infracciones, o “actos contrarios a las prescripciones” de los anteexpuestos Convenios y Protocolo, comprometiéndose, asimismo, a buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas, pudiendo también, si lo prefiere y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes (arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV, pronunciándose en similar sentido el art. 88 del Protocolo I). En el mismo sentido, el art. 5 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio señala que “las Partes Contratantes se comprometen... especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...”.

De modo que preexiste para nuestro país una obligación internacional consistente en la garantía de hacer respetar el derecho internacional humanitario a cuantas personas estén bajo la jurisdicción del Estado español, con independencia de su nacionalidad y de su condición civil o militar, teniendo en cuenta, de otro lado, que tanto los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 como el Protocolo I Adicional a ellos, de 8 de junio de 1977, consolidan, en fin, como hemos señalado, la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos incorporando sendas cláusulas que responden, en general, al principio “aut iudicare aut dedere” (Convenio I, art.49, segundo párrafo; Convenio II, art. 50, segundo párrafo; Convenio III, art. 129, segundo párrafo; Convenio IV, art. 146, segundo párrafo; Protocolo I, art. 88); a su vez, el art. 7 de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 señala que, a los efectos de extradición, no se con-

siderará el genocidio como delito político, comprometiéndose las Partes Contratantes a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes (26).

Por lo demás, y como última precisión en orden a los efectos del carácter autoejecutivo del Estatuto, conviene señalar que se expresa normativamente en el Protocolo I de 1977 la idea de que las normas convencionales de derecho internacional humanitario generan, por decirlo así, una "estructura integral de obligación", en tanto su art. 89 enuncia un derecho general de los distintos Estados de participar en la tarea de hacer respetar aquellas normas, al disponer dicho precepto, cobijado bajo el título "Cooperación", que "en situaciones de *violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo*, las Altas Partes Contratantes *se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*", lo que, partiendo del objetivo esencial del derecho internacional humanita-

(26) En lo relativo al estado actual de cumplimiento por parte de España de la obligación, convencionalmente asumida, de incriminar las "infracciones graves" a los Convenios de 1949 y Protocolo I de 1977, cfr. Fernández Flores, J. L., "Delitos contra las leyes y usos de la guerra" en "Comentarios al Código Penal Militar", Civitas, Madrid, 1988, págs. 812 a 824; "Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949", Estudio elaborado por la Comisión de Expertos nombrada en el Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (C.E.D.I.H.) de la Cruz Roja Española e integrada por Pérez González, M. (Presidente), Sánchez del Río Sierra, J., Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L., Pignatelli Meca, F., Pulgarim de Miguel, F. J. (Vocales) y Anton Ayllon, M. (Secretario), en Revista Española de Derecho Militar, núm. 56-57, enero-junio 1991, Tomo II, págs. 693 a 845.

De conformidad con aquella aludida propuesta, y haciéndola suya literalmente, la Comisión redactora del Proyecto de Código Penal, a la Presidencia de la cual se dirigió, por la de la Cruz Roja Española, el texto del estudio, incluyó en el Proyecto de Código Penal cuya tramitación parlamentaria decayó con motivo de la disolución de las Cortes Generales para las elecciones de 6 de junio de 1993 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, IV Legislatura, núm. 102-1, de 23 de septiembre de 1992), y en concreto, en el Título XXII (intitulado "delitos contra la comunidad internacional") del Libro II ("Delitos y sus penas"), un Capítulo III, bajo la rúbrica "de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" (arts. 588 al 594, ambos inclusive), en el que se preveía la posibilidad de que fuera un no militar el sujeto activo de tales conductas. En idéntico sentido, en el Capítulo III del Título XXI ("Delitos contra la Comunidad internacional") del Libro II ("Delitos y sus penas") del borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 5 de julio de 1994, del Ministerio de Justicia e Interior (que dio lugar al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal aprobado por el Gobierno el 22 de julio de 1994), y bajo igual rúbrica que la del Capítulo de igual data del Proyecto de 1992, se contienen unos artículos 599 a 605 de idéntica redacción a los del decaído Proyecto (cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, V Legislatura, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994).

rio de la protección de la persona humana en su vida y en su dignidad, significa que, a fin de no abandonar a su suerte a las víctimas de las violaciones graves de aquel derecho, en la lucha contra dichas violaciones se precisan no sólo métodos individuales, sino también colectivos, sobre todo si se trata de actos (como los que se determinan en los arts. 2, 3, 4 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional que se crea) que, por la índole de los bienes jurídicos que lesionan, su carácter masivo y su naturaleza especialmente execrable, merecen el calificativo de delitos internacionales.

III.- EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL.

1.- *Contenido.*

Por el párrafo dispositivo 2 de la tan aludida Resolución 827 (1993) se aprueba, además de la creación del Tribunal Internacional, el Estatuto del mismo, anejo al Informe del Secretario General (Doc. S/25704) aprobado por el párrafo dispositivo 1 de aquélla.

El *Estatuto consta de treinta y cuatro artículos*, y en él, tras establecer la competencia genérica del Tribunal (art. 1), se regula, detalladamente, la competencia material del Tribunal (se enumeran y especifican, en los arts. 2, 3, 4 y 5, las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes o usos de la guerra, así como los hechos que constituyen el genocidio y los crímenes de lesa humanidad), se delimita la jurisdicción personal (arts. 6 y 7), territorial y temporal (art. 8) y concurrente (art. 9), se consagra el principio de cosa juzgada en lo que se refiere a las decisiones del Tribunal Internacional y se excepciona el “non bis in idem” en lo concerniente a determinadas actuaciones de jurisdicciones internas (art. 10), y se dedica un total de seis artículos (arts. 11, 12, 13, 14, 16 y 17) a la organización del Tribunal (Salas, Fiscal y Secretaría); se establecen reglas procedimentales (arts. 15, 18, 19, 20, 22 y 23), los derechos del acusado (art. 21), y, finalmente, se regula lo atinente a las penas (art. 24), apelación y revisión (arts. 25 y 26), ejecución de las sentencias (art. 27), indulto y conmutación de penas (art. 28), cooperación y asistencia judicial (art. 29), carácter, prerrogativas e inmunidades del Tribunal (art. 30), sede (art. 31), gastos (art. 32), idiomas de trabajo (art.33) e informe anual al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General (art. 34).

En todo caso, se establece, en orden a garantizar el general principio de legalidad, en sus aspectos de garantía criminal y de seguridad jurídica, la competencia “*ratione materiae*”, “*ratione loci*” y “*ratione temporis*” de la

instancia jurisdiccional internacional que se crea, señalando, al efecto, que se juzgarán las *infracciones graves*, cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que, una vez restaurada la paz, el Consejo de Seguridad determinará (art. 1 en relación con los arts. 2 a 8), y en su aspecto de garantía penal, determinando la clase de penas a imponer y remitiendo al juzgador a la práctica general de los Tribunales de la ex-Yugoslavia en cuanto a sus condiciones de cumplimiento (art. 24).

No puede aquí dejar de hacerse notar que la República Federativa Socialista de Yugoslavia era Parte en los siguientes Instrumentos de derecho internacional humanitario: la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de 1949 de 8 de junio de 1977 (27). En consecuencia, dado que la actual República Federativa de Yugoslavia (integrada por las Repúblicas de Serbia y Montenegro) ha afirmado el 27 de abril de 1992, al adoptar la Constitución que instituía el nuevo ente político, que aseguraba la continuidad del antiguo Estado yugoslavo y que respetaría estrictamente todos los compromisos adquiridos por este en el ámbito internacional, aquella República Federativa de Yugoslavia ha quedado plenamente obligada por tales Instrumentos; lo que, de otro lado, no precisaría de aquella expresa declaración, por consecuencia del tenor del art. 35 c), a sensu contrario, de la Convención de Viena de 23 de agosto de 1978, a la que, a continuación, se aludirá. No obstante, y aun cuando quiera darse valor consuetudinario a lo prevenido en el art. 34.1.a) de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de Tratados, de 23 de agosto de 1978 (28), que consagra, frente al principio de la *tabula rasa*, el de la continuidad en el supuesto, como el que nos ocupa, de sucesión que implique la aparición de nuevos Estados por desmembramiento o secesión (29), en relación con la sucesión de las Repúblicas de Eslovenia,

(27) Torres Ugena, N., "Textos normativos de Derecho Internacional Público", Civitas, Madrid, 1990, págs. 769 a 947.

(28) El párrafo 1.a) del art. 34 de la Convención de Viena de 1978 dispone: "1. Cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor: a) todo tratado que estuviera en vigor en la fecha de sucesión de Estados respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto de cada Estado sucesor así formado"; a su vez, el párrafo 2 del aludido art. 34 señala que "el párrafo 1 no se aplicará: a) si los Estados interesados convienen en otra cosa, o b) si se desprende del tratado o consta de otro modo que

la aplicación del tratado respecto del Estado sucesor sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución". Por último, el art. 35 de la Convención estipula que "Cuando después de la separación de una parte del territorio de un Estado, el Estado predecesor continúe existiendo, todo tratado que en la fecha de la sucesión de Estados estuviera en vigor respecto del Estado predecesor continuará en vigor respecto del resto de su territorio, a menos: a) que los Estados interesados convengan en otra cosa; b) que conste que el tratado se refiere solo al territorio que se ha separado del Estado predecesor; o c) que se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado predecesor sería incompatible con el objeto y el fin del Tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución".

Acerca de la cuestión relativa a la sucesión de Estados (y, especialmente, la de la sucesión de los Estados en los tratados en lo atinente a las obligaciones convencionales contraídas por el predecesor), cfr. la decisión del Tribunal Internacional de Justicia de 18 de abril de 1993 en el asunto de la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948; ante la objeción yugoslava (Serbia y Montenegro) acerca de la sucesión de Bosnia-Herzegovina en la Convención (ratificada por la ex-Yugoslavia el 28 de abril de 1980), según la cual la declaración bosniaca de sucesión transmitida al Secretario General de las Naciones Unidas, en cuanto depositario de la Convención, el 29 de diciembre de 1992, retro trayendo al 6 de marzo anterior (fecha de la independencia de Bosnia-Herzegovina) la sucesión, sería una adhesión a la Convención de 1948 llevada a cabo de conformidad con los párrafos tercero y cuarto del art. 11 de la misma, y con efectos, por consiguiente, a partir del nonagésimo día después de la fecha del depósito del Instrumento de adhesión, lo que impediría, en consecuencia, al Tribunal, conocer los hechos indicados en el recurso producidos antes del 29 de marzo de 1993, fecha de la entrada en vigor, según tal consideración, de la Convención de 1948 respecto a Bosnia-Herzegovina, el Tribunal no aceptó la objeción serbio-montenegrina concerniente a la validez y efectos de la declaración bosniaca de sucesión, a la que califica como acto de adhesión productor de efectos con eficacia retroactiva (cfr. SCISO, E., "Note in margine all'Ordinanza della Corte Internazionale di Giustizia nell'affare dell'applicazione della Convenzione sul Genocidio", en "La Comunità Internazionale", Vol. XLVIII, 2, 1993, Editoriale Scientifica, págs. 311 a 333).

(29) Remiro Brotons, A., "Derecho Internacional Público, Derecho de los Tratados", Tomo II, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 378 a 389. (Con especial referencia a supuestos de desmembramiento o secesión, afirma -págs. 385 y 386- que "esta sucesión, en los antipodas de la descolonizadora, toma como principio -aplicable a menos que las partes convengan otra cosa- el de la continuidad automática e inmediata de los tratados en vigor dentro de los límites territoriales en que se venían aplicando, lo que en el caso de sucesión por unificación podría circunscribir la continuidad a solo una parte del nuevo Estado y, en los casos de sucesión por separación, a uno solo de los Estados implicados, el sucesor en la parte del territorio al que era aplicable el tratado. El principio de continuidad cede únicamente -salva la voluntad de las partes- cuando se desprende del tratado o consta de otro modo que su aplicación respecto del Estado sucesor "sería incompatible con el objeto y el fin del Tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución" (-arts. 31.1.b) y 34.2.b)-", lo que, incontrovertiblemente, no es, a nuestro juicio, el caso de las Repúblicas de Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina en relación, al menos, con los Instrumentos de derecho internacional humanitario de que se trata).

En el mismo sentido, cfr. Pastor Ridruejo, J. A., ob. cit., págs. 300 y 301; Gutiérrez Espada, C., "Sobre la sucesión de Estados en materia de tratados", en "Hacia un nuevo orden...", ob. cit., págs. 361 a 375.

Croacia y Bosnia-Herzegovina en aquellos Instrumentos, la Convención de 23 de agosto de 1978, que fue ratificada por Yugoslavia el 28 de abril de 1980, no ha entrado en vigor, por falta de las necesarias adhesiones o ratificaciones (30), por lo que, es por las declaraciones de sucesión respectivas, de fechas 26 de marzo, 11 de mayo y 31 de diciembre, todas de 1992, por lo que estos Estados sucesores han venido a ser Partes, sin mácula de duda alguna, en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977; de modo que la tesis de considerar que la sucesión se produjo por el principio de la continuidad consagrado en el art. 34.1 a) de la Convención de 1978 ha de decaer ante esta expresa declaración, subrayándose (31) que tales declaraciones retrotraen la sucesión al día de la independencia (a saber, respectivamente, el 26 de junio y el 8 de octubre de 1991 para Eslovenia y Croacia y el 6 de marzo de 1992 para Bosnia-Herzegovina) de estas Repúblicas, conforme a la práctica internacional, lo que implica que tal práctica no es sino la consagrada en el art. 23 de la Convención de 1978 para los Estados que siguen el principio de la tabula rasa, por lo que, contra la consecuencia que podría derivar de la aplicabilidad, en cuanto norma consuetudinaria, del criterio codificado en el art. 34.1 a) de aquella Convención, las nuevas Repúblicas no están ligadas al derecho que obligaba a la antigua Yugoslavia más que a partir del momento de su independencia.

Aun cuando el problema de la sucesión en materia de tratados por lo que respecta a Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, podría dar lugar, en un plano más teórico que práctico, a problemas acerca del derecho aplicable a las infracciones a enjuiciar por el Tribunal, en función de si al momento de cometerse la infracción, y teniendo en cuenta el lugar de comisión, el derecho humanitario a aplicar era aquel en cuyos Instrumentos era Parte la antigua Yugoslavia (hasta la fecha de independencia de cada República secesionista y, siempre, en Serbia y Montenegro), o, si en el lapso comprendido a partir de las respectivas declaraciones de secesión de Eslovenia (el 26 de marzo de 1991), Croacia (el 11 de mayo de 1991) y Bosnia-Herzegovina (el 31 de diciembre de 1992), hasta las respectivas declaraciones de independencia quedó excluida, para el territorio de estas

(30) Según su art. 49, la Convención entrará en vigor treinta días después de que se deposite el decimoquinto instrumento de ratificación o adhesión.

(31) Revista Internacional de la Cruz Roja (R.I.C.R.), 1993, págs. 69 y 73 y 74 y R.I.C.R., 1992, págs. 324 a 326.

tres Repúblicas, la aplicabilidad de aquellos Instrumentos, tal posibilidad parece susceptible de poder ser rechazada por el hecho de que el derecho humanitario a aplicar por el Tribunal contenido en esos Instrumentos forma parte del núcleo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales, y, en consecuencia, resulta obligatorio “erga omnes”.

A. *Competencia.*

En el art. 1 del Estatuto se señala, *con carácter general*, que “el Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”. Esta genérica atribución competencial se desarrolla en los arts. 2 a 8 siguientes.

a) “*Competencia “ratione materiae”.*”

En consonancia con la intención manifestada de aplicar el derecho internacional humanitario preexistente, tanto consuetudinario como convencional (Doc. S/25704, párrafos 34 y 35), la competencia material del Tribunal se circunscribe a la aplicación del derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, vigente en la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

Desde el punto de vista sustantivo, las incriminaciones contenidas en los arts. 2 a 5 del Estatuto implican la tipificación de conductas contrarias tanto a las prescripciones del llamado “derecho de Ginebra” como a algunas de las integrantes del denominado “derecho de La Haya” o “ius in bello” en sentido estricto (art. 3, en especial). Frente a la incriminación de los delitos contra la paz en los Estatutos de Nuremberg y Tokio (arts. 6 a) y 5 a), respectivamente), tal figura delictiva, entendida en Nuremberg como “el planteamiento, la preparación, el inicio o la conducción de una guerra de agresión o una guerra que supone la violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales” (“o bien la participación en un plan general o una conspiración cuyo objetivo es la ejecución de los actos antes mencionados” -figura, esta, del “plan común o conspiración”, desconocida en el Estatuto del Tribunal de Tokio-), no aparece prevista en el

Estatuto de 1993 (32); por el contrario, mientras que en Nuremberg y Tokio el genocidio no aparecía designado como tal y, menos aún, considerado como figura autónoma, sino que se incluía entre los delitos contra la Humanidad (arts. 6 c) y 5 c), respectivamente) el art. 5 del Estatuto de 1993 tipifica esta conducta como figura autónoma, en los términos de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, aprobada mediante Resolución 260-III-A, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948 (y cuyo texto figura anexo a tal Resolución).

No puede dejar de señalarse en este concreto aspecto de la competencia material la posibilidad de aplicación por el Tribunal Internacional del derecho interno de la ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia, tanto el contenido, al menos en lo relativo a las penas señaladas, en algunos preceptos del Capítulo Undécimo del Código Penal de aquella (intitulado "Infracciones contra la Humanidad y contra el Derecho de Gentes" - arts. 124, "genocidio", 125, "crimen de guerra contra la población civil",

(32) Omisión que, tal vez, no sea impremeditada ni carezca de finalidad (sintomáticamente, el Informe S/25704 guarda absoluto silencio sobre la causa de su no previsión en el Estatuto), ya que, realmente, su falta creemos que convierte en inaplicable, en la práctica, el Estatuto a los Jefes de Estado y de Gobierno y a los altos funcionarios responsables del Gobierno, deviniendo, así, ilusoria, siempre a nuestro juicio, la previsión del apartado 2 del art. 7 del Estatuto, ya que no resulta imaginable que a tales personas les puedan ser imputados, cualquiera que fuera la forma de participación en ellos que se les atribuyere, los hechos contenidos en los arts. 2 a 5 del Estatuto, ya que se trata de actuaciones que, normalmente, tienen por autores materiales a individuos de más bajo rango.

No cabe olvidar, en este sentido, siguiendo a Quintano Ripollés (ob. cit., pags. 504 y 505), que, según la jurisprudencia de Nuremberg, "el crimen contra la paz únicamente puede tener virtualidad jurídica en conductas decisivas en el conflicto, quedando impunes las de mera colaboración. Desde luego quedan excluidas las presuntas responsabilidades de los militares participantes en la guerra agresiva, por el sólo hecho de serlo, conforme asimismo a la opinión dominante", y no es, tampoco, dable olvidar que si en 1945 la incriminación de este delito obedeció (Quintano Ripollés, A., ob. cit. pag. 497) a "una "norma de cultura", para emplear la terminología bindingiana, que no había logrado todavía encarnar en "norma de Derecho Penal", una antijuridicidad sin tipicidad normativa", no ocurre hoy lo propio, ya que la comunidad internacional (sujeto pasivo mediato de estas conductas), en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 96 -I-, de 11 de diciembre de 1946, confirmatoria de los principios de Nuremberg, 3314 -XXIX-, de 14 de diciembre de 1974, definitiva de la agresión y en el art. 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, ha consagrado, como principio de *ius cogens* (Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, recaída en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra los Estados Unidos de América -Recueil, 1986, pags. 90 y 91-), el de la prohibición del empleo de la fuerza.

126, "crimen de guerra contra heridos o enfermos", 127, "crimen de guerra contra los prisioneros de guerra", 128, "organización de un grupo con el fin de cometer genocidios o crímenes de guerra", 129, "matar o herir al enemigo contrariamente al derecho", 129-a, "despojo ilegal de efectos de muertos o heridos sobre el campo de batalla", 129-b, "empleo de medios de combate ilícitos", 131, "crueldad con los heridos, enfermos y prisioneros" y 132, "destrucción de monumentos culturales o históricos"-) y del Capítulo Vigésimoquinto del mismo (cuya rúbrica reza "Infracciones contra las Fuerzas Armadas" -art. 361, "sustracción ilícita de efectos de muertos y heridos sobre el campo de batalla"-) (33), en calidad de normas o elementos nomofiláticos a la hora de aplicar los arts. 2 a 5 del Estatuto a cada caso concreto, en la medida en que incorporan el derecho internacional humanitario consuetudinario, como, sobre todo, y por mor de lo prevenido en el art. 24.1 del Estatuto, el cobijado en la legislación de aquella República o derivado de la práctica de sus Tribunales en relación con las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad; en la medida en que esta "práctica general" seguida por los Tribunales de la ex-Yugoslavia es, propiamente, doctrina legal, forma parte, al menos en sentido amplio, del derecho interno, cuya aplicación resulta, aquí sí, de carácter obligatorio (y no meramente facultativo, como acontece con las disposiciones del Código Penal Yugoslavo prerreferidas), habida cuenta de la imperatividad del tiempo verbal utilizado al respecto por el art. 24.1 del Estatuto, tal y como, con mayor detenimiento, se verá al analizar el sistema penológico contenido en el Estatuto.

El Tribunal Internacional tiene competencia para enjuiciar *las violaciones graves del derecho internacional humanitario, tanto consuetudinario como convencional*.

Se considera, a tal efecto, que una parte del derecho internacional humanitario convencional (la integrada por los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a las Leyes y Usos de la guerra terrestre y su Reglamento Anejo, la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945) ha pasado, sin duda alguna, a formar parte del derecho consuetudinario.

(33) Cfr. "Propuesta de modificación...", *ob. cit.*, pags. 841 a 845.

En concreto, se juzgarán por el Tribunal Internacional las siguientes actuaciones:

— *Las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.*

Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 “son normas de derecho internacional humanitario y constituyen el núcleo del derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados de carácter internacional”. Estos Convenios reglamentan la conducción de las hostilidades desde el punto de vista humanitario mediante la protección de algunas categorías de personas, a saber, los miembros de las fuerzas armadas en campaña heridos o enfermos, los miembros de las fuerzas armadas heridos, enfermos y náufragos en el mar, los prisioneros de guerra y los civiles en tiempo de guerra (Doc. S/25704, párrafo 37), y en cada uno de los cuatro se contiene una disposición en que se enumeran las infracciones que pueden considerarse “violaciones graves” o delitos de guerra (arts. 50 I, 51 II, 130 III y 147 IV) (34).

En el art. 2 del Estatuto se contiene, *expressis verbis*, el elenco íntegro de violaciones graves que figura en los señalados preceptos de los aludidos Convenios de Ginebra, a saber: el homicidio intencional; la tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; los actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud; la destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria; el uso de coacción para obligar a prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga; la privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías; la deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil; y la toma de civiles como rehenes.

(34) Sobre la represión penal de las infracciones del derecho humanitario, cfr. Furet, M.-F., Martínez, J.-C. y Dorandeu, H., “La guerre et le droit”, Editions A. Pedone, París, 1979, págs. 271 y sigs.; “Propuesta de modificación ...”, *ob. cit.*, en especial págs. 695 a 702 y 720 y 721; Pictet, J., “Les Conventions de Genève du 12 août 1949. Commentaire”, 4 vols., Ginebra, 1952, 1956, 1958 y 1959; Sandoz, Y., Swinarski, CH. y Zimmermann, B., “Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949”, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986; Fernández Flores, J. L., “Planteamiento general de las infracciones del Derecho de la Guerra y consideraciones de las atribuibles a los Estados y a las Organizaciones Internacionales”, en “Hacia un nuevo orden...”, *ob. cit.*, págs. 319 a 340.

El análisis de este precepto del Estatuto permite concluir que los apartados a), b) y c) del mismo son comunes a los arts. 50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III y 147 del IV; el apartado d) es común a los arts. 50 I, 51 II y 147 IV; los apartados e) y f) son comunes a los arts. 130 III y 147 IV; y, finalmente, los apartados g) y h) son específicos del art. 147 IV. Todos ellos, sin excepción, son mera y literal reproducción del texto de tales preceptos convencionales.

Se recogen, en consecuencia, sin excepción, en el art. 2 del Estatuto, todas las *incriminaciones comprendidas, como infracciones graves, en los Convenios de 1949, determinándose en función de la cualificación, o no, del sujeto pasivo si los actos previstos afectan a cualquiera de las víctimas de la guerra a que tratan de proteger los aludidos Convenios, o a quienes, dentro de tal genérico concepto, ostentan la específica cualificación de prisionero de guerra o civil.*

En todo caso, parece claro, a tenor de la mera trasposición textual efectuada, que el Estatuto centra la posibilidad de comisión de las infracciones de esta índole de que, eventualmente, haya de conocer el Tribunal Internacional en el concreto marco de los conflictos armados *internacionales*.

— *La violación de las leyes o usos de la guerra.*

Ya el *Tribunal de Nuremberg* reconoció que muchas disposiciones del Reglamento Anejo a la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas y se las consideraba, ya en 1939, *declaratorias de las leyes y usos de la guerra, así como que los delitos de guerra definidos en el inciso b) del art. 6 del Estatuto de Nuremberg (35) ya habían sido reconocidos como delitos de guerra con arreglo al derecho internacional y consagrados en el aludido Reglamento de La Haya. Dicho Reglamento de La Haya reconoce que el derecho de los beligerantes a conducir las hostilidades no es ilimitado y*

(35) El art. 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en su inciso b), señalaba como delitos sujetos a la jurisdicción del Tribunal: "... b) Crímenes de guerra, a saber, la violación de las leyes y las costumbres de la guerra. Tal violación abarcará, sin limitarse a ello, los crímenes, el ensañamiento sobre la población civil de los territorios ocupados, o su deportación a trabajos forzados o para otros fines, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar; la ejecución de rehenes; el pillaje de la propiedad pública o privada; la destrucción insensata de ciudades y aldeas, las devastaciones no justificadas por las circunstancias de la guerra".

que las normas aplicables a la guerra terrestre prohíben recurrir a ciertos métodos y medios de hacer la guerra, señalando su art. 22 que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo” y proscribiéndose particularmente, en el art. 23, *sin perjuicio de las prohibiciones establecidas por Convenios especiales*, “A) emplear veneno o armas envenenadas; B) matar o herir a traición individuos pertenecientes a la Nación o Ejército enemigo; C) matar o herir a un enemigo que, habiendo depuesto las armas o no teniendo ya medio de defenderse, se ha rendido a discreción; D) declarar que no se dará cuartel; E) emplear armas, proyectiles o materias destinadas a causar males superfluos; F) usar indebidamente la bandera de parlamento, la bandera nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos del Convenio de Ginebra; G) destruir o apoderarse de las propiedades enemigas, excepto los casos en que estas destrucciones o apropiaciones sean imperiosamente reclamadas por las necesidades de la guerra”. A su vez, el art. 25 previene que “queda prohibido atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos”, y el art. 27 estipula, en su párrafo primero, que “en los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los hospitales y los centros de reunión de enfermos y heridos, siempre que no se utilicen dichos edificios con un fin militar” (en general, todo el Capítulo I -“de los medios de dañar al enemigo, de los sitios y de los bombardeos”- de la Sección Segunda -“de las hostilidades”- del Reglamento se dedica a la regulación de esta cuestión).

Estas normas convencionales que, interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nuremberg (36), han pasado a integrar el derecho consuetudí-

36) Siguiendo a Quintano Ripollés (cfr., ob. cit., págs. 567 a 582), podemos afirmar que los “War crimes” en sentido estricto (distintos y diferenciados, pues, de la delincuencia de guerra en sentido amplio, comprensiva, además de aquellos, de los crímenes contra la paz -art. 6 a) del Estatuto de Nuremberg- y contra la Humanidad -art. 6 c) del aludido Estatuto-), como infracciones del “ius in bello”, fueron determinados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en función de la infracción de normas prohibitivas, internacionales (Reglamentos y Convenciones de La Haya de 1907 y Ginebra de 1929 y Tratados de Washington de 1922 y Londres de 1930, sobre todo) e internas (Códigos Penales, comunes y militares, Reglamentos e instrucciones de campaña de las diversas armas). Frente a la capciosa alegación formalista según la cual por virtud de la cláusula *si omnes* consignada en el art. 2 de la Convención IV de La Haya de 1907 no obligaban sus preceptos más que respecto a los Estados contratantes (lo que para los súbditos de la URSS, que no era Parte ni en la Convención de 1907 ni en las de 1929, tuvo trágicas con-

nario, constituyen la base del art. 3 del Estatuto, que incrimina, con carácter de "numerus apertus" (pues hace constar que la lista no es exhaustiva), el empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios, la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares, los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos, la apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos y el pillaje de bienes públicos o privados.

Los apartados c) y d) de este precepto reproducen, respectivamente, el texto de los antes referidos arts. 25 y 27, párrafo primero, del Reglamento Anejo a la Convención IV de La Haya de 1907; a su vez, los apartados b) y e) son transcripción de idénticas tipificaciones cobijadas en el art. 6 b) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg ("la destrucción insensata de ciudades y aldeas, las devastaciones no justificadas por las circunstancias de la guerra" y "el pillaje de la propiedad pública o privada"), que, a su vez, se inspiraban en preceptos del Reglamento anejo a la

secuencias -aplicación del tristemente famoso decreto de 7 de diciembre de 1941, denominado "Nacht und Nebel"-), determinó el Tribunal que "las reglas de la guerra terrestre contenidas en la Convención de La Haya, realizaron ciertamente un progreso del Derecho Internacional, pero de sus propios términos resulta que se trató de una iniciativa para revisar leyes y costumbres de guerra cuya existencia era ya ha tiempo reconocida. En 1939, pues, esas reglas contenidas en la Convención eran ya admitidas por todos los Estados civilizados y consideradas por ellos como la exposición codificada de las leyes y costumbres de guerra a que se refiere la letra b) del art. 6 del Estatuto". Concluye Quintano Ripollés que "en esta supremacía de las fuentes materiales sobre las meramente formales convencionales, estriba una de las mas preciosas y atrevidas innovaciones de la jurisprudencia norimberguense" (cfr. ob. cit., págs. 575 y 576).

El Tribunal de Nuremberg condenó por crímenes de guerra stricto sensu (el Cargo III de las acusaciones) a todos los acusados salvo a tres, siendo los supuestos mas graves y descollantes de los incardinados en tal calificación, además del mentado decreto "Nacht und Nebel" -"Noche y Niebla"-, las órdenes de torpedeamiento indiscriminado cursadas a los submarinos, la orden de 7 de octubre de 1942 por la que, arbitrariamente, se decidía el dar trato de espías y el consiguiente inmediato fusilamiento de los comandos militares enemigos y el decreto secreto por el que, mediante el eufemismo de la "acción de bala" (o "Kügel-action"), se preveía la muerte sin previo juicio de todo prisionero de guerra evadido y recapturado (salvo los británicos y norteamericanos), con flagrante infracción de los dos últimos párrafos del art. 8 del Reglamento de La Haya.

Sobre la cuestión atinente a los métodos y medios de hostilizar, cfr. de Preux, J., "Méthodes et moyens de guerre", en "Commentaire des Protocoles additionnels...", ob. cit., págs. 391 a 422.

Convención IV de La Haya de 1907 (arts. 23 G, in fine, y 28); finalmente, el apartado a) del art. 3 del Estatuto incrimina la conculcación de las interdicciones contenidas, sobre todo, respecto al empleo de armas tóxicas, tanto en el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos (Gaceta de Madrid de 6 de septiembre de 1929), y respecto a las atinentes a las armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios (o males superfluos) en la Declaración de San Petersburgo, de 29 de noviembre -11 de diciembre de 1868, con el fin de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, en el art. 23 E) del Reglamento Anejo a la Convención IV de La Haya de 1907 y en la Convención de las Naciones Unidas de 10 de octubre de 1980 sobre prohibición o restricción del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (ratificada por España mediante Instrumento de 3 de diciembre de 1993 -B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1994-, y en la que Yugoslavia era Parte desde el 24 de mayo de 1983, y, por sucesión, lo son Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina desde el 6 de julio de 1992, y el 2 de diciembre y el 1 de septiembre de 1993, respectivamente), en cuyo Preámbulo se afirma que es “principio de derecho internacional” tanto que “el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado” como el ¡“que prohíbe el empleo, en los conflictos armados, de armas, proyectiles, materiales y métodos de hacer la guerra de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios” (37).

El hecho de que el elenco de conductas que se agrupan en este art.3 del Estatuto no tenga carácter tasado no es, a nuestro juicio, loable, ya que implica, obviamente, dejar abierto un portillo, con la consiguiente lesión del principio de legalidad, en su aspecto de garantía criminal, a la posibilidad de incriminación del empleo de “armas ilícitas”, actividad cu-

(37) El concepto de “sufrimientos innecesarios” (y de los “males superfluos”), implica una prohibición del resultado y no directamente del medio o método de combate que, eventualmente, los produzca. En todo caso, el concepto de sufrimientos innecesarios, o inútiles, debe de circunscribirse no al dolor (que no es más que uno de los elementos del sufrimiento, y, además, de difícil comparación o equiparación entre individuos distintos), sino a las heridas, de modo que serán los medios (armas) de combate susceptibles de originar, o que originen, heridas o lesiones innecesarias (es decir, superfluas o gratuitas) los que se proscriben; la naturaleza de la herida o la intensidad del sufrimiento, de una parte, y la necesidad militar, de otra, habrán de ponderarse para determinar la gratuidad, o no, del sufrimiento ocasionado con el empleo efectivo de determinados medios de combate.

ya incriminación como infracción grave fue rechazada en la Conferencia Diplomática de Ginebra (1974-1977) que elaboró los Protocolos Adicionales de 1977 (38); no puede, pues, considerarse que forme parte del derecho internacional consuetudinario la incriminación genérica del empleo de armas tóxicas o de armas que causan sufrimientos innecesarios, dada la ausencia de precedente convencional o jurisprudencial de esta incriminación, sino que, por el contrario, se ha visto ha poco tiempo a los Estados rechazar una propuesta tendente a incriminar este empleo de armas ilícitas (39), y no nos parece que pudiera ampararse una posible incriminación del empleo de armas distintas de las señaladas en el apartado a) del art. 3 del Estatuto en su calificación como “actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” a que, en relación con la consagración de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, dedica su apartado 2 el art. 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (40), y en el que Yugoslavia era Parte, ya que el fracaso en el intento de positivizar convencionalmente aquella regla prohibitiva es clara muestra de la falta de la “*communis opinio*” o, al menos, el generalizado consenso de la comunidad internacional acerca de lo que ha de entenderse como un principio general, y, en todo caso, ello sería contrario a la caracterización como derecho consuetudinario que se quiere otorgar a la observancia de las leyes o usos de la guerra (Doc. S/25704, párrafos 41 y 42, in fine) (41).

En todo caso, las únicas violaciones, graves obviamente (tal y como resulta del mandato del art. 1 del Estatuto), no comprendidas en alguno de los cinco apartados del art. 3 del Estatuto de manera expresa de que podría conocer el Tribunal Internacional como violaciones de las leyes o usos de la guerra, serían las comprendidas en los arts. 11.4 y 85.2,3 y 4 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (ello sin entrar en la cuestión de la aplicabilidad, a estos efectos, del Protocolo I,

(38) De Preux, J., ob. cit., págs. 404 a 410.

(39) David, E., ob. cit., págs. 577 y 578.

(40) Ratificado por España mediante Instrumento de 27 de abril de 1977 (B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977).

(41) El criterio según el cual la expresión “leyes o usos de la guerra” incluye las obligaciones derivadas de convenios vigentes en el territorio, que expresaron en sus explicaciones de voto a la Resolución 827 (1993) los representantes de Estados Unidos, Francia y el Reino Unido (Doc. S/PV. 3217), no es óbice a aquella postura.

obviada, como se expresó, por la Resolución 827 -1993-), siempre que no resulten susceptibles de subsunción en las calificaciones comprendidas en el art. 2 del Estatuto (mutilaciones físicas; poner en grave peligro la salud o la integridad física o mental; someter, aun mediando su consentimiento, a persona protegida a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte de que sea súbdito el responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, incluyendo las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes; los ataques indiscriminados o excesivos; hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, atacar a la población civil o personas civiles, atacar obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, atacar localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, atacar a sabiendas a una persona fuera de combate y hacer uso péfido del signo distintivo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios de 1949 o el Protocolo I Adicional de 1977, siempre que tales actos causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud; los actos definidos como infracciones graves en los Convenios de 1949 -expuestos en el art. 2 del Estatuto- cometidos contra combatientes y prisioneros de guerra, personas que han tomado parte en las hostilidades, refugiados y apátridas en poder de una Parte adversa en los términos de los arts. 44, 45 y 73 del Protocolo I Adicional, o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por dicho Protocolo, o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el Protocolo I Adicional; y, finalmente, trasladar por el ocupante parte de su propia población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población del mismo en violación del art. 49 del Convenio IV, la demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal, el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural y espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos y siempre que tales bienes no estén

situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario, siempre que todos estos actos se cometan intencionalmente -es decir, no cabe la comisión imprudente- y en violación de los Convenios de 1949 o el Protocolo I de 1977).

— *El genocidio.*

El término genocidio, empleado formalmente por vez primera junto a la específica referencia a los grupos protegidos en el Acta de acusación de Nuremberg de 8 de octubre de 1945 (nunca fue recogido en el texto de la Sentencia), fue declarado delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los propósitos de las Naciones Unidas y condenado por el mundo civilizado por la ya aludida Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946, que lo concibió como la negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, ya sea por motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquiera otra índole, siendo actos genocidas los perpetrados con la intención de destruir en todo o en parte uno de dichos grupos.

Conceptualmente nace el genocidio del delito contra la humanidad, siendo palmaria la íntima relación originaria, desde el punto de vista morfológico, entre ambas figuras, tal y como se desprende del análisis del art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg. Aunque el Fallo norimbergense sólo sancionó, como delitos contra la humanidad, los hechos de este tipo cometidos a partir del 1 de septiembre de 1939, conservando así la conexión de este tipo delictivo con los delitos de guerra en sentido estricto, a lo largo del proceso se puso de manifiesto la demasiado frecuente constricción del Tribunal Militar Internacional, por mor del texto del Estatuto de 1945, al episodio de la guerra determinante de su competencia, episodio que en los casos de los delitos más atroces era claramente desbordado, por lo que tal insuficiencia hizo patente la necesidad de una nueva y específica norma de protección penal de las minorías y grupos; la Resolución 96 (I), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, aceptó la Recomendación de la VI Comisión del Consejo Económico y Social de "reconocer que el genocidio es un crimen de Derecho de Gentes condenado por el mundo civilizado cuyos principales autores y sus cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados, obrando por razones raciales, religiosas, políticas u otras", Recomendación que obedecía, a su

vez, a una solicitud dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por Cuba, la India y Panamá.

La Convención de 9 de diciembre de 1948 superará aquellas restricciones, al constituir ex ovo al genocidio como figura delictiva autónoma y referirse a la posibilidad de comisión del mismo tanto en tiempo de paz como de guerra, criterio que, acertadamente, sigue el art. 4 del Estatuto del Tribunal Internacional de 1993, que, a diferencia de los arts. 2 (que, al referirse a infracciones contenidas en los Convenios de 12 de agosto de 1949 subordina, cual se dijo, la posibilidad de que los hechos puedan ser subsumidos en él a la comisión de los mismos durante o en ocasión de un conflicto armado internacional), 3 (pues la violación de las leyes o usos de la guerra sólo es posible, obviamente, en el caso de que las mismas adquieran virtualidad y aplicabilidad, es decir, en el supuesto de conflicto armado) y 5 (que expresamente exige que los delitos que en él se señalan se cometan durante un conflicto armado, interno o internacional) del mismo no requiere, para calificar de genocidio los actos en él enumerados que sean los mismos cometidos durante un conflicto armado, interno o internacional, por lo que, en hipótesis, podría el Tribunal Internacional enjuiciar tales hechos cometidos desde el 1 de enero de 1991 en cualquiera de los Estados surgidos en el territorio de la ex-Yugoslavia aun cuando en dicho territorio o en el tiempo de ocurrencia de tales hechos no fuere posible estimar la coetanea existencia de un conflicto armado.

La Convención de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y la sanción del delito de Genocidio confirma que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho Internacional por el que se procesará y castigará a los culpables. *Actualmente se considera que la Convención forma parte del derecho internacional humanitario* (Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 28 de mayo de 1951, sobre las reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio) (42).

(42) El autor de la incriminación contenida en el art. 6 c) de Nuremberg fue uno de los redactores del Estatuto, el Juez norteamericano H. Jackson, posteriormente Presidente de la delegación norteamericana integrante del Ministerio Público ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. El texto del art. 6 c) rezaba así: "Crímenes contra la humanidad, a saber, asesinatos, exterminios, esclavización de personas, la deportación y otros actos inhumanos perpetrados contra la población civil, antes o después de la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con la perpetración de cualquier delito de la jurisdicción del Tribunal o relacionado con ella,

El Estatuto señala, en el apartado 2 de su art. 4, reproduciendo literalmente el art. 2 de la prerreferida Convención, que se entenderá por genocidio “cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

A continuación, en su apartado 3, el art. 4 del Estatuto, transcribiendo el art. 3 de la Convención de 1948, declara punibles, con el indisimulado propósito de abarcar todas las posibles formas de ejecución de la conduc-

independientemente del hecho de que estos actos hayan o no violado las leyes internas del Estado donde hayan sido cometidos”.

Si era, y fué, en consecuencia, posible, incriminar en Nuremberg hechos calificados de delitos contra la Humanidad acaecidos temporalmente antes del comienzo de las hostilidades, durante su desarrollo y después de finalizadas, ello, con relación a los delitos de lesa humanidad comprendidos en el art. 5 del Estatuto de 1993, resultará ahora imposible, habida cuenta del ámbito de competencia a que, desde el punto de vista cronológico, se limita expresamente la del Tribunal Internacional por mor de lo estipulado en los arts. 1 y 8 de dicho Estatuto.

Sobre la gestación del crimen contra la humanidad, y más concretamente, del genocidio, como especie delictiva no vinculada a la guerra, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., pags. 613 y sigs. (aun cuando lo cierto es que en el Fallo de Nuremberg se conecta esta especie delictiva con la guerra, al afirmar que “por repulsivos y atroces que sean los hechos probados, no se puede declarar de una manera general que los anteriores al 1 de septiembre de 1939 constituyan, en el sentido del Estatuto, crímenes contra la Humanidad”).

Sobre el concepto de genocidio, cfr. Lemkin, R., “Axis rule in Occupied Europe”, Washington, 1944, “Le crime de genocide”, *Revue de Droit International*, 1946, pags. 213 y sigs. y “Le Genocide”, *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, 1946, pags. 183 y sigs.; Blanc Altemir, A., “La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional”, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1990, pags. 171 a 213; Miaja de la Muela, A., “El genocidio, delito internacional”, R.E.D.I., 1951, Vol. IV; frente a la sustancialidad del concepto sostenida por la mayoría de la doctrina, algunos consideran que falsea la noción exacta del crimen contra la humanidad, dándole una significación demasiado particular, limitada por sus medios (atentado a la vida solamente) y extensa por su objeto (exterminación racial), de modo que aun cuando el genocidio constituye, “sin duda, el más grave y el más típico de los crímenes contra la humanidad”, no es el único (cfr. Graven, J., “Les crimes contre l’humanité”, R.C.A.D.I. 1950-I, t. 76, pag. 478).

Sobre las reservas a la Convención de 1948, cfr. Díez de Velasco, M., “El Sexto Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las reservas a la Convención sobre el genocidio”, R.E.D.I., 1951, pags. 1029 a 1089.

ta típica, los siguientes actos: a) el genocidio; b) la conspiración para cometer genocidio; c) la instigación directa y pública a cometer genocidio; d) la tentativa de genocidio; y e) la complicidad en el genocidio.

Frente a la consideración de los tipos cobijados en los arts. 2 y 3 del Estatuto como pluriofensivos, dado que en ellos se protegen diversos bienes jurídicos (la vida, la integridad, incolumidad y salud física y mental, la supervivencia, la libertad y determinados derechos o garantías fundamentales reconocidos a las personas protegidas, así como la integridad e incolumidad de un conjunto de bienes -en función de factores tales como la entidad o extensión del resultado destructivo, la propia individualidad de los bienes afectados o el número de los mismos- o la propiedad, pública o privada -incriminando tanto el pillaje o saqueo sistemático, como el mero apoderamiento tanto de bienes ajenos ya sea en gran escala, sin necesidad militar o en forma ajena a las prescripciones legales al efecto, como de determinados bienes culturales o lugares de culto-), el contenido de este art. 4 (y el del art. 5) del Estatuto garantiza, tan sólo, la salvaguarda de un bien jurídico (la integridad del grupo o de la población civil -no de sus individuos,- como tales), por lo que el tipo de que se trata ha de ser considerado uniofensivo.

— *Crímenes de lesa humanidad.*

Aun cuando el nomen de "crime contre l'Humanité" había sido ya bajado frecuentemente en la doctrina, citándose su fuente, esto es, las "leyes de Humanidad", en el Preámbulo de la IV Convención de La Haya de 1907, la incriminación en 1945 del delito contra la Humanidad ("Crime against Humanity" en la terminología original del art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg) supuso, desde el punto de vista positivo (43), una nueva tipología jurídico-criminal, en la que, a diferencia de lo ocurrido con los delitos de guerra y contra la paz (que contaban con una sólida y constante tradición ideológica e incluso con una abundante serie de fuentes normativas internacionales, aunque no estrictamente penales, sino penalizadas a posteriori en el propio Estatuto, constituyendo la gran novedad el hecho mismo de la incriminación en tal vía, pero no su estructura morfológica), su tipificación resultó original, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, ya que, aún arraigado profundamente en la conciencia

(43) Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 607 y 608.

universal y respondiendo con fidelidad máxima a postulados de la más elemental justicia, no había sido formulada jamás en términos de derecho internacional; esta incriminación, que comprendía, en definitiva, los delitos que atentaban a la vida e integridad de las personas, supuso una trasposición de los Códigos Penales internos al orden internacional (44).

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio de 26 de abril de 1946 no aporta novedad sustancial en la materia, caracterizando a los delitos contra la Humanidad en su art. 5 c), si bien la definición de los mismos cobijada en el aludido precepto, en contraste con la mayor complejidad de la contenida en el art. 6 c) del Estatuto londinense, destaca por su simplicidad conceptual (45).

Partiendo, pues, de que esta figura delictiva fue reconocida, inicialmente, en el Estatuto y Fallo del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania (Kontrollratsgesetz), de 20 de diciembre de 1945 (por la que los Aliados crearon, en sus respectivas zonas de ocupación en Alemania, jurisdicciones locales constituidas por Tribunales Militares -Tribunales de Ocupación-, disponiendo que cada Potencia ocupante podría juzgar, en su zona, a Oficiales alemanes de bajo rango autores de "crímenes menores" -o individualizados-), Ley en cuyo art. 2 se añade a la definición enumerativa del art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg la violación, el Secretario General de las Naciones Unidas afirma (Doc. S/25704, párrafos 47 y 48) que son los que *afectan a la población civil* y están proscritos *aun cuando* se hayan cometido durante un conflicto armado, ya sea internacional o interno; son actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas. En el conflicto que tiene lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia, esta clase de actos inhumanos ha adoptado *la forma de la llamada "depuración étnica" y de violaciones y otras formas de agresión sexual generalizadas y sistemáticas*, incluida la prostitución forzada.

(44) Fernández Flores, J. L., "Del Derecho de...", ob. cit., pág. 187.

(45) El art. 5 c) del Reglamento de Tokio rezaba así: "la muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos perpetrados antes o durante las hostilidades y la persecución por motivos políticos o raciales". Como afirma Quintano Ripollés (cfr. ob. cit., pág. 615), la figura gana sustantividad en la norma extremoriental, pues no hay en este artículo alusión alguna a las conexiones con los demás crímenes de guerra propios de la jurisdicción del Tribunal, ni tampoco a las legislaciones internas, extremos que más bien arrojaron confusión en la doctrina jurisprudencial de Nuremberg.

A tal efecto, es de destacar que, en relación con el art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y relativo a las disposiciones que, como mínimo, se han de aplicar en caso de un conflicto armado que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes y que no sea de índole internacional, el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en su Sentencia de 27 de junio de 1986 (recaída en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra los Estados Unidos de América), afirma la existencia de “principios generales básicos de derecho humanitario respecto de los que, a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión”, en clara referencia a aquel art. 3 común, que contiene reglas “que corresponden a lo que se llamó en 1949 “consideraciones elementales de humanidad””, que no pueden contravenirse durante un conflicto armado, sea de carácter internacional o interno (46). En consecuencia, las prohibiciones mínimas derivadas del art. 3 común a los Convenios de 1949 son las concernientes a la obligación de tratar con humanidad, en todas circunstancias, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo, a las personas que no participen directamente en las hostilidades (expresión que, por antonomasia, designa a la población civil), incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, estando y quedando prohibidos, respecto a tales personas, en cualquier tiempo y lugar, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios, la toma de rehenes, los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, y las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio emitido por un Tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El art. 5 del Estatuto incrimina los siguientes actos, “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, *interno o internacional*”: a) el asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; e, i) otros actos *inhumanos*.

(46) CIJ, Recueil, 1986, págs. 113 y 114.

Los actos incriminados en los apartados a), b), c), d) e i) reproducen, *expressis verbis*, la dicción de los arts. 6 c) del Estatuto de Nuremberg y 5 c) del Reglamento del Tribunal de Tokio; el apartado h) reproduce literalmente la redacción del Estatuto de Nuremberg (el de Tokio se refería, tan sólo, a “persecución por motivos políticos o raciales”, omitiendo los religiosos); el apartado g) reproduce el contenido del art. 2 de la Ley número 10 del Kontrollratsgesetz, de 20 de diciembre de 1945, que a la enumeración de actos contenida en el art. 6 c) del Estatuto de Nuremberg añadió, cual quedó dicho, la violación; finalmente, el encarcelamiento y la tortura, comprendidos en los apartados e) y f), trasponen, a nuestro juicio, a este precepto del Estatuto de 1993 las prohibiciones que, con carácter general, se contienen respectivamente, en los apartados d) y a) de la disposición 1ª del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

El comentado art. 5 del Estatuto, en su literalidad, limita la ocasión en que pueden cometerse los hechos o delitos que, en el mismo, se enumeran al supuesto de conflicto armado, internacional o interno (mientras que el Secretario General -Doc. S/25704, párrafos 47 y 48- admitía -“aun cuando...”- su posible comisión tanto en época de paz como de conflicto armado). Se plantea aquí, con todo rigor y de manera obligada, la necesidad de discernir, por el Tribunal, el derecho de los conflictos armados que sería aplicable específicamente en cada caso, para lo que, en primer lugar, el órgano jurisdiccional habrá de determinar cual sea la naturaleza del conflicto en el marco o desarrollo del cual se hayan cometido los hechos sometidos a su conocimiento y provisoriamente calificados como alguno de los delitos que integran los de lesa humanidad en el art. 5 del Estatuto.

En el territorio de la ex-Yugoslavia, y, en concreto, en las Repúblicas de Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, a partir del 1 de enero de 1991 se desarrollaron conflictos tanto internos como internacionales. Partiendo del hecho de que un conflicto armado puede comenzar por ser interno para, a continuación, convertirse en internacional, los conflictos en que fuerzas eslovenas y croatas se enfrentaban al Ejército Nacional Yugoslavo (JNA) con anterioridad al reconocimiento, siquiera implícito, de la secesión de ambas Repúblicas por el Gobierno de Belgrado, o el enfrentamiento, exclusivamente de milicias serbias y croatas de Bosnia-Herzegovina, al Gobierno de Sarajevo, han de calificarse de conflictos internos; pero cuando, en el marco del desarrollo de tales conflictos, se enfrentan fuerzas de un Estado secesionista al Estado de origen, a otro Estado secesionista, o se produce una intervención exterior, dichos con-

fluctos internos se convierten en internacionales (47), tal y como ya expusimos, con los efectos que también quedaron apuntados.

El conflicto que se desarrolla en el territorio de Bosnia-Herzegovina creemos que tiene carácter interno, a efectos de la aplicación del Estatuto del Tribunal, desde el 1 de enero de 1991 a una fecha que, según el criterio que utilice el Tribunal, podría ser el 27 de abril de 1992 (fecha de institución de la República Federativa de Yugoslavia integrada por las de Serbia y Montenegro, con el consiguiente reconocimiento implícito de la secesión de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia), o el 13 de julio de 1992 (fecha en que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó, en su 3093ª sesión, la Resolución 764 -1992-, en la que, implícitamente también, se reconoce que el conflicto que se desarrolla en Bosnia-Herzegovina tiene carácter internacional, al disponer en su párrafo dispositivo 10 que “todas las partes -en tal conflicto- tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949” -Convenios, estos, que, a tenor de lo prevenido en el art. 2 común a los cuatro, se aplicarán “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas”, y “en todos los casos de ocupación de la totalidad o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque la ocupación no encuentre resistencia militar”-) (48).

En consecuencia, si, por mor de la redacción del art. 5 del Estatuto, el Tribunal Internacional no tendrá dificultades derivadas de la fecha de comisión, a partir del 1 de enero de 1991, de hechos que puedan ser incardinados en aquel precepto como constitutivos de un presunto delito de lesa humanidad (pues es indiferente que tales hechos hayan sido cometidos en la “fase interna” o en la “fase internacional” del conflicto que tiene lugar en el territorio de Bosnia- Herzegovina, siempre que sean posteriores al

(47) David, E., ob. cit., pág. 670.

(48) El párrafo dispositivo 10 de la Resolución 764 (1992), de 13 de julio de 1992, reza que el Consejo de Seguridad “reafirma que todas las partes tienen el deber de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son personalmente responsables de dichas violaciones”.

Como ya expusimos, debería, al menos teóricamente, discernir el Tribunal, en cada caso, el derecho aplicable en función de los problemas derivados de la sucesión en materia de tratados.

“dies a quo” fijado en el art. 8 del Estatuto -el 1 de enero de 1991-), no ocurre igual, al menos en pura teoría, con los delitos comprendidos en los arts. 2 y 3 del Estatuto, ya que estos sólo pueden ser cometidos en el marco o durante el desarrollo de un conflicto armado internacional, por lo que, dada la ausencia en ellos de una cláusula conceptualmente omnicompreensiva (y que abarcara tanto a los conflictos internos como a los internacionales) similar o idéntica a la contenida en el art. 5, tal vez tenga dificultades, al menos desde el punto de vista teórico, el Tribunal para, al examinar su propia competencia, concluir que puede conocer de aquellos hechos que, cometidos en el territorio de Bosnia-Herzegovina con anterioridad a la fecha en que se estimare que el conflicto desarrollado sobre él ha devenido de carácter internacional (el 27 de abril o el 13 de julio, ambos de 1992), hayan de calificarse, provisionalmente, como constitutivos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 o como violaciones de las leyes o usos de la guerra.

El problema, es, en todo caso, más teórico que real, al menos en su posibilidad de consideración en la práctica, pues, como se dijo, la Comisión de Expertos, en su Informe Provisional (49), concluyó que “las reglas aplicables a los conflictos armados *internacionales* pueden aplicarse al conjunto de los conflictos armados que tienen por escenario el territorio de la ex-Yugoslavia”, habida cuenta de la naturaleza y complejidad de tales conflictos y la multiplicidad de acuerdos sobre cuestiones humanitarias que entre sí han concluido las partes.

El art. 5 del Estatuto, por otra parte, limita el sujeto pasivo de estos delitos de lesa humanidad a los miembros de la población civil, cuyo concepto viene determinado en el art. 4 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (definición de personas protegidas). Aún cuando el art. 50 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 lleva a cabo una evidente ampliación del concepto de personas civiles y de población civil, e independientemente de la dudosa posibilidad de aplicación de este último concepto extensivo por el Tribunal Internacional, es palmario que jamás podrán ser incluidos en el concepto de persona civil o población civil las personas pertenecientes a las categorías señaladas en el art. 4.A. 1), 2), 3) y 6) del Convenio III de 1949 (prisioneros de guerra) y los miembros de

(49) Informe Provisional (Doc. S/25274, de 26 de enero de 1993) de la Comisión de Expertos establecida por el Secretario General de las Naciones Unidas de acuerdo con lo interesado en el párrafo dispositivo 3 de la Resolución 780 (1992), de 6 de octubre de 1992, del Consejo de Seguridad, pág. 14.

las fuerzas armadas, aún cuando sean heridos, enfermos o náufragos, se hallen fuera de combate o hayan dejado de combatir. En consecuencia, ha de tenerse presente la limitación que, en orden al elemento subjetivo que constituye el bien jurídico (de carácter subjetivo y, obviamente, genérico, ya que el concreto bien jurídico objeto de protección es una pluralidad de bienes y valores tales como la vida, la integridad física o mental, la libertad de desplazamiento, la libertad sexual, la identidad racial, la libertad política o religiosa, etc.) protegido, se introduce en el art. 5 del Estatuto, lo que impedirá que estos delitos de lesa humanidad, algunos de los cuales pueden cometerse contra la generalidad de los prisioneros, heridos, enfermos, náufragos o combatientes fuera de combate o que hayan dejado de combatir, y que no pueden ser subsumidos, específicamente, en el art. 2 del Estatuto (la esclavitud, el exterminio, la deportación, el encarcelamiento, la violación y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos), puedan ser sancionados en estos últimos supuestos con arreglo al primero de los citados preceptos, con lo cual quedarían impunes como tales delitos de lesa humanidad.

Es cierto que en Nuremberg los delitos contra la humanidad se caracterizaron por haber de tener un origen o finalidad ideológica, es decir, política, racial o religiosa, además de un carácter colectivo, o masivo, pero en el Proyecto de Código de delitos contra la paz adoptado en 1991 por la Comisión de Derecho Internacional (50) se extendió la incriminación, al sustituir el concepto de delito contra la humanidad por la noción de “violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos”, comprensiva del homicidio intencional, la tortura, la esclavización, la persecución por motivos sociales, políticos o raciales, y la deportación de poblaciones, de modo que, salvo para el caso de la deportación (que ha de afectar a poblaciones enteras, lo que, de hecho, viene a ser similar, pues lleva ínsito el carácter colectivo), se exige que los hechos sean masivos o sistemáticos, y se restringe aquel elemento teleológico (finalidad política, racial o religiosa) a la acción de persecución (51).

(50) Rapport C.D.I., 1991, pág. 289.

(51) Sobre esta cuestión resultaba premonitoria la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, adoptada en su 1748ª sesión plenaria, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados (y origen de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, que tuvo como resultado los dos Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977), en la que, tras reconocer que “es necesario aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados”

En consecuencia, el Estatuto de 1993 expande la noción de delitos contra la humanidad, calificando como tales a una serie de acciones autónomas con independencia de que tengan, o no, carácter masivo o sistemático o una finalidad o motivación política, racial o religiosa (salvo la persecución, en la que ha de concurrir, *ope legis*, tal motivación, si bien, dada la redacción alternativa del precepto -por el empleo de la disyuntiva "o"-, bastaría que concurriera uno de tales fines o motivos -político, racial, religioso- para que haya de entenderse integrado el tipo delictivo). Por otro lado, del análisis del párrafo 48 del Informe del Secretario General de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704) se deduce que, aparte de los enumerados en el art. 5 del Estatuto, los motivos de la persecución pueden ser "nacionales" y "étnicos"; creemos que no es posible sino considerar, en una interpretación integradora, que las razones nacionales se asimilan a las políticas y las étnicas a las raciales, pues no parece adecuado ampliar, por esta vía, el elenco de motivaciones, con el consiguiente deterioro del principio de legalidad; aun cuando el Secretario General en su Informe de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704, párrafo 48, inciso primero) parece considerar que las razones "nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas" han de concurrir en todos los actos comprendidos en el art. 5 (a título enumerativo alude a algunos "tales como el asesinato, la tortura o la violación"), sin excepción, además del carácter masivo o sistemático, para poder calificar tales actos como delitos de lesa humanidad, una nomofilaxis lógico-gramatical e integradora del texto del art. 5 del Estatuto puede permitir considerar que se encuentra implícito en el mismo el requisito del carácter colectivo, o masivo, de los actos que se enuncian en sus nueve apartados, ya que, siendo el sujeto pasivo de todos ellos "la población civil", y visto el concepto plural que de la misma ofrece el

y tomando nota de la Resolución XXIII sobre los derechos humanos en los conflictos armados, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 12 de mayo de 1968, cuyas disposiciones afirma que es necesario que sean efectivamente aplicadas lo antes posible, "afirma la Resolución XXVIII de la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena en 1965, en la que, entre otras cosas, se establecen los siguientes principios para su observancia por todas las autoridades, tanto gubernamentales como de otro carácter, responsables de las operaciones en los conflictos armados: a) Que no es ilimitado el derecho de las partes en un conflicto a adoptar medios para causar daño al enemigo; b) Que está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal; c) Que en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participen en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos lo más posible".

párrafo primero del art. 4 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (“las personas que en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea, se encontraren, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una Parte contendiente o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”), pudiera coonestarse dicho precepto con el art. 2 del Estatuto, de modo que subsumiendo la esclavitud y el encarcelamiento del art. 5 en la reclusión ilícita del apartado g) del art. 2 e incluyendo la violación en el apartado c) del aludido art. 2, cuando los actos reseñados en el art. 5 no tengan carácter masivo (es decir, no recaigan sobre una “población civil” como tal, sino sobre una persona protegida por el Convenio IV de 1949), careciendo de un sujeto pasivo pluripersonal, podrían incardinarse en el art. 2; no es posible, por contra, salvo mediante una interpretación extensiva de todo punto incompatible con las reglas de la hermeneusis y con el principio de legalidad en el ámbito penal, entender que la motivación política, racial o religiosa se encuentra presente en todo acto de los comprendidos en el art. 5, siempre que sea masivo o sistemático y tenga por víctima a la población civil. Si es posible en recta hermeneusis considerar que todos los actos comprendidos en el art. 5 del Estatuto han de tener carácter colectivo o sistemático, la colocación de la motivación política, racial o religiosa en el apartado h), tan sólo, de aquel precepto, veda, de todo punto, extender dicha exigencia fuera de los estrictos límites en que el legislador internacional la ha situado.

En realidad, esta interpretación conduce a entender que el Estatuto tiende a abolir las diferencias entre los hechos contenidos en su art. 5 (salvo la persecución) y los delitos de guerra propiamente dichos correspondientes a tales hechos, y contenidos en su art. 2, y los correspondientes delitos comunes; creemos que sólo el carácter masivo de tales hechos, cuyo sujeto pasivo sea una población civil como tal, con abstracción del análisis de la concurrencia en ellos del elemento intencional o teleológico que presida su comisión, y de la propia naturaleza de éste, permitiría considerarlos subsumibles en el art. 5 del Estatuto, siendo tal interpretación acorde con lo expresado por el Secretario General en su Informe de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704, párrafo 48), según el cual “los crímenes de lesa humanidad son actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, lo que palmariamente exige el carácter sistemático (o generalizado) y masivo (por referencia a la población civil sobre la que ha de recaer el ataque), pero no una concreta finalidad que presida o guíe dicha actuación. Se ha llegado a

calificar el texto del art. 5 del Estatuto como “complejo y hasta cierto punto sorprendente”, estimándolo criticable por distintas razones, entre las que se destacan la referencia al exterminio (concepto descartado por la C.D.I., en la medida en que o bien constituye genocidio o bien supone un asesinato masivo), y “muy especialmente por la conexión que hace entre crímenes de lesa humanidad y la existencia de un conflicto armado”, conexión que si tuvo origen en la noción de crimen contra la humanidad de los Estatutos de Nuremberg y Tokio, ha ido siendo sustituida por la autonomía de dicho concepto respecto de la existencia de un conflicto armado en base al desarrollo progresivo de normas de protección de la población civil durante los conflictos armados y del derecho internacional de los derechos humanos (52).

Mientras que los arts. 6 c) y 5 c) de los Estatutos de Nuremberg y Tokio limitaban los delitos contra la humanidad a los hechos cometidos contra la población civil, calificación del objeto o sujeto pasivo de los mismos que implicaba, ineluctablemente, que en caso de recaer aquellos actos sobre miembros de las fuerzas armadas, o, en general, combatientes, heridos, enfermos, náufragos o prisioneros de guerra enemigos, hubieran de estimarse constitutivos de delitos de guerra en sentido estricto, en el ámbito del conflicto desarrollado en la ex-Yugoslavia cuando el hecho a calificar hubiere sido cometido en el seno de la fase no internacional de cada uno de los concretos conflictos de tal índole que tuvieron y tienen lugar en territorios yugoslavos, los hechos comprendidos en el art. 5 del Estatuto no podrían ser calificados como delitos de lesa humanidad en el caso de tener como sujetos pasivos a personas que no puedan ser calificadas, en el desarrollo de un conflicto armado interno, como no participantes en el mismo (es decir, cuando recaigan sobre participantes, propiamente dichos, en las hostilidades, miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa) (53), ni, obviamente, podrían ser calificados como delitos de guerra en sentido estricto del art. 2 del Estatuto (sólo imaginables en el supuesto de un conflicto in-

(52) Cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., pags. 232, 233 y 234; concluye afirmando que “desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae* del Tribunal Internacional esta limitación no será decisiva, puesto que su propia jurisdicción va ligada a la existencia de un conflicto armado, pero planteará problemas de solapamiento con otros artículos del Estatuto, en especial el art. 2, y desde luego no contribuye en absoluto a superar la confusión existente respecto a los distintos tipos penales”.

(53) Art. 3.1, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

ternacional), con la consecuente necesidad de calificar tales hechos con arreglo al derecho interno y con su consiguiente sustracción a la competencia del Tribunal Internacional. El problema, no obstante, resulta ser, como dijimos, más teórico que práctico, ya que si no se reconoce la existencia de fases de conflicto interno en cada uno de los conflictos habidos en la ex-Yugoslavia, dada su naturaleza y complejidad (lo que permite aplicar a los mismos "las reglas aplicables a los conflictos armados internacionales" -Doc. S/25274, de 26 de enero de 1993-), carecería de sentido plantear la posible diferencia de calificación de estos hechos integrantes de los delitos de lesa humanidad en el art. 5 del Estatuto en función tanto del tipo de conflicto en el seno del cual se lleven a cabo como de la afectación a la población civil o a otra clase de personas protegidas (54).

Respecto al concepto cobijado en el apartado i) del art. 5 del Estatuto, relativo a "otros actos inhumanos", nos hallamos ante un tipo penal en blanco, que debe, so pena de violentar el principio de legalidad, en su aspecto de garantía criminal y de seguridad jurídica, rellenarse con un elenco tasado de conductas. Creemos, a tal efecto, que en el Informe S/25704, de 20 de mayo de 1993 (Doc. S/25704, párrafo 48, último inciso), el Secretario General de las Naciones Unidas brinda una interpretación de autoridad acerca de que actos inhumanos, no señalados en los apartados anteriores, integran este concepto, de acuerdo con la cual en este apartado se comprendería, exclusivamente, y sin posibilidad de ampliación a otros hechos, la llamada "*depuración étnica*", las *violaciones y las demás formas de agresión sexual* incluida la prostitución forzada, siempre que concurren en ellas los requisitos de ser generalizadas (en el sentido, creemos, de numerosas o repetidas, es decir, no esporádicas o aisladas, lo que conlleva la presunción de una previa planificación) y sistemáticas (en el sentido, antes aludido, de *masivas o colectivas*). En todo caso, la depuración o limpieza étnica será, en ocasiones, difícil de distinguir del genocidio, pudiendo, tal vez, incluirse en el apartado i) del art. 5 del Estatuto, y en el concepto de "*depuración étnica*", los hechos previstos en el apartado 2 del art. 4 anterior siempre que no pudiera apreciarse en ellos la concurrencia del elemento intencional o teleológico de la destrucción grupal (el fin perseguido puede ser, por el contrario, la despoblación de un territorio, a fin de conseguir en él el "equilibrio" o la "homogeneidad" raciales mediante la expulsión de quienes pertenezcan a grupos étnicamente dife-

(54) Sobre la cuestión, cfr. David, E., ob. cit., págs. 581 y 582.

rentes). No creemos, en consecuencia, que fuera posible incluir bajo el concepto de "otros actos inhumanos" los actos previstos en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, cuando afecten, lógicamente, con carácter colectivo o masivo, a la población civil y los previstos en los arts. 11.1, 2 y 4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional de 1977, en el mismo supuesto.

Finalmente, en la dirección apuntada merecería especial consideración la posibilidad de incluir, por vía jurisprudencial, en el apartado i) del art. 5 del Estatuto la violación grave y en gran escala de los derechos humanos fundamentales, derechos cuyo carácter absoluto ha sido reconocido, directa o indirectamente, por la jurisprudencia internacional (55); a tal efecto, podría estimarse comprendido en aquel apartado, como acto inhumano integrante de un delito de lesa humanidad, la violación grave y en gran escala de aquellos derechos humanos que se inscriben en la categoría normativa del *ius cogens*, inderogables en todo momento o circunstancia, inderogabilidad que, en el caso concreto del conflicto yugoslavo, se referirá a la prohibición expresa de su derogación contenida en los instrumentos jurídico-internacionales de derechos humanos que contemplen la posibilidad de que los Estados Partes en los mismos suspendan o deroguen otros derechos proclamados y garantizados y en los que fuera Parte Yugoslavia (los arts. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos consideraran como inderogables el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre y el derecho a las mínimas garantías jurídicas y procesales). Esta consideración apuntada tendría su justificación en el principio sentado por el Tribunal

(55) El Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto del Estrecho de Corfú (C.I.J., Recueil, 1949, pág. 22), afirma la obligación de las partes de tener en cuenta "las consideraciones elementales de humanidad más absolutas tanto en tiempo de paz como de guerra", lo que implica la consideración de las mismas como de *ius cogens*, y en el mismo sentido se interpretan por una parte de la doctrina las consideraciones del Tribunal en el dictamen relativo a las reservas al Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio (C.I.J., Recueil, 1951, pág. 23). A su vez, en el asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (C.I.J., Recueil, 1970, pag. 32), el Tribunal afirma que las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto conciernen a todos los Estados (son obligaciones "erga omnes") y dimanar, entre otros, "de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana...". Sobre la cuestión, cfr. Blanc Atermir, A., ob. cit., págs. 49 y sigs. y 100 y sigs..

Internacional de Justicia en el referenciado asunto de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Sentencia de 5 de febrero de 1970), según la cual todos los Estados (y, en consecuencia, la comunidad internacional organizada, de la que emana el Estatuto) están legitimados para exigir la protección de los derechos esenciales derivados de las normas de *ius cogens* que generan obligaciones *erga omnes*, ya que “la idea de obligación *erga omnes* evoca, sobre todo, la posibilidad de desrelativizar, de desbilateralizar la relación de responsabilidad, descubriendo en todo Estado un interés jurídico en recobrar el respeto de la obligación y, en su caso, un *derecho de acción* en caso de incumplimiento (*actio popularis*)” (56).

Esta introducción, por el portillo abierto del apartado i) del art. 5 del Estatuto de 1993, de la posibilidad de incriminar la violación grave y en gran escala de los derechos humanos fundamentales, aun cuando adolecería, de un lado, del inconveniente, ya apuntado, de poder estimarse atentatoria al principio de legalidad, permitiría, de otro, superar el concepto de delito de lesa humanidad que late en el art. 5 del Estatuto, concepto que, en la actualidad, puede calificarse de reduccionista y no acorde con el presente estado de la doctrina y la práctica jurisprudencial internacionales, a cuyo tenor la protección del núcleo de los derechos humanos considerados como fundamentales constituye una norma de *ius cogens*, cuya violación grave y sistemática supone la comisión de un delito internacional, integrando tales derechos, en el caso del conflicto yugoslavo, los que en los Instrumentos en que fuera Parte Yugoslavia no eran susceptibles de derogación, lo que facultaría al Tribunal Internacional para su concreta determinación u objetivación; creemos que sería posible, así, subsumir, en este apartado (cuando no sea posible hacerlo en cualquier otro del propio art. 5 o en otro precepto del Estatuto), eventuales prácticas masivas que implicaran conculcaciones del derecho a la vida, de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de la prohibición de la esclavitud y servidumbre, de la prohibición del encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, de la irretroactividad de la ley penal, del derecho al reconocimiento de la personali-

(56) Sobre la inderogabilidad de ciertos derechos, cfr. Blanc Altemir, A., *ob. cit.*, págs. 127 a 129; sobre la fundamentación de la subsunción en el apartado i) como manifestación del ejercicio de la *actio popularis*, cfr. Pérez González, M., “El acto ilícito internacional: Elementos”, en “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Capítulo XXXVIII (Diez de Velasco, M.), Tomo I, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 590.

dad jurídica y de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos, todos, que constituyen el standard mínimo protector de lo que se ha denominado "el núcleo indestructible de la dignidad humana", si bien tal posible incriminación estaría delimitada por las exigencias subjetivas (sólo contra la población civil) y de ocasión (sólo durante un conflicto armado, interno o internacional) que impone el art. 5 del Estatuto.

b) *Competencia "ratione personae"*.

La jurisdicción personal del Tribunal Internacional se basa en el *principio de la responsabilidad penal individual*.

El Consejo de Seguridad ha reafirmado en la serie de Resoluciones a que con anterioridad se hizo referencia detallada que *las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia son individualmente responsables* de esas violaciones.

El art. 6 del Estatuto determina que el Tribunal Internacional ejercerá jurisdicción sobre las "*personas naturales*", es decir, las personas físicas. En consecuencia, se elude la posibilidad de incriminación de grupos u organizaciones, que, en cuanto faceta de la criminalidad plural, admite la posibilidad de incriminación tanto de uno como de una multiplicidad de sujetos individuales que hayan concertado sus voluntades para delinquir, en clásico ejemplo de codelinuencia (de lo que, eventualmente, cabe deducir que la organización o grupo de pertenencia es una organización criminal -art. 9 del Estatuto de Nuremberg, según el cual "en el juicio de cualquier individuo miembro de un grupo o de una organización, el Tribunal podrá declarar, en conexión con cualquier acto por el cual el individuo fuera convicto, que el grupo o la organización a la cual el individuo pertenecía era una organización criminal"-), como de la "*societas delinquens*" propiamente dicha, o persona moral cuyos fines no son naturalmente delictivos en la mente y voluntad de sus miembros, pero que con su actuación societaria haya conculcado la normatividad internacional penal, lo que conlleva la posibilidad de enjuiciar a los individuos que hubieren sido miembros de tal grupo u organización declarada criminal (art. 10 del Estatuto de Nuremberg, según el cual "en el caso de que una organización o un grupo fuera declarado criminal por el Tribunal, la autoridad nacional competente de cada signatario tendrá derecho para someter a juicio de tribunales nacionales, militares o de ocupación, a individuos que hayan sido miembros de aquel grupo o de aquella organización. En estos

casos, el carácter criminal del grupo o de la organización se considerará probado y no podrá ser discutido”).

Por lo que concierne al Estatuto de 1993, afirma el Secretario General de las Naciones Unidas que, según “se desprende del conjunto de Resoluciones que condujeron a la Resolución 808 (1993)... el sentido ordinario de la expresión “presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario” serían las personas naturales y no las personas jurídicas”, añadiendo, por lo que respecta al problema de si una persona jurídica (así, una asociación u organización) puede considerarse criminal como tal y si por esa sola razón puede someterse a sus miembros a la jurisdicción del Tribunal Internacional (en similitud a lo que preveía el art. 10 del Estatuto de Nuremberg), que “el Tribunal Internacional no debería contemplar este concepto”, añadiendo que “los actos criminales previstos en el Estatuto son llevados a cabo por personas naturales y estas personas estarían bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional independientemente de que pertenezcan o no a grupos” (Doc. S/25704, párrafos 50 y 51).

Creemos que resulta positiva esta concepción, pues los criterios de extensión y de indiscriminación predominantes en el Derecho Internacional Penal para el tratamiento de la codelinuencia no deben ser objeto de imposición en normas positivas, lo que no empece a su aplicación en las resoluciones jurisdiccionales, pues es lo cierto que el Tribunal de Nuremberg hizo un uso bastante parco y juicioso de las amplias facultades estatutarias conferidas en esta materia, subordinando la incriminación colectiva (mal llamada así, en efecto, por ser individual su concurso) al cumplimiento de ciertas condiciones, bajo las cuales el deslizamiento de las responsabilidades colectivas a las individuales en concurso no puede ser más evidente, pudiendo concluirse que el Tribunal trató de alejarse “de las concepciones de la responsabilidad colectiva, señal inconcusa de barbarie y primitivismo” (57).

(57) Cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 209 y 210.

La eventual exigencia de responsabilidades colectivas (que por lo concerniente a las deducidas del art. 10 se depurarían, siempre, en sede jurisdiccional nacional y nunca internacional), en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones militares internacionales se hizo siguiendo “objetivos más políticos que estrictamente jurídicos, y acogiendo asimismo doctrinas favorables a esa posible incriminación, harto extendidas ... y dominantes en la teoría rusa” (Quintano Ripollés, A., ob. cit., pág. 208).

Obviamente, tampoco es posible la exigencia de responsabilidad a los Estados en razón de los delitos cometidos por individuos que actúen como funcionarios o en nombre de los mismos (58).

La redacción del precepto posibilita que pueda conjugarse, en calidad de sujeto activo, las acciones típicas contenidas en los arts. 2 a 5 no sólo quien ostente la cualidad de militar y ni siquiera de combatiente legítimo (en el sentido que del mismo ofrecen los arts. 43 y 44.3 del Protocolo I Adicional), sino cualquier persona, sin necesidad de cualificación especial.

El art. 7 del Estatuto determina la responsabilidad penal individual, y especifica que no se podrá invocar la inmunidad en razón de ser Jefe de Estado o de Gobierno, o de que el inculpado hubiere cometido el acto en cumplimiento de sus funciones oficiales como funcionario responsable del Gobierno, no sirviendo tales situaciones para eximir de responsabilidad penal ni reducir la pena.

Será individualmente responsable la persona que haya "planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los arts. 2 a 5" del Estatuto, o la que "lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo" (art. 7.1 del Estatuto), previniéndose expresamente (art. 7.2) que el cargo oficial que desempeñe el inculpado (ya sea Jefe de Estado o de Gobierno o funcionario responsable del Gobierno) no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

En el apartado 1 del art. 7 del Estatuto se cubren todas las posibles formas de participación delictiva, permitiendo la redacción de los dos incisos que integran dicho apartado estimar prevista la sanción tanto del

(58) Trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de 1991 (arts. 3 y 5).

Como afirma Cherif Bassiouni, M. (ob. cit., pags. 66 y 67), "de la historia de la represión de los crímenes internacionales... se deduce que, hasta el momento, la responsabilidad directa en Derecho Internacional se ha imputado a los individuos. Esto no significa, sin embargo, que la responsabilidad de los Estados quede excluida. La responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, cuya problemática se asemeja a la de la responsabilidad colectiva en el Derecho Penal interno, se ha manifestado a través de la Historia en la forma de reparaciones, un híbrido entre las sanciones penales y la responsabilidad civil".

Sobre la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados, cfr. Pérez González, M., "El acto ilícito internacional: Concepto y consecuencias", "El acto ilícito internacional: Elementos" y "La responsabilidad internacional", en "Instituciones de ...", Capítulos XXXVII, XXXVIII y XXXIX, ob. cit., págs. 567 a 623; Oppenheim, L. - Lauterpacht, H., ob. cit., Tomo I, Vol. I, pags. 359 a 378.

simple o mero hecho de ordenar, instigar o planear la comisión de cualesquiera de los delitos incriminados en los precedentes arts. 2 a 5, y ello con independencia del resultado de tales acciones, es decir, aún cuando el plan, incitación, inducción, provocación u orden no hayan concluido con la efectiva comisión de los hechos planeados, a cuya realización se compelé o invita o respecto a los que se emite orden de llevarlos a cabo, como la efectiva realización, en cualquiera de sus formas, de la acción típica, o cualquier forma de participación, comisión material o cooperación en la realización de las conductas típicas.

El apartado 2 del meritado art. 7 expresamente veda la posibilidad de apreciar la concurrencia de causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en razón del cargo oficial que el inculpado desempeñe. En consecuencia, la condición oficial del inculpado carece de efectos respecto a la alteración de la incolumidad de la responsabilidad delictiva, de acuerdo con el principio que fue consagrado en el art. 7 del Estatuto de Nuremberg (59), en el que se positivizó la inaplicabilidad de la excepción de los actos de Estado, de modo que el hecho de ocupar un cargo o cualquier posición, más o menos relevante, en la organización estatal, no conlleva, "per se", posibilidad alguna de inmunidad, y consiguiente exoneración de responsabilidad consecuente a la comisión, por acción u omisión (en los términos que, a continuación, expone el apartado 3 de este art. 7), de cualesquiera de los hechos referidos en los arts. 2 a 5 del Estatuto (60).

No obstante, en relación con esta cuestión el apartado 4 del aludido art. 7, siguiendo, asimismo, la dirección iniciada por el art. 8, inciso segundo, del Estatuto de Nuremberg (61) señala que si bien "el hecho de

(59) El art. 7 del Estatuto de Nuremberg reza así: "La posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo".

Sobre este principio, cfr. Glaser, S., "L'acte d'Etat et le problème de la responsabilité individuelle", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1950, núm. 1, págs. 1 a 17; Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 173 y 174.

(60) Este principio ha sido uniforme y persistentemente mantenido por la Comisión de Derecho Internacional en sus Proyectos de Código de 1954 y 1991; sobre el tema, cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 234 a 239.

(61) El art. 8 del Estatuto de Nuremberg dispone que "El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de ordenes de su gobierno o de un superior jerárquico no librará al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere".

que el inculpaado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un Gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal”, ello “podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad”. Sin perjuicio, pues, de reafirmar, en su inciso primero, la imposibilidad de que la obediencia debida surta efectos justificadores (y consecuentemente destructores de la antijuridicidad), con la consiguiente impunidad, su apreciación no resultará indiferente desde el punto de vista jurídico, pues se deja abierta la posibilidad de que, a criterio del Tribunal, los produzca atenuatorios, incorporándose, así, una cláusula que permite introducir una cierta consideración subjetivista en la individualización punitiva que permita, utilizando criterios de equidad, lograr la adecuada proporcionalidad en la sanción de cada caso concreto.

A pesar de la vaguedad del criterio de equidad al que se remite el comentado precepto como valor ancilar en función del cual o sobre el que habrá el Tribunal de determinar la procedibilidad, o no, de concurrencia del criterio o causa atenuatoria señalado, la previsión del mismo es concorde con el criterio doctrinal según el cual la exclusión de los efectos eximentes o atenuatorios de la obediencia a órdenes de superiores sólo es aplicable cuando el subordinado ha tenido la concreta posibilidad de no obedecerlas. No se hace distinción de efectos entre la obediencia legal (órdenes emanadas del Gobierno) y la jerárquica (órdenes emanadas de un superior jerárquico), supuestos que se miden, como en Nuremberg y Tokio (arts. 8 y 6, de los respectivos Estatutos), por el mismo rasero.

En suma, este apartado 4 del art. 7 del Estatuto de 1993 es paradigma del carácter fundamentalmente judicialista del Derecho Internacional Penal (62), lo que, unido a la laxa tipicidad deducida del

En el mismo sentido se pronunciaba el art. 6 del Estatuto de Tokio.

Quintano Ripollés (cfr., ob. cit., pág. 180) sitúa el precedente de la privación del beneficio de la eximente de obediencia en el art. 3 del Convenio de Washington de 1922, sobre guerra submarina, si bien con referencia al crimen de guerra ilimitada, asimilable a la piratería.

En general, sobre la obediencia debida cfr. Graven, J., “Les crimes contre l’humanité”, RCADI, vol. 76, 1950 (I).

62.- Con referencia al sistema instaurado en los Estatutos de Nuremberg y Tokio se ha señalado (cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., pág. 502), en opinión que creemos plenamente extrapolable al Estatuto aprobado por la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad, que “por lo demás, y ya dentro del tecnicismo más puramente penal, el sistema seguido en los aludidos instrumentos es el propio de las tradiciones anglosajonas, en este punto acordes con las más progresivas tendencias de la dogmática. Tratan

tenor de los arts. 2 a 5 de aquel, confiere un amplio arbitrio al Tribunal Internacional, tanto a la hora de calificar hechos como, eventualmente, a la de sancionarlos.

Finalmente, el apartado 3 del art. 7 del Estatuto del Tribunal Internacional preceptúa que el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los arts. 2 a 5 del mismo haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que aquél iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

Nos hallamos aquí ante una cláusula no expresamente contenida en los Estatutos de Nuremberg y Tokio, pero de la cual se hizo, no obstante ello, aplicación por los Tribunales nacionales de represión de la delincuencia de guerra constituidos por las Potencias vencedoras en 1945 (caso, el más resonante, entre otros -List, Meyer, Von Leeb- de los Generales Yamashita y Homma, Comandantes del Ejército japonés en Filipinas) mediante la aplicación in fine de los arts. 6 y 5, respectivamente, de los mentados Estatutos, por la vía de la incriminación del delito omisional. Independientemente de las críticas a que, en su día, y aún hoy, resultó acreedora la sentencia de 7 de diciembre de 1945 del Tribunal norteamericano constituido en Manila, relativa a los casos Yamashita y Homma (63), a tenor de la cual se estableció el criterio, sin precedentes, en relación con la responsabilidad del mando, según el cual ambos Generales japoneses con mando debían haber conocido, y prevenido, los crímenes de guerra cometidos por los soldados a sus órdenes, es lo cierto que el apar-

de evitar el casuismo y el automatismo aritmético en la oposición de tipos legales y penalidades, confiando plenamente en el arbitrio judicial de individualización de normas. Sistema que prestó a la justicia, tanto de Nuremberg como de Tokio, una libertad de acción que prácticamente la convirtieron, y con ella al Derecho Internacional Penal vigente, en un derecho típicamente judicialista. Especie de derecho que, por lo demás, es el que mejor rima con las esencias iusnaturalistas o vitalistas de dicha rama jurídica, al menos en su fase formativa actual".

(63) Sobre esta cuestión, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., pág. 446; Reel, F. (Defensor de Yamashita), en "The case of General Yamashita", Chicago, Univers. Press, 1949.

La sentencia, capital, fue apelada al Tribunal Supremo norteamericano, que, con el voto en contra de dos de sus jueces (Murphy -que alegó inconstitucionalidad- y Rudledge -que adujo falta de tipificación previa-), la confirmó; no obstante, la discrepancia, y los motivos en que se fundó, revelan lo resbaladizo del tema.

tado 3 del art. 7 ahora examinado trae causa directa de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 86 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, que, bajo la rúbrica "omisiones", estipula que "el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, sí estos *sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción*"; este precepto convencional (64) consagró, por primera vez, desde el punto de vista de la positividad normativa internacional, la obligación o deber de los superiores de evitar, cuando tuviesen conocimiento de ello, la comisión de las actuaciones típicas o, en su defecto, de castigar a los culpables de las mismas cuando hubieren noticia posterior de la perpetración de tales actuaciones, configurando la omisión o incumplimiento de dicho deber como constitutiva, a su vez, de delito.

La naturaleza incontrovertiblemente omisional de la conducta prevenida en el apartado 3 del art. 7 del Estatuto de 1993 configura la acción típica (65) como una actitud del superior de dejar hacer y permitir las atrocidades de sus subordinados, que puede y no quiere impedir, exigiéndose solamente, para la consumación de la conducta típica, la concurrencia tanto del elemento subjetivo-objetivo consistente en el conocimiento (directo -"sabía"-, o de referencia o indiciario -"tenía razones para saber"-) por parte del superior del propósito, posibilidad o inminencia de una co-

(64) Sobre esta cuestión, cfr. de Preux, J., "Commentaire des Protocoles additionnels ...", ob. cit., págs. 1035 a 1040.

El apartado 2 del art. 86 del Protocolo I Adicional debe ponerse en relación con el precedente apartado 1 y con el art. 87 ("deberes de los jefes") de dicho Protocolo; en todo caso, la *punición de la omisión del superior requerirá la concurrencia de ciertas circunstancias*, tales como la relación de subordinación directa (asimilada a la que implica control) entre el subordinado autor de la infracción grave y el superior, el conocimiento de las informaciones, hechos o inteligencia de los que lógicamente se desprenda la evidencia directa o la razonable conclusión de que se estaba cometiendo o iba a llevarse a cabo una infracción de aquella naturaleza y, finalmente, la inacción, total o parcial, del superior, es decir, la no adopción por éste de todas (y no sólo de parte) las medidas adecuadas a su alcance, o de ninguna de ellas, para evitar la comisión de la infracción que se esté cometiendo o se proyecte o para castigar la cometida.

En todo caso, se trata de un precepto deletéreo en su redacción y consecuencias, en el que, siempre, el Tribunal habrá de estar a las concretas circunstancias de cada caso.

(65) Sobre esta cuestión, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 195 y 446.

misión futura de los actos típicos o de su actual o pretérita realización, como la conducta omisiva, que puede revestir el doble aspecto de no adopción de medidas para evitar la futura comisión o para castigar una realización pretérita; en todo caso, las medidas han de ser de una entidad suficiente ("necesarias y razonables"), en función de las circunstancias, como para ser aptas para evitar la producción de la acción típica o la impunidad de los autores de la ya realizada, eludiéndose así la alegación, con propósito exculpatorio, de actuaciones meramente formales o testimoniales.

Tal vez debiera haberse introducido en la redacción del apartado 3 comentado (y, sobre todo, en el apartado 2 del art. 24), la salvedad que se contiene en el texto del art. 86, apartado 2, del Protocolo I Adicional, relativa a "las circunstancias del momento", elemento objetivo este de carácter esencial a la hora de proceder a una valoración y ponderación de los hechos (o, mejor, omisiones) que permite una adecuada calificación de los mismos en función de las circunstancias concomitantes de tiempo, lugar y ocasión, entre otras, que parecen de imprescindible estimación habida cuenta de la especial morfología (difícilmente escindible, en multitud de supuestos, de lo imprudente) de algunos tipos de esta especie de la delincuencia de guerra; también hubiera sido adecuado, a estos antedichos efectos valorativos, introducir en la redacción de los apartados de mérito una expresa referencia a la equidad como término de ponderación del arbitrio del Tribunal a la hora de calificar las omisivas conductas de que se trata, en términos similares a lo que, para el actuar por obediencia, estipula el apartado 4.

En cualquier caso, la expresa previsión contenida en el apartado 3 del art. 7 de referencia sólo plácemes merece, pues con ella se evitarán críticas similares a las recibidas por la extensiva aplicación que, para casos semejantes, se hizo, al término de la última contienda mundial, de los Estatutos de Nuremberg y Tokio, basadas, todas, en la infracción del principio "nullum crimen sine lege", pues en la delincuencia de guerra "es singularmente interesante la interacción del Jefe y la masa (meneur y menés), oscilando entre la espontaneidad del crimen y la imposición consciente del estímulo. En los fenómenos de criminalidad colectiva y multitudinaria, como "progroms" y linchamientos, subyacen complejos de crueldad y atavismo innatos en muchos participantes, pero lo decisivo es casi siempre la noción de impunidad nacida de la anarquía o la tolerancia del mando y acrecentado por la cobardía que impelen fatalmente a las turbas a ensañarse con los débiles..., y no existe, en efecto, fiera más espan-

table que la multitud que no teme" (66); la dificultad o imposibilidad de delimitación de responsabilidades concretas en estas circunstancias hace necesario, a través de una aplicación de las reglas de la causalidad más laxa que la atinente a los delitos individuales y mediante la figura del delito de omisión, personalizar en los superiores que, con su actuar positivo (acción) o meramente negativo (omisión), hicieran factible o aparentemente impunes, no impidiéndolas o reprimiéndolas una vez cometidas, la realización por los subordinados de las conductas típicas, criminalizar la simple complacencia con tales excesos (67).

Por último, no es posible dejar de poner de manifiesto que de la conjugación de las reglas que delimitan la competencia material, personal, territorial y temporal del Tribunal Internacional, y, sobre todo, de la no exigencia, desde el punto de vista subjetivo, de cualificación alguna a la hora de determinar la competencia subjetiva del Tribunal, podría este inculpar a cualquier persona sobre la que recayera la imputación de ser presuntamente responsable de un hecho comprendido en los arts. 2 a 5 del *Estatuto, cometido en el territorio y tiempo determinados en el art. 8 del mismo*, lo que, incuestionablemente, posibilitaría que miembros de fuerzas españolas integradas en la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas en el conflicto desarrollado en Bosnia-Herzegovina fueran objeto de acusación ante el Tribunal, lo que, a efectos de hacer factible, de acuerdo con el Estatuto y la legislación española la solución en supuestos de jurisdicción concurrente, así como la cooperación y asistencia judicial, fue uno de los factores determinantes de la necesidad de prever, en el art. 4 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, la posibilidad (con más

(66) Consideraciones de tan rigurosa aplicabilidad a los acontecimientos que tienen lugar en el territorio de la ex-Yugoslavia y puestos de manifiesto en numerosas Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se deben a Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 194 y 195.

(67) Como afirma de Preux, J. (ob. cit., pág. 1036), esto no significa que toda imprudencia sea delictiva, pues para que tal sea el caso, es preciso que sea de una tal gravedad que equivalga a una intención criminal, sin perjuicio de otros elementos constitutivos del delito y del nexo de causalidad entre el comportamiento inculcado y el daño producido; la clarificación de este elemento esencial, puesto que es precisamente el aspecto intencional sobre el que se basa, en los Convenios, el sistema de sanciones penales en caso de infracción grave, está aún lejos de lograrse en Derecho Penal, tanto en el ámbito de las infracciones por omisión en general, como en el de las infracciones por imprudencia.

Sobre la cuestión atinente a la relación de causalidad en el Derecho Penal, cfr. Gómez Benítez, J.M., "Causalidad, imputación y cualificación por el resultado", Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

visos de realidad, por cierto, que la de que se hallaren conociendo órganos de la jurisdicción ordinaria, pues, aun prescindiendo del insatisfactorio grado de cumplimiento por España de las obligaciones convencionales por ella asumidas, y lo muy dudoso, en consecuencia, de que, en tal situación, pudiera entrar en juego o ser aplicable el Título II del Libro Segundo del Código Penal Militar, es lo cierto que, aun calificándolas de "delitos ordinarios" -es decir, subsumiéndolas en los correspondientes tipos del Código Penal-, se hallaría conociendo de tales conductas la jurisdicción militar, por mor de lo prevenido en los apartados 3 y 4 del art. 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) de que la jurisdicción militar se encuentre conociendo de tales hechos.

c) *Competencia "ratione loci"*.

Según el párrafo primero del art. 8 del Estatuto, la jurisdicción territorial del Tribunal Internacional abarcará el territorio de la ex-Yugoslavia, por el cual se entenderá "el territorio de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales" (Doc. S/25704, párrafo 61).

La delimitación del ámbito geográfico de aplicación de la competencia de la instancia jurisdiccional de que se trata venía ya determinado por el tenor del párrafo dispositivo 1 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, que circunscribía al territorio de la ex-Yugoslavia la jurisdicción espacial del Tribunal. Tal limitación es lógica, pues no sería justificable su extensión más allá de los límites espaciales de la antigua Yugoslavia en la medida en que el Consejo de Seguridad está actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta y en relación con un objeto concreto, cual es el restablecimiento de la paz en el conflicto de la antigua Yugoslavia (68), si bien el Secretario General de las Naciones Unidas fue destinatario de críticas por la no limitación aun mayor de aquel ámbito territorial de competencia (69).

(68) Pígrau Sole, A., ob. cit., pág. 239.

(69) Págs. 3 y 4 de la Carta dirigida al Secretario General el 20 de abril de 1993 por el Representante Permanente de Eslovenia (Doc. S/25562, de 22 de abril de 1993), en la que se expresa el malestar de este país por la no limitación referida, en lo concerniente a su territorio.

Evidentemente, el marco geográfico de esta jurisdicción es, frente al de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, concreto y determinado, pues según los respectivos Estatutos de estos Tribunales últimamente citados, y, en concreto, según sus respectivos artículos primeros, la competencia de los mismos se constreñía al enjuiciamiento de los llamados “grandes criminales de guerra” (“major war criminals”), cuyas conductas hubieren tenido un teatro de acción no limitado a un ámbito geográfico determinado (70), únicos para quienes se preveía el sometimiento a una jurisdicción internacional propiamente dicha (los delitos “menores” serían enjuiciados bien por Tribunales de ocupación o por Tribunales nacionales -con aplicación, por los primeros, en el plano sustantivo, de la tan mencionada Ley número 10, de 20 de diciembre de 1945, del Kontrollratsgesetz, inspirada en el Estatuto de 8 de agosto anterior, y en el adjetivo por normas procesales particulares, y rigiéndose los segundos por las respectivas leyes na-

(70) Ello de conformidad con lo dispuesto en la Declaración de Moscú de 1 de noviembre de 1943, en la que, como colofón a la Conferencia tripartita celebrada en aquella capital entre el 19 y el 30 de octubre anteriores, el Presidente F.D. Roosevelt, el Premier W. Churchill y el Mariscal J. Stalin anuncian al mundo que “en el momento de acordar un armisticio a un Gobierno alemán, los Oficiales, Suboficiales y Soldados alemanes o miembros del partido nacionalsocialista, responsables culpables de haber tomado parte consentida en las atrocidades, matanzas y ejecuciones, serán enviados a los países en que tales actos se hayan realizado, de tal suerte que puedan ser juzgados y castigados según las leyes de los países liberados. En cuanto a los individuos cuyas responsabilidades fueren de índole general, sin localización posible de lugar, y muy especialmente los altos Jefes políticos y militares, serán castigados conforme a las reglas y procedimientos que aun no han sido determinados”.

De conformidad con ello, el art. 1º del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, dispuso que “será establecido, despues de consulta con el Consejo de Control de Alemania, un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieron localización geográfica particular...”, añadiendo el art. 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional que “el Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el art. 1º, para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje...”.

Es obvio que, como en Nuremberg y Tokio, la jurisdicción constituida en 1993 es circunstancial, pero si en aquellos casos la instancia creada lo fue para juzgar, tan solo, determinado tipo de delitos y a determinada clase de delincuentes, lo que ambos Tribunales llevaron a cabo en un solo acto, es decir, mediante un proceso único, que produjo una resolución única (Sentencias de 1 de octubre de 1946 y 12 de noviembre de 1948, respectivamente), el Estatuto de 1993 prevé el enjuiciamiento de todas cuantas personas resulten presuntamente responsables de una serie, más amplia, de delitos (a excepción de los contra la paz, no previstos), sea cual fuere la importancia o lugar de comisión (dentro del marco geográfico al efecto predeterminado) de los mismos o la gravedad y extensión de sus resultados, lo que, consecuentemente, abocará a una multiplicidad de procesos y, por ello, de Sentencias.

cionales, adjetivas o sustantivas, de los países liberados-) (71), característica explicable en razón del casi-universal teatro geográfico del conflicto habido entre 1939 y 1945, mientras que el carácter geográficamente limitado del conflicto desencadenado en la ex-Yugoslavia, circunscrito al ámbito territorial, perfectamente delimitado, que constituía aquella República Federativa Socialista (y no a todo él, pues determinadas Repúblicas en su momento federadas -Macedonia, Serbia y Montenegro- no se han visto geográficamente afectadas por las hostilidades aun cuando sí, inevitablemente, han sufrido ciertos efectos derivados de éstas) permite, e impone, esta concreción.

d) *Competencia "ratione temporis"*.

La jurisdicción temporal del Tribunal abarcará, según el párrafo segundo del art. 8 del Estatuto, un período que comienza el 1 de enero de 1991 y que finalizará, según el párrafo 2 de la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en "...una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz".

Por tratarse de una medida adoptada con base al Capítulo VII de la Carta, para hacer efectivas las disposiciones del Consejo, el período de existencia del Tribunal se hace depender del logro del restablecimiento o el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en el territorio de la ex-Yugoslavia y de las decisiones del Consejo de Seguridad al respecto (Doc. S/25704, párrafos 28, 61 y 62) (72). Resulta lógica esta limitación temporal, pues concebido el Tribunal como organismo subsidiario de carácter judicial y, en suma, como medida ad hoc de carácter coactivo del Consejo de Seguridad adoptada con base al art. 41 de la Carta de las Naciones Unidas y dirigida a alcanzar el objetivo de mantener o restable-

(71) Sobre esta cuestión, cfr. Fernández Flores, J. L., "Del Derecho de ...", ob. cit., págs. 184 a 195; Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 404 a 456; Oppenheim, L.-Lauterpacht, H., ob. cit., págs. 127 a 135.

(72) Este fundamental aspecto y el concerniente a la jurisdicción territorial del Tribunal Internacional, que configuran a éste como una jurisdicción ad hoc, ya venían predeterminados por el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 827(1993).

La fijación de la fecha del 1 de enero de 1991, y la naturaleza del Tribunal como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, plantean el problema, formal, de la posibilidad de que el Tribunal Internacional actúe desde dicha fecha (sobre la cuestión, cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 218 y 219).

cer la paz y la seguridad internacionales, puestas en peligro por las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, cuando se produzca la cesación en la comisión de tales violaciones o quebrantamientos y se disipen, en consecuencia, el peligro de quebrantamiento o la amenaza de aquellas paz y seguridad, lo que determinará el Consejo de Seguridad, tal medida habrá de periclitarse por carecer de objeto.

Aún cuando no parece discutible la necesidad de la indeterminación del “dies ad quem”, o término final fijado para aquella jurisdicción circunstancial instaurada por el Consejo de Seguridad, que no debe, dado el título que fundamenta su nacimiento y su propio objetivo, sobrevivir a los acontecimientos que la han hecho nacer (73), circunstancialidad expresamente recordada por el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 827 (1993), por el que el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, decide establecer un Tribunal internacional “con la *finalidad exclusiva* de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia ...”, y en consecuencia de lo cual, finalizado que sea el conflicto para poner término al cual se genera aquella jurisdicción, por ello circunstancial, debe la misma, una vez haya dado respuesta jurídica a las últimas consecuencias de aquel conflicto sometidas a su conocimiento, extinguirse con él, no ocurre lo mismo con la fijación del “dies a quo”, o término inicial.

En efecto, como ya quedó antes referenciado, la concreción en el 1 de enero de 1991 del día inicial de la competencia del Tribunal no aparece exenta de inconvenientes, pues si dicho órgano jurisdiccional se instituye por el Consejo de Seguridad como medida ad hoc adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y, obviamente, ante una de las situaciones previstas en el art. 39 de aquélla y a partir de su calificación, explícita o no, como tal, parece muy difícil aceptar que la calificación de la Resolución 713 (1991), de 25 de septiembre de 1991, pueda retrotraerse hasta el 1 de enero de 1991, momento anterior al período de disolución de la antigua Yugoslavia, discutiéndose, en consecuencia, no la posibilidad de actuación retroactiva de un Tribunal penal, aspecto ya planteado en el proceso de Nuremberg, “sino la posibilidad de actuación retroactiva de este Tribunal Internacional, creado por un mecanismo ex-

(73) David, E., ob. cit., pág. 584.

cepcional, como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad que no podía actuar en virtud del Capítulo VII el 1 de enero de 1991" (74), sino sólo desde la calificación, explícita o no, de la situación como una de las previstas en el aludido art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas, lo que no acaeció hasta el 25 de septiembre de 1991.

Efectivamente, si los tipos incurso en el Primero de los cuatro Cargos de las Acusaciones ("Counts of Indictment") en Nuremberg, comprensivo del Plan común o Conspiración ("The Common Plan or Conspiracy"), permitían retrotraer a 1933 (fecha del acceso al poder del nacionalsocialismo alemán) la competencia del Tribunal, lo que propiamente implicó, al menos en lo atinente a alguno de los actos criminales que, no obstante su diversa morfología, se comprendían en él, otorgar carácter delictual sustantivo a actuaciones que, en rigor, tenían, más bien, carácter de grado en la dinámica del delito o en la participación criminal (75), por lo que concierne a la jurisdicción creada en 1993 no parece técnicamente posible, a la vista de los tipos delictivos a que se extiende su competencia material, retrotraer con antelación al 25 de septiembre de 1991 (data de la Resolución 713-1991- del Consejo de Seguridad, en la que, por vez primera, se reconoce que la situación en el territorio de la, todavía, Yugoslavia, constituía una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, con el consiguiente efecto de residenciar en el marco del Capítulo VII antedicho la cuestión y sus consecuencias, y, en concreto, las medidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales amenazadas o quebrantadas, una, y no la menos importante, de las cuales resulta ser la de la represión de las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas durante o con ocasión del desarrollo de la situación) la competencia del Tribunal, pues, al menos desde un punto de vista jurídico-formal, antes de dicha fecha no existía una situación de amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y, de otro lado, tampoco podría, ni siquiera en esa fecha, estimarse disuelta la República Federativa Socialista de Yugoslavia, disolución que, en su connotación temporal pre-

(74) Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 218 y 219; respecto a la calificación de la jurisdicción, afirma este autor (ob. cit., pag. 239) que "los aspectos fundamentales del artículo 8 del Estatuto han sido predeterminados por el párrafo 2 de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad: jurisdicción limitada al territorio de la antigua Yugoslavia y jurisdicción temporal delimitada en su inicio por la fecha del 1 de enero de 1991 y sin límite final definido; aspectos que configuran al Tribunal como una jurisdicción ad hoc".

(75) Sobre esta cuestión, cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 421 y 422.

térta, puede inferirse exigida del empleo de la locución “ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia”, que hace el primer inciso del art.8 del Estatuto.

Sin perjuicio de que, como ya se indicó, se ha tratado de soslayar la cuestión en lo relativo a la determinación del carácter interno o internacional de los conflictos que se desarrollaron y se desarrollan en el territorio de la ex-Yugoslavia, esta cuestión resulta menos eludible, al menos en el plano teórico, salvo, a nuestro juicio, si jurisprudencialmente se introdujera, por la vía de la incriminación del planeamiento que se lleva a cabo en el apartado 1 del art. 7 del Estatuto de 1993, la posibilidad de una figura delictiva autónoma, similar a la cooperación necesaria, a cuyo través o por medio de la cual resultara factible técnicamente sancionar una forma de participación en la comisión de cualesquiera de los tipos cobijados en los arts. 2 a 5, que sí sería posible incriminar a partir del 1 de enero de 1991, como iniciación o preparación del iter que se consumará después del 25 de septiembre siguiente, mientras que las demás formas que pudiera adoptar la comisión de aquellos tipos delictivos sólo podrían ser objeto de incriminación a partir del 25 de septiembre de 1991, solución que, en todo caso, parece formalmente respetuosa con la redacción del Estatuto y no afectar, ni por asomo, la incolumidad del principio “nullum crimen sine lege” (76).

No creemos, finalmente, que la indeterminación del “dies ad quem”, que se fija en una fecha que el Consejo de Seguridad concretará una vez restaurada la paz deba ser objeto de críticas, pues aún cuando introduce, bien es cierto, como se ha afirmado (77), “un preocupante factor de indeterminación”, ello sólo lo es respecto a la fecha de vigencia de la competencia determinada, genéricamente, en el art. 1 del Estatuto, y concretada en los siguientes preceptos del mismo, pero si efectivamente creemos que la determinación, en su caso, de tal fecha producirá el efecto de la inte-

(76) Esta interpretación se hallaría en línea con la tesis según la cual, frente a la sustantividad que se otorgó al Plan común o Conspiración en Nuremberg (cfr. Quintano Ripollés, A., ob. cit., págs. 421 y 422), se configuran los supuestos conspiratorios en los de cooperación o participación criminal.

El Secretario General de las Naciones Unidas (Doc. S/25704, párrafo 62) entiende que la fijación de la fecha del 1 de enero de 1991 se debe a que “es esta una fecha neutral, que no está vinculada a ningún acontecimiento particular y está claramente destinada a comunicar la idea de que no se hace un juicio respecto del carácter internacional o interno del conflicto”.

(77) Pigrau Sole, A., ob. cit., pág. 220.

rrupción de los procedimientos eventualmente iniciados ante el Tribunal Internacional por hechos cometidos a partir de tal fecha, ello no conllevaría, a nuestro juicio, la impunidad de los presuntos autores de los mismos, pues consideramos que entraría, entonces, automáticamente, en juego la cláusula “aut iudicare aut dedere” consagrada en los respectivos párrafos segundos de los arts. 49 del Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, así como en los arts. 88 y 89 in fine del Protocolo I Adicional a ellos de 8 de junio de 1977, debiendo, en consecuencia, declinarse por el Tribunal Internacional la competencia para proseguir la tramitación de aquellos procedimientos a la jurisdicción nacional interesada que, por aplicación de tales preceptos, formule cargos suficientes contra los inculpados en tales procedimientos; en consecuencia, los hechos serían, eventualmente, objeto de represión nacional, pero en modo alguno quedarían, a nuestro juicio, impunes (78). Y lo mismo resultaría con respecto a los hechos cometidos con anterioridad al 1 de enero de 1991, y que, por su índole o naturaleza, de haber acaecido con posterioridad a dicha fecha o al 25 de septiembre siguiente caerían bajo la jurisdicción del Tribunal, respecto a los cuales se producirá, en su caso, una represión por parte de los respectivos tribunales nacionales, tal y como resulta de una hermeneusis a sensu contrario del apartado 1 del art. 9 del Estatuto de 1993.

B. *Jurisdicción concurrente y cosa juzgada.*

Al establecer el Tribunal Internacional, no tenía el Consejo de Seguridad la intención de impedir o prevenir el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales nacionales (Doc. S/25704, párrafo 64) con respecto a los actos cuyo enjuiciamiento se encomienda al Tribunal Internacional de conformidad con sus leyes y procedimientos nacionales pertinentes, ejercicio que, por el contrario, se alienta, al reconocerse, en el art. 9 del Estatuto, que “el Tribunal Internacional y los Tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991”; en todo caso, el art. 9 del Estatuto señala la *primacía del Tribunal Internacional* respecto de los tribunales nacionales, facultando a aquél para pedir oficialmente, en cualquier etapa del procedimiento, a los tribunales nacionales “que convengan en la competencia del Tribunal Internacional”, es decir, que declinen el conocimiento a favor de éste,

que, en cualquier etapa del procedimiento, podrá pedir a los tribunales nacionales que reconozcan su competencia, debiendo especificarse en las reglas sobre procedimiento y sobre prueba, cuya aprobación atribuye el art. 15 del Estatuto a los Magistrados del Tribunal Internacional, una vez constituido éste, la forma en que dicho órgano deberá interesar de los tribunales nacionales respectivos que convengan en su competencia, tal y como previene el apartado 2 del art. 9 (79). A este efecto, el art. 4 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, en su apartado 1, condiciona el inicio o continuación de las actuaciones relativas a hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal Internacional por parte de los Tribunales españoles, de la jurisdicción ordinaria o militar, que fueren competentes, a que “no sean requeridos de inhibición por el Tribunal Internacional”, determinándose en el apartado 2 de dicho precepto los complementos procesales adecuados para efectivizar el principio de preeminencia del Tribunal Internacional, que sólo cederá en el supuesto del apartado 3 siguiente, que permite desestimar el requerimiento de inhibición cuando el hecho que lo motive no entre en el ámbito de competencia, temporal o territorial, del Tribunal Internacional; salvo en estos dos supuestos, *de apreciación objetiva*, carecen los órganos jurisdiccionales españoles de la facultad de plantear conflicto de jurisdicción al Tribunal, descartándose “*ope legis*” la posibilidad de un conflicto por razón de la competencia material (80).

No obstante lo anterior, con arreglo al principio de “cosa juzgada”, dispone el art. 10 del Estatuto, en su apartado 1, que una persona no será enjuiciada dos veces por el mismo delito, lo que, dada la primacía del Tribunal Internacional, impedirá el juicio ulterior ante un tribunal nacio-

(78) *Ibidem*, págs. 220 y 221.

(79) La primacía del Tribunal Internacional ha sido objeto de reservas (Francia, Estados Unidos, Reino Unido), de modo que una interpretación restrictiva del apartado 2 del art. 9 del Estatuto limita a los casos previstos en el apartado 2 del art. 10 la posibilidad del Tribunal de recabar para sí la competencia de un asunto de que esté conociendo un tribunal nacional, de suerte que únicamente opera como excepción al principio *non bis in idem*; la postura rusa es aun más restrictiva (cfr. Pigrau Sole, A., *ob. cit.*, págs. 225 y 226).

(80) Los Estatutos de Nuremberg y Tokio no regulaban *expressis verbis* la cuestión relativa a la concurrencia de jurisdicciones, aun cuando de la interpretación a contrario sensu del art. 11 del Estatuto de Nuremberg, en relación, a su vez, con el art. 6 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, no resulta desatinado concluir que se consagraba en él, siquiera tácitamente, la primacía del Tribunal Militar Internacional frente a los demás Tribunales nacionales, militares o de ocupación.

nal de la persona que hubiere sido enjuiciada por el Tribunal Internacional.

En concreto, reza así lo señalado por el apartado I del art. 10: "ninguna persona será sometida a juicio en un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal internacional". Se consagra, pues, así, de manera irrestricta, el principio "non bis in idem", o de cosa juzgada material, de elemental observancia en el ordenamiento punitivo interno (81) y proclamado en el apartado 7 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, a tenor del cual "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Este principio, no obstante, no es susceptible de ser trasladado al ámbito internacional en la forma taxativa en que opera en el ámbito interno de los Estados (82), tanto por cuanto que el tratamiento penal de un mismo hecho calificado por el Derecho Internacional Penal como delito de tal índole puede ser diferente del que merece en el marco del derecho interno, en que recibe la consideración de delito ordinario, como porque en el conocimiento de aquel hecho se produzca una concurrencia de jurisdicciones, concurrencia que, en el caso de los hechos acaecidos en el desarrollo del conflicto de la ex-Yugoslavia, y por mor del juego de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad y de los respectivos párrafos segundos de los prerreferidos arts. de los Convenios de 12 de agosto de 1949 (49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV) y del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 (88 y 89, in fine), podría producirse entre jurisdicciones nacionales entre sí y entre estas y el Tribunal Internacional establecido por aquella aludida Resolución. Para evitar las disfunciones que, en el seno de una represión internacional, conllevaría aquella concurrencia, en el Estatuto se proclama y reconoce la primacía sobre las nacionales de la jurisdicción "ad hoc" encarnada en el Tribunal Internacional, y, paralelamente, se reconoce, de forma plena y sin excepción alguna, el carácter de cosa juzgada a las resoluciones emanadas de dicho Tribunal

(81) En España, aunque no consagrado expresamente en la Constitución, este principio del "non bis in idem" está, sin embargo, implícitamente recogido en los principios de legalidad y tipicidad proclamados en el art. 25 de la misma.

(82) Pigrau Sole, A., ob. cit., págs. 224 y 225.

en el apartado 1 del art. 10 del mismo, lo que impide el juicio ulterior ante un tribunal nacional (Doc. S/25704, párrafo 66) y supone, obviamente, la plena admisión del juego del principio "non bis in idem" en cuanto se trate de sentencias u otras resoluciones, de carácter firme, que pongan término al procedimiento (como, creemos, sería el caso de la resolución de no haber lugar al procesamiento dictada por un Magistrado de una de las Salas de Primera Instancia en los términos estipulados en el último inciso del apartado 1 del art. 19 del Estatuto).

En línea coherente con cuanto acaba de señalarse, el apartado 2 del precitado art. 10 del Estatuto *exceptio* expresamente los efectos del juego del principio "non bis in idem" en lo concerniente al supuesto de concurrencia de jurisdicciones tan sólo para el caso de que la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal nacional, disponiendo que la virtualidad de aquel principio no impedirá la celebración de un juicio ulterior ante el Tribunal Internacional de una persona que hubiere sido juzgada por un tribunal nacional siempre que concurra alguno de los supuestos fácticos o requisitos que, con carácter tasado, se determinan en tal concreto apartado (83). A tal efecto, los cuatro supuestos cuya individualizada o alternativa concurrencia permite excepcionar la aplicación rigurosa del principio "non bis in idem", sometiendo nuevamente a enjuiciamiento ante el Tribunal Internacional hechos sentenciados, con carácter firme, en sede jurisdiccional nacional, son, el primero, de carácter sustantivo y contenido en el párrafo 2 a) del art. 10 del Estatuto, consistente en que el hecho que motivó el sometimiento a juicio ante la instancia interna fue considerado por esta delito ordinario, y los otros tres, de carácter adjetivo, y cobijados en el párrafo 2 b) del meritado art. 10, consistentes, respectivamente, en que la vista ante el tribunal nacional no hubiere sido imparcial ni independiente, que dicha vista hubiere tenido por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, y, por último, que la causa no se hubiere tramitado con la necesaria diligencia (84).

(83) Sobre la conexión entre los respectivos apartados 2 de los arts. 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Internacional y sus diferentes finalidades, *Ibidem*, pág. 226.

(84) El art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, bajo la rúbrica "principio non bis in idem", regula la aplicación de dicho principio respecto a las personas juzgadas en España, con la siguiente redacción: "las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por este a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional".

Respecto a la razón de ser de las previsiones contempladas en el párrafo 2 a) (cuando la calificación de los hechos enjuiciados por un tribunal nacional no corresponda a su tipificación conforme al Estatuto, es decir, cuando fué considerado en sede jurisdiccional nacional “delito ordi-

Aun cuando la Exposición de Motivos de dicho texto legal señala, sin referencia expresa a aquel precepto, que se desarrolla en él “el principio “non bis in idem”, aunque no se hace referencia alguna al párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, porque las hipótesis contempladas difícilmente pueden darse en España”, no creemos acertada la omisión que de los supuestos previstos en el apartado 2 b) del art. 10 del Estatuto se hace en el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, pues no parece coherente reconocer, en la propia Exposición de Motivos, el carácter jurídico vinculante del Estatuto en la esfera internacional para todos los Estados, incluido el español, así como la competencia “erga omnes” del Tribunal Internacional, y, en suma, el carácter autoejecutivo, en sentido material, de gran parte del Estatuto, y pretender, a continuación, sustraer a este la más esencial, a efectos prácticos, de sus competencias, bajo el, a nuestro juicio inane, pretexto de que los supuestos de hecho contemplados en tal apartado sean de difícil acaecimiento en España, lo que, si resulta aceptable en los dos primeros supuestos comprendidos en aquel apartado 2 b) no lo es tanto en lo relativo al último (ello haría, según la tesis que justifica la omisión, superfluo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas contemplado en el art. 24.2 de la Constitución). Por último, no sería ocioso plantearse las consecuencias que, en orden a la aplicabilidad, o no, del propósito omisivo que subyace en la redacción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, se derivarían de la pretensión de sometimiento a juicio ante el Tribunal Internacional por alguna de las causas previstas en el párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto de quien hubiera sido condenado por un tribunal español, por la entrada en juego, de un lado, del carácter autoejecutivo de la Resolución 827 (1993), su rango jerárquico respecto a la Ley Orgánica y el propio tenor de los arts. 1 y 2 de la propia Ley Orgánica 15/1994. La finalidad perseguida con el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994 creemos que resultaría, en caso de plantearse alguna de las hipótesis del párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, fallida, puesto que, de ser aplicado el precepto, no constituiría ello una mera instrumentación del Estatuto que posibilite su completa aplicación, sino que, por el contrario, determinaría la inaplicación de una parte, y no, por cierto, baladí, del contenido del Estatuto (sobre la cuestión, cfr. Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 1993 -Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial núm. 115, Madrid, enero de 1994-).

En términos generales, la redacción del art. 10 del Estatuto se inspira en la del art. 9 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad formulado por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 (Doc. A/46/10, Informe de la C.D.I. sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones -29 de abril a 19 de julio de 1991-).

Finalmente, creemos que no es formalmente adecuado introducir, por la vía del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1994, limitaciones a la excepción que, respecto a la aplicación del principio “non bis in idem”, contempla, con carácter de “numerus clausus”, el art. 10.2 del Estatuto, sin haber procedido, en su momento, como hicieron otros países (Francia, Estados Unidos, Reino Unido, Rusia), a la formulación de la oportuna reserva o declara-

nario” y no como una violación grave del derecho internacional humanitario) y en el inciso segundo del párrafo 2 b) (es decir, cuando en las actuaciones celebradas en sede jurisdiccional nacional la vista hubiera tenido por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional) del art. 10, se trata, a nuestro juicio, de evitar, con ellas, la posibilidad de que actúe la jurisdicción nacional en “fraude procesal”, intentando lograr que, por aplicación rigurosa del principio “non bis idem”, eluda una persona (a la que se somete a juicio e, incluso, se condena) la comparecencia, enjuiciamiento y eventual condena, en sede del Tribunal Internacional, por alguno de los tipos penales comprendidos en los arts. 2 a 5 del Estatuto, pues al residenciar el conocimiento de los hechos ante un tribunal nacional, una aplicación inflexible del principio “non bis idem” permitiría eludir el enjuiciamiento de los mismos ante el Tribunal Internacional y conforme a su Estatuto; en lo que concierne a las previsiones de los incisos primero y tercero del párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, trátase con ellas de garantizar la observancia del derecho a ser juzgado regular e imparcialmente, reconocido en los arts. 130, 84 y 99 al 108, todos ellos del Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 147, 126 y 71 al 77, todos ellos del Convenio IV de Ginebra de la misma fecha, 85.4.e), 4, 43, 45 y 75.4 y 7, todos ellos del Protocolo I Adicional a aquellos Convenios, de 8 de junio de 1977 y 4 del Protocolo II Adicional, y que no es sino plasmación, para caso de conflicto armado, de una garantía procesal reconocida, con carácter general, en diversos textos normativos internacionales (arts. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, arts. 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, arts. 5, 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, entre otros), derecho en el que se encuentran, a nuestro juicio, comprendidos tanto el consistente en el sometimiento a un tribunal legítimamente constituido (se proscriben, para caso de conflicto armado, los tribunales políticos -art. 66 del Convenio IV- y se señalan como competentes respecto a prisioneros de guerra los tribunales militares, salvo que

ción interpretativa respecto a los arts. 9.2 y 10.2 del Estatuto limitando la posibilidad que, en interpretación literal de ambos preceptos, cabe al Tribunal Internacional de recabar para sí la competencia para conocer de un asunto de que se encuentre conociendo un tribunal nacional, delimitando o excepcionando los casos a aquel concreto efecto previstos en el art. 10.2 del mentado Estatuto.

la legislación de la Parte detenedora autorice expresamente que los miembros de sus fuerzas armadas sean juzgados por tribunales civiles por una infracción similar a la que determine la acusación contra el prisionero y respecto a civiles en territorio ocupado -y en lo atinente a la presunta infracción, por parte de éstos, de las disposiciones promulgadas o impuestas por la Potencia ocupante que resulten indispensables a esta para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio IV y para garantizar la administración normal del territorio y la seguridad en los términos señalados en el último párrafo del art. 64 del Convenio IV- los tribunales propios del territorio ocupado y los tribunales militares de la Potencia ocupante legítimamente constituidos y que funcionen en territorio ocupado -si bien estos últimos con competencia, tan sólo, para conocer de las infracciones de las disposiciones penales eventualmente promulgadas por la Potencia ocupante en los términos del párrafo segundo y último del meritado art. 64 del Convenio IV-, tal y como se desprende del art. 66 del Convenio IV), como el derecho (y consecuente exigibilidad) al cumplimiento, por dicho tribunal, de las garantías mínimas que no podrán ser inferiores a las comprendidas en los arts. 20, 21 y 22 del Estatuto, garantías cuyo disfrute es de exigir tanto por lo que concierne al detenido o acusado como a las víctimas y a los testigos, ello a fin de salvaguardar la efectiva imparcialidad y el escrupuloso respeto del principio de igualdad de armas; la proscripción de la infracción del derecho a un juicio sin indebidas dilaciones (el art. 20.1 del Estatuto impone a las Salas de Primera Instancia la obligación de velar porque el proceso sea “expeditivo”) nos parece incluida en el derecho a ser juzgado regularmente, si bien parece acertada la expresa mención de la posible conculcación de tal genérico derecho a través de este procedimiento, que, previsiblemente, pudiera ser una forma más de “fraude procesal” en que, en beneficio de los inculcados y en perjuicio de las víctimas, pudiera incurrir una jurisdicción nacional, que, mediante tal retardatoria tramitación, intentara diluir en tiempo y farrago procedimental la obtención de un eventual pronunciamiento condenatorio (85); la falta, o privación, de “me-

(85) No solo parece previsible que las jurisdicciones internas sigan actuaciones contra sus nacionales acusados de infracciones de las que pudieran ser víctimas las personas y bienes protegidos por los Convenios de 12 de agosto de 1949, Protocolos Adicionales a estos de 8 de junio de 1977 y Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, sino también contra prisioneros de guerra y miembros de la población civil de Partes Adversas, lo que, como ya se expuso, obliga a los tribunales ante los que, en su caso, se haga comparecer a estas personas a respetar, al menos, las garantías contempladas en los arts. 99 a 108 y 84 del Convenio III y 71 a 77 y 126 del Convenio IV, determinando la no sujeción a tales preceptos la falta de un juicio regular e imparcial.

dios eficaces de enjuiciamiento” (obtención de la comparecencia de testigos, de cargo o de descargo, por las víctimas o acusaciones y por los acusados, disponer de medios adecuados para la preparación de la acusación o la defensa, arbitrar la efectiva protección de víctimas y testigos, etc. -Doc. S/25704, párrafo 66 b)-), es, a nuestro juicio, subsumible, según el propósito o finalidad que eventualmente la inspire, en los incisos primero (en el concepto de falta de imparcialidad) o segundo del párrafo 2 b) del art. 10 del Estatuto, como posible causa determinante de la decisión del Tribunal Internacional de asumir la jurisdicción respecto de una cuestión atinente a una persona que haya sido declarada ya culpable por un tribunal nacional.

El carácter unívoco de la excepción a la irrestricta aplicación del “non bis in idem” cobijada en el apartado 2 del art. 10 del Estatuto, que permite, en los supuestos que en el mismo se explicitan, que el Tribunal Internacional juzgue a una persona ya juzgada por una jurisdicción estatal por los mismos hechos que motivan el posterior sometimiento a la instancia jurisdiccional internacional, impide, por contra, que pueda una jurisdicción nacional someter a juicio a quien ya hubiere sido juzgado por el Tribunal Internacional, cuando tal sometimiento a los tribunales nacionales traiga causa de los hechos que hubieren sido objeto de pronunciamiento, condenatorio o absolutorio, por el Tribunal Internacional, pues en este caso sí juega, con toda su plenitud, aquel principio “non bis in idem”, tal y como, al efecto, se desprende del tenor del apartado 1 del art. 10 del Estatuto.

No obstante la excepción al juego del principio “non bis in idem” de que acaba de hacerse mención, el párrafo 3 del art. 10 del Estatuto impone al Tribunal Internacional, de forma imperativa (“tendrá en cuenta”), la obligación de graduar la extensión de la pena a imponer a quien sea sometido a juicio ante él con posterioridad a haber sido enjuiciado, y condenado, por los mismos hechos, por una jurisdicción nacional, teniendo en cuenta, a tal concreto efecto dosimétrico, la medida en que la pena impuesta a dicha persona por el tribunal nacional hubiere sido ya cumplida al momento de dictarse sentencia por el Tribunal Internacional. Esta especie de abono legalmente obligado del tiempo de privación de libertad efectivamente sufrido a resultas de condena impuesta por un tribunal nacional por hechos que, posteriormente, y en virtud de la excepción prevista en el apartado 2 del art. 10 del Estatuto son objeto de ulterior juicio, y consecuente condena, por el Tribunal Internacional, será acumulable, lógicamente, al tiempo de arresto o detención (art. 19.2 del Estatuto) que la persona sobre la que tal resolución últimamente citada recayera hubiere

podido sufrir. Por otro lado, esta consideración legalmente inexcusable de la parte efectivamente cumplida de la pena impuesta en sede jurisdiccional nacional, surtirá efectos no sólo en el caso de que el “fraude procesal”, o la falta de garantías en que hubiere incurrido la jurisdicción nacional, y que hayan resultado determinantes del ulterior sometimiento a juicio ante el Tribunal Internacional, hubieren tenido por objeto imponer una pena “simbólica” al reo, sino también cuando tal finalidad hubiere sido la de sancionar a éste con pena de mayor gravedad que la que, de ser conocidos los hechos por el Tribunal Internacional, hubiere previsiblemente correspondido a éstos.

Aún cuando en el Estatuto de Nuremberg no se preveía esta posibilidad de abono o compensación de penas, el art. 11 del mismo admitía que por tribunales nacionales, militares o de ocupación, se impusiera a los condenados por el Tribunal Internacional, y por delitos distintos al de haber sido miembro de un grupo o de una organización criminales, una pena independiente o adicional a la impuesta por el Tribunal Militar Internacional; a su vez, el art. 29 del Estatuto de Nuremberg otorgaba al Consejo de Control de Alemania la posibilidad de “en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, pero no aumentar la severidad de ellas”.

C. *Las penas y el reintegro de bienes.*

En cuanto al *sistema penológico* contenido en el Estatuto, conviene hacer ciertas precisiones al respecto.

En primer término, y en cuanto a la *clase o naturaleza* de las penas imponibles, y con pleno respeto al principio de legalidad en su vertiente de legalidad penal, consagrado, “erga omnes”, en el ámbito internacional por el inciso segundo del apartado 2 del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor “tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”, el art. 24 del Estatuto, en su apartado 1, consagra, imperativamente, si bien de modo tácito, la proscripción de la pena de muerte, en consonancia con la línea tradicionalmente mantenida desde hace decenios por los órganos representativos de la comunidad internacional organizada, y, en concreto, por las Resoluciones 2857 (XXVI) y 44/128 (XLIV), ambas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la primera de las cuales califica como objetivo deseable la abolición total de la pena capital, el Protocolo núm. 6, al Convenio Europeo para la

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1984 y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 15 de diciembre de 1989 (Doc. S/25704, párrafo 112), ello aún cuando en el Código Penal de la ex-Yugoslavia (86) se preveía la imposición de aquella pena capital por hechos idénticos a algunos de los contemplados en los arts. 2 a 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, si bien siempre en calidad de pena alternativa y jamás como única.

En esta concreta cuestión difiere sustancialmente el Estatuto de 1993 de sus antecedentes tanto de Nuremberg y Tokio, que, con postura maximalista, en sus respectivos arts. 27 y 16 facultaban a los Tribunales en ellos constituidos para imponer a los acusados, una vez convictos, "la pena de muerte o cualquier pena que el mismo Tribunal considerara justa", como de la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, cuyo art. 21 facultaba al Tribunal Penal Internacional para la prevención y represión del terrorismo por ella instituido a aplicar cualquier pena prevista en el derecho interno del Estado que había comparecido ante él o del Estado en que hubiere acaecido el hecho, si bien en caso de concurso de leyes habría de aplicarse la más benigna.

En segundo lugar, y asimismo de forma implícita, se descarta la posibilidad tanto de imposición de *multas o penas pecuniarias* y de *penas privativas de derechos*, como de exigencia de *responsabilidades civiles* o cualquier exacción de tipo pecuniario derivadas del delito, tal y como se desprende de una hermeneusis lógico-sistemática de los apartados 1 y 3 del art. 24 del Estatuto; incluso, ha de considerarse no conforme al Estatuto la imposición o condena en costas de los reos sentenciados, pues una interpretación integradora, que permita cohonestar el texto del aludido art. 24 con el del art. 32, ambos del Estatuto, a tenor del último de los cuales "los gastos del Tribunal Internacional se sufragarán con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas", conduce a concluir que no resulta posible aquella imposición, lo que, asimismo, era obvio que ocurría en los antecedentes de Nuremberg y Tokio (el art. 30 del Estatuto de Nuremberg permitía a los Signatarios imputar los gastos del Tribunal y de los juicios "a los fondos asignados para el Consejo de Control de Alemania").

(86) Arts. 124 a 128, 129, apartado 2 y 129 b), apartado 2.

Aún cuando del análisis del texto de los arts. 27 y 16 de los Estatutos de Nuremberg y Tokio no aparece claramente vedada la posibilidad de imposición de penas pecuniarias o privativas de derechos (la expresión “cualquier pena que el mismo Tribunal considerara justa” podría permitir tal conclusión), es lo cierto, sin embargo, que en las respectivas sentencias de 1 de octubre de 1946 y 12 de noviembre de 1948 no hubo imposición de penas de tal índole.

Por su parte, el apartado 2 del art. 24 del Estatuto recoge el criterio dosimétrico, de obligada consideración por las Salas de Primera Instancia (y, creemos nosotros, por la de Apelaciones, en el supuesto de revocación o modificación de una sentencia de una de las de Primera Instancia, que determine la imposición de pena, siendo de destacar, *negativamente*, lo defectuoso de la redacción empleada por el art. 25, que parece excluir del cumplimiento de los requisitos contenidos en los arts. 23 y 24 a las sentencias de la Sala de Apelaciones, lo que resulta inadmisibile por contrario a la más elemental lógica jurídica) a la hora de la imposición de las penas privativas de libertad (la imperatividad de la frase “deberán tener en cuenta” que utiliza el apartado 2 del art. 24 antedicho, en relación con la obligatoriedad de la motivación del fallo que igualmente exige el último inciso del apartado 2 del precedente art. 23 del Estatuto, permite estimar que los criterios de individualización y proporcionalidad seguidos habrán de ser explicitados, obligatoriamente, en el fallo, debiendo ser considerados al efecto, *preferentemente*, aún cuando no con carácter exclusivo -la frase “factores tales como” permite considerar que los que, a continuación, se hacen constar lo son a título ejemplificativo, tan sólo-, los consistentes en la gravedad del delito y las circunstancias personales del acusado), que permite la graduación de la pena a imponer.

En cuanto a la determinación de la concreta extensión de la pena no creemos que el Tribunal Internacional se encuentre constreñido por “la práctica general de los Tribunales de la ex-Yugoslavia relativa a las penas de prisión”, pues tal práctica sólo es de obligada consideración por las Salas de Primera Instancia en el concreto extremo relativo a la determinación de “las condiciones en que se habrán de *cumplir*” tales penas de privación de libertad, tal y como gramaticalmente resulta de la redacción del apartado 1 del art. 24 del Estatuto. Ello no empece la conveniencia de que los límites, máximo y mínimo, de la pena a imponer hayan de ser los que se preveían en las incriminaciones establecidas en el Derecho Penal positivizado de la ex-Yugoslavia, lo que garantiza el escrupuloso respeto del principio “nulla poena sine lege”, pues esa concreción de los límites má-

ximo y mínimo de la pena señalada a cada figura delictiva sí tiene directa relación con las condiciones en que la misma se habrá de cumplir, al menos genéricamente, pero, evidentemente, cosa distinta es la individualizada fijación, en cada caso, de la concreta pena a imponer, en la que no parece que deba el Tribunal guiarse, al menos obligadamente, con mención en la motivación del fallo, por la práctica jurisprudencial yugoslava (87).

Cual se dijo, otra cosa es la obligatoriedad de apreciación de la práctica de los Tribunales de la ex-Yugoslavia en lo concerniente a las *condiciones de cumplimiento*, es decir, a la normativa penitenciaria en sentido amplio (incluidas aquí las condiciones de otorgamiento de indulto o de conmutación de pena y sistema de otorgamiento de beneficios penitenciarios en sentido amplio), que, en el supuesto previsto en el art. 28 del Estatuto deberán ser decididos por el Presidente del Tribunal Internacional, previa consulta con los Magistrados, “de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”, entre los que pudieran jugar decisivo papel los inspiradores de la práctica judicial interna ex-yugoslava al efecto.

El Estatuto de Nuremberg no fijaba criterio dosimétrico alguno, lo que, obviamente, dejaba al libre arbitrio del Tribunal la elección de cualquier pena de las previstas en el art. 27 del Estatuto de 8 de agosto de 1945, pudiendo imponerla, en consecuencia, en el caso de las privativas de libertad, en cualquier extensión, y sin necesidad de justificar la razón de ésta (el art. 26 de aquel Estatuto sólo obligaba al Tribunal a dar “las razones en que se fundó” la declaración de “la culpabilidad o la inocencia de un acusado”, de modo que la motivación del fallo se restringía, únicamente, a la expresión de las razones que hubieren motivado o fundado el

(87) En contra, cfr. Pigrau Sole, A., ob. cit., pag. 241.

Es digno de tenerse en cuenta, a este respecto, que en el párrafo 11 del Doc. S/25704, se afirma, textualmente, que “para determinar la *duración* de estas” (de las penas de privación de libertad), “las Salas de Primera Instancia deberían recurrir a la práctica general en cuanto a las penas de prisión seguida por los tribunales de la ex-Yugoslavia”; creemos que la omisión en el inciso segundo del apartado 1 del art. 24 del Estatuto de aquella frase y el empleo de la oración “condiciones en que se habrán de cumplir” justifica nuestra postura, aunque se da por supuesto que la determinación de la pena aplicable a cada uno de los tipos comprendidos en los respectivos arts. 2 a 5 del Estatuto (penas que habrán de ser distintas) podrá hacerse en razón de la concreta previsión que, individualizadamente para cada uno de aquellos tipos, se contenía en el Código Penal Yugoslavo, pero sin que ello implique que en la determinación de la pena a imponer en cada caso sujeto a la consideración de las Salas de Primera Instancia hayan éstas de guiarse, obligatoriamente, por la práctica judicial ex-yugoslava, y no por los criterios dosimétricos señalados en el apartado 2 del art. 24 del Estatuto.

juicio de culpabilidad o inocencia), y permitiéndose, tan sólo, una vez firme y ejecutoria la pena eventualmente impuesta, que el Kontrollratsgesetz pudiera "en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, pero no aumentar la severidad de ellas" (art. 29 del Estatuto de Nuremberg).

Finalmente, se consagra en el apartado 3 del art. 24 del Estatuto de 1993 la posibilidad de que, en caso de dictar sentencia condenatoria, las Salas de Primera Instancia del Tribunal Internacional, de manera facultativa ("podrán"), ordenen "la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos, incluida la coacción". Aún cuando no se prevé, cual se ha dicho, un pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, esta opcional atribución de que goza el Tribunal Internacional para ordenar el reintegro a sus propietarios legítimos de bienes, entendidos en el más amplio sentido (la locución "ingresos", interpretada en sentido amplio, trata de prevenir que, a más de las cosas, muebles o inmuebles, subsumibles bajo el sustantivo "bienes", se incluya entre los objetos sobre los que pudiera haber recaído la acción típica el dinero metálico, valores, efectos o cualesquiera cosas susceptibles de apropiación y de producir un enriquecimiento del sujeto activo), respecto a los que el agente hubiere obtenido la efectiva posesión penal, es homologable a aquel pronunciamiento.

Con independencia de que no se diga expresamente, y frente a la tesis según la cual esta devolución implicará una restitutio in integrum, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, debiendo aplicarse, por analogía, a esta cuestión los principios al efecto previstos para el comportamiento ilícito de los Estados por el derecho internacional, debiendo la reparación, en la medida de lo posible, cubrir todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación previsible en el caso de que no hubiera acaecido dicho hecho (88), creemos que la nomofilaxis del apartado 3 del art. 24 del Estatuto, y, especialmente, el significado del término "devolución" por el mismo utilizado (que implica la restitución, en su estado original), restringe la facultad del Tribunal a la entrega, a sus legítimos propietarios, de los bienes, objetos o efectos, de cualquier índole, de que hubieran sido ilícitamente privados, siempre que los mismos hayan sido posteriormente recuperados, de modo que no es posible aquella restitución cuando tales bienes hubieren desaparecido o hubieren sido destrui-

(88) David, E., ob. cit., pags. 593 y 594.

dos; siendo, en consecuencia, requisito indispensable la identidad del objeto restituido y el sustraído, no es posible hablar, a nuestro juicio, de restitución o resarcimiento por el valor de los bienes destruidos, sustraídos y no recuperados, o de los que, de cualquier otro modo, se desconozca su pertenencia, lo que, sin duda alguna, resulta menos acorde con el derecho de las víctimas. Lógicamente, para llegar a tal pronunciamiento en la parte dispositiva de la Sentencia, las Salas de Primera Instancia acordarán la confiscación de los bienes de que se trate para su posterior entrega a sus legítimos propietarios.

A este respecto, consideramos que en el art. 29.2 del Estatuto debió preverse, expresamente, la obligación de los Estados de cooperar con el Tribunal en relación con la confiscación de bienes, traba, comiso o intervención de fondos, a efectos de posibilitar aquella devolución a sus legítimos propietarios, si bien el carácter no tasado de las medidas que se contienen en dicho precepto permitirá, por lógica, entender incluida tal obligación en la genérica de cooperación.

Expresamente, se prevé, por último, la devolución de los bienes adquiridos ilícitamente mediante coacción (89), lo que, sin duda, trata dar reparadora respuesta a una de las variantes o consecuencias (si bien en su forma más benigna, dadas las modalidades, auténticamente inauditas por su execrabilidad, que esta odiosa práctica ha adoptado en el conflicto yugoslavo) de la llamada “depuración étnica”, pues considerando que en tal

(89) Doc. S/25704, párrafo 114; recuerda, a este respecto, el Secretario General que en la Resolución 779 (1992), de 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad, “sumamente alarmado por los constantes informes sobre la “depuración étnica”... y sobre la expulsión forzada de civiles y la privación de sus derechos de residencia y propiedad”, hizo suyos los principios de que todas las declaraciones o compromisos hechos bajo coacción, sobre todo los relativos a la tierra y los bienes, son totalmente nulos y carentes de validez. En concreto, el párrafo dispositivo 2 de la Resolución 779 (1992), de 6 de octubre de 1992, afirma que el Consejo de Seguridad “hace suyos los principios acordados por los Presidentes de la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) el 30 de septiembre de 1992 en el sentido de que todas las declaraciones o compromisos hechos bajo coacción, sobre todo los relativos a la tierra y los bienes, son totalmente nulos y carentes de validez y que todas las personas desplazadas tienen el derecho a regresar en paz a sus antiguos hogares”.

En relación con la Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, del Consejo de Seguridad, Moreau Defarges, P. (“L’Organisation des Nations Unies et le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”, *Politique Etrangère*, núm. 3, automne 1993, pag. 670), afirma que la condena, en ella, de la “depuración étnica” expresa una reacción de la comunidad internacional reveladora de “los esfuerzos de clarificación, de elaboración de una doctrina, de definición de procedimientos...”, en lo concerniente a la reelaboración de la noción del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

práctica subyace una política seguida por las Partes en el conflicto, la depuración y el traslado forzoso fuera del territorio ocupado de la población autóctona étnicamente distinta de aquella otra sobre la que o en base a la cual pretenda realizarse la homogeneización, pueden camuflarse so capa de voluntaria emigración simulando una normal, por voluntaria y libre, transferencia, onerosa o gratuita, de propiedades, que justifique el posterior traslado por el ocupante de una parte de su propia población (bien sea la autóctona, o masas de nacionales iure sanguinis que, siendo originarios de otro Estado, sean establecidos en el territorio "depurado", haciéndoles entrega de los predios y demás bienes de que hubiere sido despojada, por aquel tan falaz procedimiento, la población originaria) al territorio ocupado, para su asentamiento en él.

2. Estructura organica.

A tenor del art. 11 del Estatuto, el Tribunal Internacional estará constituido por los siguientes órganos: a) las *Salas*, integradas por dos Salas de *Primera Instancia* y una *Sala de Apelaciones*; b) el *Fiscal*; y, c) una *Secretaría*, que prestará servicios a las Salas y al Fiscal.

El art. 30 del Estatuto regula el carácter, prerrogativas e inmunidades del Tribunal Internacional.

Como consecuencia de la naturaleza de órgano subsidiario, según el art. 29 de la Carta, que se otorga al Tribunal Internacional, resulta lógico corolario que gocen de los privilegios e inmunidades previstos por la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, tanto los Magistrados como el Fiscal y sus funcionarios y el Secretario y los suyos; los Magistrados, el Fiscal y sus funcionarios y el Secretario gozarán de las prerrogativas e inmunidades, exenciones y facilidades que el derecho internacional (y, en concreto, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 -Instrumento de Adhesión de España de 21 de noviembre de 1967; B.O.E. núm. 21, de 24 de enero de 1968-) concede a los enviados diplomáticos, mientras que los funcionarios de la Oficina del Fiscal y de la Secretaría gozarán de las concedidas a los funcionarios de las Naciones Unidas por los arts. V y VII de aquella aludida Convención de 13 de febrero de 1946.

La sede del Tribunal estará en La Haya y los idiomas de trabajo de aquél serán el francés y el inglés (arts. 31 y 33).

a) *Las Salas, sus miembros y constitución de las mismas.*

Del tenor de los arts. 12, 13 y 14 del Estatuto, resulta que las Salas están integradas por once Magistrados independientes, tres de los cuales prestarán servicios en cada una de las Salas de Primera Instancia y cinco en la de Apelaciones.

Los Magistrados serán elegidos, para un período de cuatro años, por la Asamblea General de las Naciones Unidas a partir de una lista presentada por el Consejo de Seguridad de entre personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países respectivos, debiendo tenerse debidamente en cuenta en la composición general de las Salas su experiencia en Derecho Penal, Derecho Internacional e inclusive Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos. Se combinan, en consecuencia, las cualidades, personales (moralidad, imparcialidad e integridad) y profesionales, que habrán de adornar a los miembros del Tribunal, las últimas de las cuales se exigen de manera imperativa (“se tendrá debidamente en cuenta”), debiendo, en lo concerniente a estas, lograrse que, en la composición de cada una de las Salas, se produzca (lo que habrá de tenerse en cuenta, inexcusablemente, por el Presidente del Tribunal Internacional a la hora de asignar a los Magistrados a la Sala de Apelaciones y a las de Primera Instancia, según lo prevenido al efecto en el apartado 3 del art. 14 del Estatuto) una ponderada combinación de los conocimientos y experiencia de sus miembros en las tres específicas disciplinas jurídicas prerreferidas que expresamente se mencionan en el último inciso del apartado 1 del art. 13 del Estatuto.

No podrá haber dos Magistrados de la misma nacionalidad y podrán ser reelegidos. Las condiciones de servicio serán las de los Magistrados del Tribunal Internacional de Justicia.

El proceso de elección de los Magistrados del Tribunal Internacional se regula en el apartado 2 del art. 13 del Estatuto de manera harto pormenorizada, atribuyendo la elección a la Asamblea General de las Naciones Unidas de entre una lista de no menos de veintidos y no más de treinta y tres nombres elaborada por el Consejo de Seguridad teniendo en cuenta las candidaturas propuestas, a invitación del Secretario General, por los

(90) Los once Magistrados fueron elegidos por Decisión 47/328 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de septiembre de 1993, de entre una lista de veintitrés confeccionada por Resolución 857 (1993), de 20 de agosto de 1993, del Consejo de Seguridad.

Estados Miembros y aquellos que mantengan Misiones permanentes de observación en la sede de la Organización (90).

El Tribunal estará constituido de manera *permanente* (91) durante el tiempo que dure su función, lo que, cual quedó dicho, resulta beneficioso en orden a evitar críticas de parcialidad y lograr una línea doctrinal coherente.

La estructuración del Tribunal en Salas de Primera Instancia y de Apelaciones es coherente a la previsión de la posibilidad de interposición de recurso de apelación prevista en el art. 25.

Una vez elegido el Presidente, y tras consultar con los Magistrados del Tribunal Internacional, asignará a los Magistrados a la Sala de Apelaciones y a las Salas de Primera Instancia, desempeñando cada Magistrado sus funciones únicamente en la Sala a que haya sido asignado; los Magistrados de cada Sala de Primera Instancia elegirán a un Presidente de la misma.

Las condiciones de servicio de los Magistrados se equiparan a las de los del Tribunal Internacional de Justicia (art. 13.4).

Para el supuesto de que, tras la constitución del Tribunal, se produzca una vacante en las Salas, el apartado 3 del art. 13 atribuye al Secretario General de las Naciones Unidas la facultad de designar a una persona para el resto del mandato de que se trate, siempre que reúna las condiciones requeridas para los Magistrados señaladas en el apartado 1, y previa consulta con los Presidentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General; tal vez se acentúe aquí la evidencia del desequilibrio de poderes, en perjuicio de la Asamblea General (que carece de cualquier intervención en este supuesto), que es causa de la crisis del sistema instaurado en la Carta de las Naciones Unidas (92).

b) *El Fiscal y su Oficina.*

Se trata de un órgano independiente, encargado de la dirección de la investigación y de la acusación, y a tal efecto no solicitará ni recibirá instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna otra fuente.

Será designado, por un período de cuatro años, por el Consejo de Seguridad a propuesta del Secretario General, y podrá ser reelegido. Deberá ser de una moral intachable y poseer el más alto nivel de competencia y experiencia en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales.

(91) Se constituyó en La Haya el 17 de noviembre de 1993.

(92) Cfr. sobre la cuestión, Pigrau Sole, A., ob. cit., pags. 251 y 252.

Sus condiciones de servicio serán las de un Secretario General adjunto de las Naciones Unidas.

Se encargará de la investigación y la acusación de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

La Oficina del Fiscal estará integrada por una unidad de investigación y una unidad de acusación (Doc. S/25704, párrafo 87) y formarán parte de ella un Fiscal y los demás funcionarios calificados que se requieran, que serán nombrados por el Secretario General de las Naciones Unidas por recomendación del Fiscal; estos funcionarios deberán satisfacer criterios rigurosos de experiencia profesional y competencia en la esfera de sus actividades, debiendo, al efecto, buscarse personas que tengan en sus propios países la experiencia apropiada como investigadores, acusadores, abogados de derecho penal, funcionarios encargados de la aplicación de la Ley o expertos médicos, y habida cuenta de la índole de los delitos cometidos y de la sensibilidad de las víctimas de violación y abusos sexuales, deberá otorgarse la debida consideración al empleo de mujeres calificadas (Doc. S/25704, párrafo 88) (93).

c) La Secretaría y sus actividades.

Está encabezada por un Secretario, nombrado, para un período de cuatro años, por el Secretario General de las Naciones Unidas previa consulta con el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, pudiendo ser reelegido. Sus condiciones de trabajo serán las de un Subsecretario General de las Naciones Unidas (art. 17).

Junto a aquél, constituyen la Secretaría los funcionarios nombrados, por su recomendación, por el Secretario General de las Naciones Unidas.

La Secretaría se encargará de la administración y de los servicios del Tribunal Internacional, y entre sus responsabilidades, el Secretario General de las Naciones Unidas (Doc. S/25704, párrafo 90) afirma que se incluyen la información pública y relaciones internas, la preparación de

(93) El Fiscal fue nombrado por el Consejo de Seguridad por Resolución 877 (1993), de 21 de octubre de 1993, recayendo el nombramiento en el venezolano Ramón Escovar Salom, que en febrero de 1994 fue nombrado Ministro del Interior en el Gobierno de su país, por lo que, habiendo presentado aquél la dimisión, el Secretario General de las Naciones Unidas propuso al Consejo de Seguridad, el 8 de julio de 1994, para el cargo de Fiscal del Tribunal al magistrado sudafricano Richard J. Goldstone.

las actas de las sesiones, la prestación de servicio de conferencia, la impresión y publicación de todos los documentos, la labor administrativa, cuestiones presupuestarias y de personal, y, finalmente, la prestación de servicios como canal de comunicaciones con el Tribunal Internacional.

3. *Reglas procedimentales.*

Se contienen en los arts. 18 a 26 del Estatuto, que, en síntesis, establecen las siguientes fases del proceso:

a) El Fiscal iniciará las investigaciones de oficio o sobre la base de la información que haya obtenido de cualquier fuente (en particular de Gobiernos, órganos de las Naciones Unidas, Organizaciones intergubernamentales y Organizaciones no gubernamentales).

Está facultado para interrogar a los sospechosos (que tendrán derecho, en tal acto, a la asistencia letrada, bien designada por ellos o de oficio en caso de carecer de medios y a la traducción necesaria al idioma que hablen y entiendan), las víctimas y los testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones en el lugar de los hechos, pudiendo pedir, para llevar a cabo estas tareas, asistencia a las Autoridades estatales pertinentes.

Si se determinase la existencia de indicios suficientes de criminalidad, el Fiscal preparará el acta de acusación (que contendrá una exposición breve y precisa de los hechos o del delito o delitos que se imputen al acusado con arreglo al Estatuto), acta que será transmitida a un Magistrado de la Sala de Primera Instancia (art. 18).

b) Una vez recibida en la Sala de Primera Instancia respectiva el acta de acusación, el procedimiento a seguir será, sin perjuicio del determinado en el Estatuto, el que en los concretos aspectos no previstos en él, y sobre prueba, haya establecido el propio Tribunal, de acuerdo con la facultad que al efecto le viene conferida por el art. 15 del Estatuto a los Magistrados del mismo para libremente aprobar "reglas sobre procedimiento y sobre prueba que serán aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho y a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y los testigos y a otros asuntos pertinentes" (94).

(94) Las Reglas de procedimiento y prueba han sido adoptadas por el Tribunal Internacional el 11 de febrero de 1994 (Doc. IT/32, de 14 de marzo de 1994). Han sido enmendadas en 5 de mayo y 4 de octubre de 1994 y revisadas el 30 de enero de 1995.

El Magistrado de la Sala de Primera Instancia al que se haya transmitido la acusación la examinará y si determina que el Fiscal ha establecido efectivamente que hay indicios suficientes de criminalidad, confirmará el procesamiento (pudiendo dictar, a solicitud del Fiscal, las resoluciones y órdenes necesarias para el arresto, detención, entrega o remisión de personas); en caso contrario, no habrá lugar a él (art. 19).

En todo caso, y de acuerdo con el tenor del apartado 2 del art. 20 del Estatuto, la persona en contra de la cual se haya confirmado un procesamiento será detenida en virtud de una resolución u orden de arresto del Tribunal Internacional (por las autoridades estatales pertinentes que reciban una petición de asistencia o testimonio de resolución de una Sala de Primera Instancia relativas a la detención de personas o la entrega o traslado de los acusados para ponerlos a su disposición, en los términos señalados en el art. 29.2 d) y e) del Estatuto), se le informará de inmediato de los cargos que se le imputen y será remitida al Tribunal Internacional.

La Sala de Primera Instancia dará lectura a la acusación, se cerciorará de que se respeten los derechos del acusado, confirmará que el acusado entiende la acusación y le dará instrucciones para que conteste a la misma, fijando a continuación la fecha para el juicio.

Las audiencias serán públicas, a menos que la Sala de Primera Instancia decida otra cosa (para protección de víctimas y testigos, como, a continuación, veremos).

La Sala de Primera Instancia velará porque el proceso sea “justo y expeditivo” y porque el juicio se tramite de conformidad con las normas sobre procedimiento y prueba aprobadas por los Magistrados del Tribunal de conformidad con lo señalado en el art. 15, con pleno respeto de los derechos del acusado señalados en el art. 21 y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos (art. 20).

El art. 21 del Estatuto contiene un catálogo de derechos del acusado, que serán los siguientes: a la igualdad (todas las personas serán iguales ante el Tribunal Internacional); a ser oído públicamente y con las debidas garantías; a ser presumido inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; a una serie de garantías mínimas a lo largo de la sustanciación del procedimiento (*ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan; disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección; ser juzgado sin dilaciones indebidas; hallarse presente en el proceso y defenderse perso-*

nalmente o ser asistido por un defensor de su elección; ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que sean éstos interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o no habla el idioma oficial del Tribunal Internacional; y, no ser obligado a declarar contra sí mismo ni confesarse culpable).

El contenido de este art. 21, cuyo antecedente art. 16 del Estatuto de Nuremberg era mucho menos generoso (95), se inspira, casi literalmente, en el texto de los arts. 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (precepto al que el Secretario General -Doc. S/25704, párrafo 106- confiere particular relevancia a estos efectos), 5.2 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y últimos párrafos de los arts. 49 I, 50 II, 129 III y 146 IV, respectivamente, de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, todos ellos en relación con el art. 105 del Convenio III y art. 75.3, 4, 7 y 8 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

En cualquier caso, el derecho a "hallarse presente en el proceso" (art. 21.4 d) del Estatuto) difiere notablemente de la posibilidad señalada en el

(95) En la Parte IV del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, y bajo la rúbrica "Juicio equitativo para los acusados", el art. 16 rezaba así: "A fin de asegurar un juicio equitativo para los acusados, se observará el siguiente procedimiento:

a) El documento de acusación deberá detallar minuciosamente los hechos y antecedentes, especificando en detalle los cargos contra los acusados. A cada acusado se le suministrará, con razonable anticipación al juicio y en un idioma que ellos entiendan, una copia de la acusación y de todos los documentos relacionados con ella.

b) Durante cualquier interrogatorio preliminar o en el curso del juicio de un acusado, tendrá éste derecho a hacer cualquier explicación pertinente a los cargos formulados contra él.

c) Los exámenes o interrogatorios preliminares y el juicio mismo, serán seguidos en un idioma que el acusado entienda, o serán traducidos a dicho idioma.

d) El acusado tendrá derecho a presentar, en el curso del juicio, por sí mismo o por medio de su defensor, todas las pruebas en favor de su defensa, y, también, para repreguntar a cualquier testigo presentado por la acusación".

art. 12 del Estatuto de Nuremberg (96); en el Estatuto de 1993 no se admite la condena "in absentia".

Para la protección de las víctimas y los testigos, determina el art. 22 del Estatuto que podrá el Tribunal adoptar medidas en sus normas sobre procedimiento, entre las que deberán incluirse la celebración de la vista a puerta cerrada y la protección de la identidad de la víctima; incuestionablemente, se trata, sobre todo de garantizar aquella protección en función del especial carácter de los delitos cometidos en la ex-Yugoslavia, sobre todo en caso de violaciones o agresiones sexuales (Doc. S/25704, párrafo 108), además de posibilitar la absoluta libertad en las deposiciones de los testigos, eludiendo cualquier asomo de coacción o amedrentamiento de los mismos e imposibilitando ulteriores represalias.

c) Según el apartado 1 del art. 23 del Estatuto, las Salas de Primera Instancia dictarán fallos e impondrán sentencias (sic.) y penas a las personas condenadas por violaciones graves del derecho internacional humanitario, añadiendo el apartado 2 de dicho precepto que el fallo será dictado por mayoría de los Magistrados que integran la Sala de Primera Instancia y se pronunciará en público; deberá constar por escrito y ser motivado y se le podrán agregar opiniones separadas o disidentes.

Independientemente de lo redundante y defectuosa, en pura técnica jurídica, de la redacción del apartado 1 antedicho, se contienen aquí, incuestionablemente, los requisitos de publicidad y motivación del fallo, así como la no exigibilidad de la unanimidad para llegar a este último, bastando, para ello, la mayoría, lo que, sin duda, favorece la operatividad del Tribunal (97).

La problemática de las penas, sus clases y duración, ha sido anteriormente abordada.

(96) El art. 12 del Estatuto de Nuremberg disponía que: "El Tribunal tendrá derecho a proceder contra una persona ausente acusada de los crímenes señalados en el artículo 6 de esta Carta, si no ha sido encontrada o si el Tribunal por cualquier razón considera necesario, en defensa de los intereses de la justicia, proceder a la audiencia en ausencia del acusado"; a tal efecto, Martin Bormann fue sometido a la jurisdicción del Tribunal en rebeldía y condenado a muerte en rebeldía por incomparecencia como culpable de los Cargos II ("crímenes contra la paz") y IV ("crímenes contra la Humanidad").

No obstante, hay quien estima (cfr., David, E., ob. cit., pags. 589 a 591) que el derecho del acusado a estar presente en el proceso que confiere el Estatuto de 1993 no excluye que se le pueda juzgar en ausencia si ha tenido la posibilidad de ejercer el derecho a asistir al juicio, ello a fin de evitar que pueda el acusado bloquear definitivamente la acción pública rehusando comparecer, pues lo contrario conduce a "un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

(97) El apartado c) del art. 4 del Estatuto de Nuremberg disponía que: "... el Tribunal tomará sus decisiones por mayoría de votos, y en caso de que los votos se dividieran por

d) Según el art. 25 del Estatuto, la Sala de Apelaciones conocerá los recursos de apelación interpuestos por los condenados por las Salas de Primera Instancia o por el Fiscal.

El recurso podrá basarse en los siguientes motivos: error sobre una cuestión de derecho que invalide la decisión, o error de hecho que haya impedido que se haga justicia.

La Sala de Apelaciones podrá confirmar, revocar o modificar las decisiones adoptadas por las Salas de Primera Instancia.

La posibilidad que se confiere de interponer contra la sentencia de instancia recurso de apelación es una garantía judicial fundamental dentro del standard mínimo de las mismas que configura el apartado 5 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prerreferido, considerando el Secretario General (Doc. S/25704, párrafo 116) que "es un elemento fundamental de los derechos civiles y políticos individuales".

El fallo de la Sala de Apelaciones (respecto al que serán aplicables las prescripciones del apartado 2 del art. 23 del Estatuto, aun cuando éste nada exprese al efecto -dictado por la mayoría de los Magistrados que integran dicha Sala, que lo pronunciará en público, deberá constar por escrito y ser motivado, y, lógicamente, podrán agregársele opiniones separadas o disidentes-) será definitivo (Doc. S/25704, párrafo 118), produciendo el efecto de cosa juzgada formal y material (98); asimismo, y como quedó dicho, las penas que, por revocación o modificación de una sentencia de

igual, el voto del Presidente será decisivo, entendido siempre que los fallos y sentencias sólo serán pronunciados con el voto afirmativo de por lo menos tres miembros del Tribunal".

Respecto a la exigencia de motivación del fallo, ésta ha de referirse a las razones que justifiquen el fundamento psicológico de convicción del Tribunal en orden a la determinación de los hechos probados, valoración de la prueba, fijación de la participación, tipificación de los hechos y circunstancias de antijuridicidad y culpabilidad, pero no abarca esta referencia del art. 23.2 del Estatuto los factores determinantes del criterio dosimétrico de la pena privativa de libertad que, en su caso, se imponga, que se contemplan en el art. 24.2 siguiente, como anteriormente se señaló.

Lógico corolario de la no exigencia de unanimidad, es la posibilidad de que los discrepantes salven su opinión a través de la formulación del oportuno voto particular, si bien en el Doc. 25266 (pag. 32), de 10 de febrero de 1993 (Carta dirigida por el Representante permanente de Francia ante las Naciones Unidas al Presidente del Consejo de Seguridad), se expresaba la opinión contraria a la posibilidad de la admisión de opiniones disidentes o separadas.

(98) A diferencia de lo que se preveía en el Estatuto del I.M.T.F.E. (que, cual se dijo, preveía la posibilidad de apelación al Tribunal Supremo norteamericano), el art. 26 del Estatuto de Nuremberg disponía que "la sentencia del Tribunal... será definitiva y no sujeta a revisión".

una Sala de Primera Instancia, pudiera imponer la de Apelaciones estarán sujetas a lo que, para las de las Salas de aquella clase primeramente aludida, determina el art. 24 del Estatuto.

e) Se prevé, finalmente, en el art. 26 del Estatuto, la posibilidad de un recurso extraordinario de revisión para el supuesto de que por el condenado o el Fiscal se interese del Tribunal Internacional una revisión del fallo en caso de que se descubra un hecho nuevo del que no se tuvo conocimiento durante la vista de la causa en las Salas de Primera Instancia o en la Sala de Apelaciones y que hubiera podido influir de manera decisiva en el fallo; aunque el art. 26 guarda silencio al respecto, deberá ser, lógicamente, la Sala de Apelaciones la competente para resolverlo.

4. *Ejecución e indulto o conmutación de las penas.*

Según el art. 27 del Estatuto, las penas de encarcelamiento se cumplirán en un Estado designado por el Tribunal Internacional de entre una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad que están dispuestos a aceptar a los condenados, rigiéndose el encarcelamiento por la legislación aplicable del Estado interesado y bajo la supervisión del Tribunal Internacional.

Dada la naturaleza de los delitos de que se trata y el carácter internacional del Tribunal, considera el Secretario General (Doc. S/25704, párrafo 121) que “la ejecución de las sentencias debería tener lugar fuera del territorio de la ex-Yugoslavia”, debiendo, a tal fin, alentarse a los Estados “a que declaren estar dispuestos a encargarse de ejecutar las penas de prisión de acuerdo con sus leyes y procedimientos internos”.

Para convertirse en Estado de cumplimiento, deberán los Estados interesados dirigir una declaración expresa en tal sentido al Consejo de Seguridad, y, a tal efecto, el art. 8 de la Ley Orgánica 15/1994 determina que, en el supuesto de que España llegare a formular aquella declaración, “especificará en la misma que seguirá el procedimiento de prosecución de la pena y que esta no podrá exceder del máximo previsto para las penas privativas de libertad en España”, lo que creemos resulta acorde con lo prevenido en el párrafo segundo de aquél art. 27 del Estatuto que sujeta la forma en que se llevará a cabo el encarcelamiento a la legislación aplicable del Estado de cumplimiento, bajo la supervisión del Tribunal Internacional.

Para el caso de que, conforme a la legislación aplicable del Estado de cumplimiento en que el condenado estuviere extinguiendo la pena de pri-

sión, tuviere éste derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, previene el art. 28 del Estatuto que dicho Estado lo notificará al Tribunal Internacional, cuyo Presidente, previa consulta con los Magistrados, decidirá la cuestión de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del Derecho, por lo que la resolución, en consecuencia, habrá de ser motivada.