

**EL «TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR
LOS CRÍMENES COMETIDOS EN LA EX YUGOSLAVIA»
Y LA SANCIÓN INTERNACIONAL DE LOS CRÍMENES
CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD**

por ROSARIO HUESA VINAIXA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO
 1. **Condiciones técnico-formales de la responsabilidad penal y peculiaridades de su realización en el Derecho internacional**
 2. **Evolución de la práctica internacional**
 - A) *Tipificación de los delitos o crímenes internacionales cometidos por individuos*
 - a) Tipificación convencional y delitos «propriadamente internacionales»
 - b) Las conductas tipificadas como delitos o crímenes internacionales
 - B) *Establecimiento y definición de la sanción penal*
 - C) *Jurisdicción competente*
 3. **Estadio actual del proceso de codificación de la materia**
 - A) *El proyecto de código de la Comisión de Derecho Internacional sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*
 - B) *El proyecto de Estatuto del Tribunal penal internacional*
- III. EL TRIBUNAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA COMO JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL: CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN
 1. **Instrumento de creación y fundamento jurídico de la misma**
 2. **La organización interna del Tribunal según su Estatuto**
 3. **La constitución del Tribunal y su entrada en funcionamiento**
- IV. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL. DERECHO APLICABLE Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD
 1. **Competencia del Tribunal**
 - A) *Competencia ratióne materiae y Derecho aplicable al enjuiciamiento de los crímenes*
 - B) *Competencia ratióne personae*
 - C) *Competencia ratióne loci y ratióne temporis*
 2. **El contenido de la responsabilidad penal. Establecimiento y gradación de las penas**
- V. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL Y LAS GARANTÍAS PROCESALES
 1. **Fases del procedimiento y garantías para los procesados, víctimas y testigos**

2. **Apelación y revisión de las sentencias**
3. **Concurrencia de jurisdicciones y principio *non bis in idem***

VI. LA EFICACIA DEL TRIBUNAL

1. **La necesaria cooperación de los Estados a lo largo del procedimiento.**
2. **La ejecución de las sentencias del Tribunal**
3. **Referencia a las medidas adoptadas por el Estado español**

VII. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

La decisión adoptada el 22 de febrero de 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [Res. 808 (1993)] en relación con la creación de un Tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia¹ constituye un paso importante en el paulatino proceso de implicación del Derecho internacional en la prevención y represión de conductas llevadas a cabo por individuos y consideradas atentatorias contra intereses de la comunidad internacional en su conjunto. Históricamente, no es la primera vez que se crea un Tribunal internacional para enjuiciar conductas llevadas a cabo por individuos en tiempo de guerra: los precedentes de Núremberg y de Tokio, y la abundante literatura jurídica y no jurídica que su funcionamiento y consecuencias ha suscitado, recobran actualidad al abordar la problemática de la creación de un Tribunal semejante para el conflicto yugoslavo. Pero las diferentes circunstancias histórico-políticas y los casi cincuenta años transcurridos entre ambos hitos no han dejado de tener —como veremos— su incidencia sobre el entorno jurídico en que surge el nuevo Tribunal y sobre sus propias características.

En el acto solemne de su constitución, el día 17 de noviembre de 1993, el Secretario general de las Naciones Unidas señaló que el nuevo organismo constituye «una de las respuestas de la nueva diplomacia de la democracia y los derechos humanos, cuya eficacia es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo», y afirmó que «la comunidad internacional, a través de la ONU, ha confirmado su doble determinación de no tolerar los asesinatos masivos o la limpieza étnica ni la violación sistemática de mujeres, y de obligar a los responsables de estas acciones a rendir cuentas ante un tribunal de las naciones»². Tal y como afirma el Secretario general, la implicación de la comunidad internacional, informada y alertada por los medios de comunicación, parece encontrarse en la base de la creación del Tribunal, especialmente si se tiene en cuenta la ubicación del conflicto, en pleno corazón de Europa, y la incapacidad de las potencias occidentales para atajarlo.

Simultáneamente, la idea de la creación de un Tribunal internacional penal encontraba ya su caldo de cultivo idóneo en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) encaminados a la elaboración de un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Como veremos más adelante³, el relator especial vinculaba la eficacia de un tal Código a la existencia de una ju-

¹ Resolución 808 (1993), aprobada por el Consejo en su 3.175.ª sesión. Literalmente, el Consejo de Seguridad «[d]ecide que se establezca un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en la ex Yugoslavia desde 1991» (punto 1).

² *El País*, jueves 18 de noviembre de 1993, p. 4.

³ Vid. *infra*, I.3.B).

jurisdicción internacional permanente competente para enjuiciar a los individuos presuntamente responsables de dichos crímenes. Los acontecimientos en territorio de la antigua Yugoslavia pusieron en evidencia los inconvenientes derivados de la inexistencia de aquella jurisdicción, y contribuyeron a acrecentar el interés de la Asamblea General de las Naciones Unidas acerca de los trabajos de la CDI sobre este punto. En esta dinámica, el impacto producido en la opinión pública mundial, y también en medios jurídicos y políticos, por las atrocidades cometidas con ocasión de la guerra civil ruandesa no ha hecho sino aumentar la urgencia que reviste en el orden internacional contemporáneo la eliminación de esta insuficiencia de su sistema jurídico.

En la espera, y con independencia del juicio que pueda merecer la eventual proliferación de tribunales internacionales especiales o *ad hoc*, la siguiente exposición intenta incardinar analíticamente la configuración del nuevo Tribunal para la antigua Yugoslavia en el imperfecto y evolutivo sistema penal internacional, efectuando en primer lugar una descripción del mismo tal como se encuentra en su actual estadio de desarrollo (Parte II), para continuar con el estudio pormenorizado de las características del Tribunal y de los problemas que plantea su entrada en funcionamiento a la luz de aquella evolución (Partes III a VI).

II. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

Habida cuenta de la naturaleza esencialmente interestatal de las relaciones que regula, el ordenamiento jurídico internacional no cuenta —todavía— con un cuerpo normativo que tenga por objeto el origen, contenido y realización de la responsabilidad penal del individuo. Consiguientemente, no encontramos en la teoría general del Derecho internacional público un sistema acabado y coherente de responsabilidad penal y, como veremos, la aplicación de los principios generales informadores de dicha responsabilidad en los ordenamientos internos presenta importantes peculiaridades en el ámbito internacional. Sin embargo, la evolución reciente, tanto de la práctica estatal como de las tareas de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, muestra una tendencia acelerada a la configuración de un sistema penal propiamente internacional.

1. Condiciones técnico-formales de la responsabilidad penal y peculiaridades de su realización en el Derecho internacional

Tres son las condiciones básicas que debe reunir todo sistema acabado de responsabilidad penal. La primera, la definición del *origen* de dicha responsabilidad o, lo que es lo mismo, la descripción de las conductas cuya realización acarrea dicha responsabilidad. Es lo que en términos normativos se conoce como *tipificación* de determinados comportamientos como infracciones jurídicas. La segunda condición consiste en el establecimiento del *contenido* de la responsabilidad, en otras palabras, la fijación de las consecuencias derivadas de la comisión de las acciones tipificadas jurídicamente. Más en concreto, la asignación y descripción de las sanciones penales correspondien-

tes a la realización de aquéllas. Finalmente, la tercera condición consiste en la existencia de los mecanismos apropiados para determinar, llegado el caso, el surgimiento de responsabilidad penal y su contenido, así como para garantizar la efectividad de la sanción impuesta; es decir, básicamente, la existencia de una *jurisdicción penal* competente para hacer efectiva la legalidad en materia de responsabilidad⁴.

Lógicamente, y en aras de la seguridad jurídica, tales condiciones han de reunirse con carácter previo a la realización de las conductas susceptibles de hacer surgir la responsabilidad penal. En los ordenamientos internos basados en el respeto a los principios democráticos, el constitucionalismo moderno ha consagrado esta regla, en torno al denominado «*principio de legalidad*» como una de las garantías básicas de los derechos fundamentales de la persona en contra de la arbitrariedad de los poderes públicos. Bajo la égida del *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, los Derechos estatales han procedido a la codificación de sus sistemas de responsabilidad penal, tipificando conductas como delictivas y asignándoles las correspondientes penas. Asimismo, la organización política del Estado moderno tiende a garantizar la existencia de un sistema jurisdiccional permanente y objetivo, encargado de velar por la eficacia de la legalidad vigente.

La institución jurisdiccional personaliza, efectivamente, en los ordenamientos internos, a la colectividad social, en nombre de la cual actúa y cuyos intereses más esenciales el sistema penal tiende a proteger. De este modo, la relación de responsabilidad penal se establece entre, de una parte, el poder público institucionalizado y constitucionalmente investido de la correspondiente competencia y, de otra parte, el individuo (destinatario de la norma) autor de la conducta tipificada. Pero, en el ámbito internacional, en que las relaciones de responsabilidad han venido involucrando, tradicionalmente y por principio, sólo a Estados (el Estado lesionado y el Estado autor de la conducta lesiva), el establecimiento de una relación directa de responsabilidad penal constituye, en el actual estadio de evolución jurídica, una operación técnica hartamente difícil. En efecto, una tal relación ha de plantearse necesariamente entre dos sujetos cuanto menos «incierto» del Derecho internacional: por un lado, la «comunidad internacional», expresión que alude a la colectividad social internacional, cuyos intereses tendería a proteger un hipotético sistema penal internacional, pero carente todavía hoy de una definición jurídica suficiente de tales intereses y —lo que es más problemático— de una personificación jurídica que le permita comparecer como tal sujeto de responsabilidad activa; por el otro, el individuo, sólo con carácter excepcional destinatario de las normas internacionales.

No obstante, tanto la evolución de la práctica internacional hasta el momento como las tendencias de la labor codificadora de la CDI dan muestras, como ya hemos

⁴ A estas condiciones técnicas (y a su ausencia en Derecho internacional) se viene refiriendo también tradicionalmente la doctrina internacionalista. Vid., *ad ex.* L. CAVARE, «L'idée de sanction et sa mise en oeuvre en Droit international public», *RGDIP*, vol. XLIX, 1937, p. 421: «Cette conception courante des Sanctions pénales suppose réunies un certain nombre de conditions techniques: la définition des infractions, l'existence d'une juridiction pénale et la précision des peines.» Quizá sea innecesario recordar que en torno a estas tres condiciones ha estructurado también la CDI sus trabajos de codificación sobre la responsabilidad de los Estados.

apuntado, de una apertura y adaptación progresivas del sistema jurídico internacional a las exigencias de la responsabilidad penal internacional.

2. Evolución de la práctica internacional

En el ámbito de la práctica pueden hallarse indicios dispersos de la aceptación, por parte de los Estados, de la existencia de una responsabilidad penal internacional de los individuos. El análisis de tales indicios puede estructurarse precisamente en torno a las tres condiciones técnicas anteriormente aludidas: la tipificación penal de conductas llevadas a cabo por personas físicas; el establecimiento y definición internacionales de la correspondiente sanción penal; y, finalmente, la determinación o creación internacional de la jurisdicción penal competente.

A) *Tipificación de los delitos o crímenes internacionales cometidos por individuos*

La calificación de ciertas conductas llevadas a cabo por individuos como contrarias al Derecho de gentes (*delicta iuris gentium*) no es un fenómeno desconocido en el orden jurídico internacional. Ya en el Derecho internacional llamado «clásico» ostentan, con carácter consuetudinario, esa consideración conductas susceptibles de tener graves repercusiones en el ámbito de las relaciones internacionales, como por ejemplo los atentados contra jefes de Estado extranjeros o agentes diplomáticos o, por consideraciones de orden moral, como las transgresiones al Derecho de los conflictos armados (*ius in bello*). Con el transcurso del tiempo y la generalización del instrumento convencional, nuevas conductas individuales en los más diversos sectores de actividad son descritas en instrumentos internacionales como merecedoras de una sanción penal. Así, en los años que circundan la transición del siglo XIX al XX se encuentran ya ejemplos de tipificación internacional de conductas de la más variada índole, tanto por razón de su gravedad como por razón de la naturaleza del interés protegido: sanitario, económico (Reglamentos emanados de las Comisiones fluviales, Convenios sobre cables submarinos...) ⁵ o humanitario (Convenio de 4 de abril de 1910 sobre la prohibición de la trata de blancas).

a) *Tipificación convencional y delitos «propiamente internacionales»*

En la actualidad, el convenio es, efectivamente, el instrumento por excelencia de la tipificación penal internacional, pero también hay que decir que, estrictamente hablando, no todos los tipos delictivos contenidos en tratados internacionales remiten

⁵ CAVARE (*loc. cit.*, pp. 421-422) se refiere a algunos de estos Convenios de principios de siglo.

a delitos o crímenes *internacionales en sentido propio*⁶. Tendrían ese efecto exclusivamente aquellos que tienden a la protección de intereses de la comunidad internacional en su conjunto, en tanto que —utilizando la terminología penalista— «bienes jurídicamente protegidos» por el Derecho internacional, y no los tipos convencionalmente establecidos en aras de la protección coordinada, por los Estados parte, de intereses que siguen perteneciendo esencialmente al ámbito de los ordenamientos internos y, por tanto, de los sistemas penales nacionales. La distinción entre ambos tipos penales tiene una proyección clara sobre el propio régimen de responsabilidad, pues la comisión de delitos propiamente internacionales hace surgir la responsabilidad internacional del individuo autor de los mismos, mientras que, en el segundo caso, «si el Estado no dicta las reglas necesarias para la observancia del Derecho internacional habrá un delito internacional del Estado, pero no un delito del individuo»⁷.

Establecida esta distinción resulta más fácil de comprender el diferente efecto que la formulación convencional del tipo penal tiene en uno y otro caso. En el primero, no dejaría de resultar paradójica la naturaleza convencional de la responsabilidad penal internacional del individuo respecto de delitos que atañen a la comunidad internacional en su conjunto. Es evidente que, en estos casos, la fuente de las normas reguladoras de una tal responsabilidad ha de ser necesariamente de carácter consuetudinario, y sustentarse en la *opinio iuris* generalizada acerca de la prohibición por el Derecho internacional de ciertas conductas especialmente lesivas o inaceptables. Ello sin perjuicio de que la versión convencional de tales normas coadyuve, indudablemente, a fijar sus términos y dotarlas de la certeza de que carece el Derecho no escrito, cuando no a su cristalización o surgimiento como normas de carácter general en los casos en que aún no se ha consolidado su vigencia en este ámbito.

En el segundo caso, queda claro que el alcance de la tipificación penal se circunscribe al ámbito del convenio que la contiene y de los compromisos en su virtud contraídos por los Estados partes. Se trata, pues, de una *tipificación internacional a efectos internos*. Por tanto, no puede hablarse de delitos internacionales propiamente dichos, sin perjuicio de un posible efecto cristalizador o generador de normas consuetudinarias derivado de su tipificación convencional.

⁶ Es la expresión empleada, entre otros, por J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, en el capítulo dedicado a la responsabilidad internacional del individuo (pp. 217 ss.). Por lo demás, la distinción viene siendo reconocida por la doctrina penal e internacional. Vid., *ad ex.*, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, t. I, CSIC, Madrid, 1955, pássim, quien distingue entre «delitos de orden interno con trascendencia internacional», «delitos de fuente internacional en vía acordada» y «delitos internacionales propiamente dichos». Dicha clasificación ha sustentado también la distinción entre el *Derecho penal internacional* y el *Derecho internacional penal*, quedando reservada esta última denominación exclusivamente al conjunto de normas relativas a los delitos internacionales propiamente dichos (ibídem; vid. también, del mismo autor, «Dogmática, sistemática y metodología del Derecho internacional penal», *REDI*, 1951, vol. III, pp. 978 ss.).

⁷ M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La responsabilidad internacional del individuo», en el Cap. XXXIX de M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho internacional público*, t. I, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 665, citando a R. QUADRI, «Cours général de Droit international public», *RCADI*, t. 113, 1964-III, p. 400.

b) Las conductas tipificadas como delitos o crímenes internacionales

— Mención especial merecen, en cuanto atañe a la responsabilidad penal internacional del individuo, las llamadas tradicionalmente «Leyes y costumbres de la guerra» (*ius in bello*), de origen consuetudinario y recogidas y actualizadas progresivamente en diferentes instrumentos convencionales. Entre éstos hay que mencionar, en primer lugar, los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Pero, fundamentalmente, es en el «Estatuto del Tribunal de Núremberg», anejo al «Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 para el procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra del Eje», donde se contiene una tipificación internacional pura (es decir, a efectos internacionales, o a los fines del surgimiento de una responsabilidad penal *internacional*). Con vistas a delimitar la competencia del Tribunal, el Estatuto describe las conductas que serán objeto de enjuiciamiento: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, así como la conspiración para la comisión de tales crímenes⁸. Sin perjuicio de la naturaleza convencional —y claramente *ad hoc*— de esta tipificación, parece incuestionable su ulterior aceptación generalizada como definición actualizada de conductas de especial gravedad prohibidas por el Derecho internacional⁹, con el impulso de la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946 y de los llamados «Principios de Núremberg», aprobados por la CDI en julio de 1950¹⁰.

Pero son, sin duda, los *Convenios de Ginebra* de 1949 (complementados por los Protocolos de 1977), máximo exponente del Derecho humanitario bélico en la actualidad, los que ofrecen la tipificación más completa de las conductas contrarias a las «leyes y costumbres de la guerra». Y ello con una técnica un tanto peculiar, consistente en la enumeración, a los efectos de su tipificación como punibles, de las infracciones a las disposiciones de los Convenios consideradas de especial gravedad. Así, el primero de ellos, el *Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, tras establecer en su artículo 49 la obligación para las partes de adoptar las medidas pertinentes en orden a la sanción de las infracciones graves al mismo, remite a su definición en el artículo 50, cuyo contenido es el siguiente:

Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o

⁸ Vid. artículo 6.º del Estatuto del Tribunal Internacional Militar, anejo al Acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (UNTS, vol. 82, p. 280).

⁹ Con carácter inmediato al proceso de Núremberg, vid. H. DONNEDIEU DE VABRES, «Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du Droit pénal international», *RCADI*, t. 70, 1947-I, pp. 477-582. Más recientemente, ASIL, «Forty Years After the Nuremberg and Tokyo Tribunals: The Impact of the War Crimes Trials on International and National Law», *Proceedings of the 80 Annual Meeting*, 1986, pp. 56-73.

¹⁰ Vid. *Anuario CDI*, 1950, UN Doc.A/CN.4/22/1950.

bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, la destrucción o apropiación de bienes, no justificada por razones militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.

De manera paralela, los restantes Convenios de Ginebra describen —también de manera no exhaustiva—, como punibles, conductas consistentes en *infracciones graves* a sus disposiciones¹¹.

En cuanto a la vigencia de tales tipos penales en el Derecho consuetudinario vigente —y, por tanto, a su naturaleza de delitos internacionales en sentido propio—, bastará con remitirnos a las afirmaciones efectuadas al respecto por el Tribunal internacional de justicia en su sentencia de 1986 en el asunto Nicaragua-Estados Unidos:

[...] los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo, y en otros sólo la expresión, de dichos principios [generales en los que se funda el Derecho humanitario];

y, más adelante:

La Corte considera que los Estados Unidos tienen la obligación... de «respetar» e incluso de «hacer respetar» dichos Convenios..., dado que tal obligación no deriva sólo de los propios Convenios, sino también de los principios generales de Derecho humanitario de los que los Convenios no son más que su expresión concreta¹².

Por lo demás, puede afirmarse la vigencia, en el Derecho internacional consuetudinario, de la tipificación como punibles de ciertas otras conductas no descritas en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos¹³.

¹¹ Cf. *Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, artículos 50 y 51; *Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra*, artículos 129 y 130; *Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra*, artículos 146 y 147. Sobre la tipificación de conductas contenida en los Protocolos del 77, puede verse J. L. FÉRNANDEZ-FLORES, «La represión de las infracciones del Protocolo II», en Cruz Roja/AIETI/Universidad de Sevilla (eds.), *II Jornadas de Derecho internacional humanitario*, 1989. Sevilla, 1990, pp. 57 ss.

¹² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, ICJ Reports 1986*, § 218 y 220. Sobre el carácter general de los Protocolos, véase J. A. PASTOR RIDRUEJO, «Protocolos de Ginebra de 1977 sobre Derecho internacional humanitario, Derecho internacional general e *ius cogens* internacional», *II Jornadas de Derecho internacional humanitario...*, cit., pp. 69-80.

¹³ Vid, por ejemplo, L. C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester UP, 1993, pp. 50-51, y esp. pp. 290 ss., donde argumenta su afirmación de que «offences against the laws and customs of war, other than those described as grave breaches by the Conventions and Protocol, remain war crimes and punishable as such», para concluir que «[t]he fact that a particular act has not been listed as a war crime or a grave breach does not preclude its being treated as a war crime if it is in breach of any rule of the customary or treaty law of armed conflict» (p. 292).

— Estrechamente vinculados a las llamadas «leyes de la guerra» se encuentran ciertos Convenios en materia de derechos humanos. Es el caso paradigmático del *Convenio de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio* (en un cierto sentido, indisociable de los Convenios de Ginebra), que constituye un ejemplo característico de tipificación penal internacional¹⁴. Ya de entrada, el propio artículo 1.º contiene la confirmación de que

el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional que [las Partes] se comprometen a prevenir y sancionar¹⁵.

A esta calificación como «delito de Derecho internacional» se añade, en el artículo 2.º, la definición del genocidio como

cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

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

Para completar la relación de conductas punibles, el artículo 3.º añade al propio genocidio la asociación para cometerlo, la instigación, la tentativa y la complicidad.

Con técnica no siempre igual de afortunada, pueden encontrarse «criminalizadas» en otros Convenios conductas contrarias a determinados derechos humanos. Por mencionar algunos ejemplos conspicuos, en los siguientes Convenios se contiene, aunque de manera bastante más imperfecta, la tipificación de ciertos comportamientos que vulneran los derechos fundamentales que aquéllos tienden a proteger: el *Convenio de 1966 para la eliminación de todas las formas de discriminación racial*¹⁶; el *Convenio*

¹⁴ Sobre el delito internacional de genocidio y el Convenio de 1948, véase A. MIAJA DE LA MUELA, «El genocidio, delito internacional», *REDI*, 1951, pp. 363-408.

¹⁵ Cursiva mía.

¹⁶ Tras haber definido, en el artículo 1.º, la «discriminación racial», en el artículo 4.º los Estados Partes convienen en que «a) *declararán como acto punible conforme a la ley* toda difusión de ideas basada en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier otra raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) *declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley [...]*» (la cursiva es mía).

de 1973 sobre la eliminación y sanción del crimen de *apartheid*; y el Convenio de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el que, tras haber definido la tortura¹⁷, establece en su artículo 4.º1. que

Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

La diferencia con la técnica de tipificación empleada para el delito de genocidio es clara, ofreciendo la impresión de que los redactores del Convenio no consideraron los actos de tortura como delitos internacionales del individuo en sentido propio y con independencia de las legislaciones internas¹⁸.

— La misma incertidumbre planea sobre la calificación como delitos estrictamente internacionales de ciertos actos de terrorismo o atentados graves contra el medio ambiente tipificados en Convenios internacionales y cuya consolidación en el ámbito consuetudinario general resulta todavía discutible¹⁹.

Como se ha podido apreciar, y excepción hecha del Convenio sobre el genocidio, por regla general la técnica de tipificación empleada en los Convenios no da buena cuenta de la naturaleza, propiamente internacional o no, de los delitos tipificados. Hay que tener en cuenta que el objeto de los Convenios es, precisamente, la tipificación interna de los delitos contemplados. Por ese motivo no constituyen por sí solos, con independencia del análisis del Derecho consuetudinario, un indicio suficiente del carácter estrictamente internacional de aquéllos.

En cualquier caso, la tipificación internacional se complementa en ocasiones con la *calificación* del delito, bien en relación con su gravedad, bien excluyendo su con-

¹⁷ Artículo 1.º: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia [...]»

¹⁸ Véanse las interesantes reflexiones de E. ZOLLER («La définition des crimes contre l'humanité», *JDI*, 3, 1993, pp. 549-568) en torno a la inclusión de los «crímenes contra la humanidad» en el Código penal francés. Sin embargo, por lo que respecta a la responsabilidad internacional del individuo por la violación grave de derechos humanos nos encontraríamos, según algunos, en fase de transición hacia una globalización de la misma: «[...] emergence of rules of individual responsibility for specific human rights violations as they developed over time represents one stage in the emergence of a more comprehensive, more general norm of individual responsibility for serious human rights violations» (L. S. SUNGA, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 168).

¹⁹ Vid, *ad ex*, artículo 1.º del Convenio de La Haya de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; artículo 2 del Convenio de 14 de diciembre de 1973 sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; y el artículo 1.º del Convenio de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes.

sideración como delito político²⁰, o bien declarando su imprescriptibilidad²¹. Esta calificación complementaria tendrá incidencia sobre el régimen de la responsabilidad penal aplicable, en concreto sobre la sanción a imponer y las circunstancias y modalidades de su ejecución.

B) *Establecimiento y definición de la sanción penal*

Si heterogénea e imperfecta resulta la tipificación penal internacional, en el ámbito del establecimiento y determinación de las penas la situación no es mucho más satisfactoria desde el punto de vista técnico. En este punto el Derecho internacional remite indefectiblemente a los ordenamientos nacionales, es decir, a los sistemas penales internos. Así, normalmente se impone a los Estados la obligación genérica de sancionar las conductas internacionalmente tipificadas, imponiendo, como toda exigencia, que las penas sean adecuadas a la gravedad del delito. Por referirnos a algunos de los Convenios anteriormente citados, los *Convenios de Ginebra de 1949* obligan a los Estados a adoptar «todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales»²²; el artículo 5.º del *Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio* establece, por su parte, que

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a *establecer sanciones penales eficaces* para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo 3.º²³.

El *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* dispone, en su artículo 2.º, que

Los Estados contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas.

Finalmente, el *Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas* prevé, en su artículo 2.º 2, que

²⁰ Así, el artículo 7.º, primer párrafo, del *Convenio sobre el genocidio* excluye su calificación de delito político a los efectos de la concesión de la extradición. Por su parte, la *Declaración sobre el asilo territorial* [Res. 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, de la Asamblea general de las Naciones Unidas] excluye el asilo para las personas sospechosas de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

²¹ *Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 26 de noviembre de 1968; *Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*, de 25 de enero de 1974.

²² Cf. artículo 49, primer párrafo, del *Convenio I*; artículo 50, primer párrafo, del *Convenio II*; artículo 129, primer párrafo, del *Convenio III*; y artículo 146, primer párrafo, del *Convenio IV*.

²³ *Cursiva mía*.

Cada Estado Parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

C) *Jurisdicción competente*

También en este aspecto nos encontramos ante una situación que no responde a las exigencias técnicas derivadas de la existencia de delitos o crímenes de Derecho internacional propiamente dichos. La ausencia de un Tribunal penal permanente y con competencias generales ha determinado la remisión convencional a las jurisdicciones penales internas, y sólo con carácter excepcional la creación de Tribunales internacionales especiales. Así pues, la práctica internacional desarrollada hasta el momento en la materia nos permite distinguir tres sistemas a los efectos de hacer efectiva la responsabilidad internacional penal del individuo:

— En primer lugar, la competencia de los Tribunales del *Estado en cuyo territorio se comete el delito*, normalmente con la obligación, para los demás Estados, de extraditar al Estado cuya jurisdicción es competente. El Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio es un ejemplo característico de este sistema, al establecer en su artículo 6.º:

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3.º serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido [...],

y en el art. 7.º 2.º párrafo:

Las Partes contratantes se comprometen [...] a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes²⁴.

— El segundo sistema, más satisfactorio desde el punto de vista técnico, es el de la llamada «jurisdicción universal», basado en el reconocimiento de competencia a los Tribunales *de todos los Estados*, dondequiera que se haya cometido el delito. Aquéllos vendrían así obligados a procesar a los presuntos autores o bien a extraditarlos (principio *aut dedere aut punire*). Los Convenios de Ginebra de 1949 constituyen un ejemplo característico de esta opción:

Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tri-

²⁴ Curiosamente, este sistema venía recogido en el Estatuto de Londres relativo a los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, que reservaba la jurisdicción del Tribunal internacional exclusivamente a los «grandes criminales de guerra».

bunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá 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 suficientes²⁵.

— Por último, la práctica ofrece algunos ejemplos (escasos) en que la jurisdicción se atribuye a Tribunales internacionales. Pero se trata de Tribunales especiales o *ad hoc*, creados específicamente para someter a procesamiento y sanción internacionales ciertos crímenes considerados especialmente graves. Es el caso paradigmático del Tribunal de Núremberg y, ahora, de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

Sin embargo, es evidente que, desde el punto de vista técnico, sólo la existencia de una jurisdicción internacional, de carácter general y permanente es capaz de satisfacer las exigencias derivadas de la tipificación de crímenes auténticamente internacionales, es decir, de la existencia de una auténtica responsabilidad penal internacional del individuo. Una vieja aspiración²⁶ hoy resucitada, como veremos a continuación, al hilo de la codificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

3. Estadio actual del proceso de codificación en la materia

Una de las primeras misiones que la Asamblea General de las Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derecho Internacional en 1947 fue la de formular los principios de Derecho internacional reconocidos en el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg y, sobre esta base, preparar un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Los «principios de Núremberg» quedaron redactados en 1950, a modo de quintaesencia de las consecuencias jurídicas que para la comunidad internacional se habían derivado del enjuiciamiento de los grandes crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. En cambio, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, presentado por la Comisión de Derecho Internacional en 1954, nunca llegó a ver la luz como tal código. La Asamblea General decidió aplazar su examen por considerar cualquier decisión sobre su contenido demasiado vinculada a la definición del concepto de agresión, definición que, como se sabe, no se consiguió hasta 1974, es decir, veinte años después. Para entonces, sobre el proyecto de código elaborado por la CDI planeaba ya el riesgo

²⁵ Artículo 49, segundo párrafo del Convenio I; artículo 50, segundo párrafo, del Convenio II; artículo 129, segundo párrafo, del Convenio III; artículo 146, segundo párrafo, del Convenio IV.

²⁶ Algunos Convenios sobre derechos humanos contienen previsiones relativas a la existencia de un futuro Tribunal internacional. Es el caso del Convenio sobre el genocidio, que, tras haber reconocido en su artículo 6.º la jurisdicción del Estado del territorio, reconoce también alternativamente la de «la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 5.º del Convenio de 1973 sobre la supresión y castigo del crimen de *apartheid*.

de la desactualización, razón por la cual la Asamblea General decidió en 1981 dirigir un nuevo mandato a la Comisión en el sentido de que reanudara su labor procediendo a la revisión de su trabajo, «teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional»²⁷.

Paralelamente, también a finales de los años cuarenta la Asamblea General había dado inicio al proceso de creación de una jurisdicción penal internacional invitando a la Comisión de Derecho Internacional «a examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales»²⁸. Pero, a pesar del informe positivo de la CDI y de la consiguiente creación de dos Comisiones sucesivas al efecto (1951 y 1953), los resultados de su trabajo, en forma de proyecto de estatuto, se vieron también afectados por su vinculación con la definición de la agresión y con el propio código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de manera que su examen por la Asamblea quedó igualmente aplazado hasta que aquéllas hubieran quedado resueltas²⁹. Sin embargo, cuando en 1981 la Asamblea General decide reanudar los trabajos de codificación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad no menciona el establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Fue la propia CDI quien suscitó la cuestión al reiniciar dichos trabajos en 1983³⁰, ante el aparente desinterés de la Asamblea, que —como veremos más adelante— no reaccionó de manera decidida sobre la cuestión hasta 1992.

Ambos proyectos siguen, pues, cursos separados, sin perjuicio de su estrecha vinculación material, de la que la CDI es bien consciente.

A) *El proyecto de código de la Comisión de Derecho Internacional sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*

Como se ha dicho, desde 1983 la Comisión se encuentra inmersa de nuevo en el trabajo de codificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, trabajo que ha conducido, en 1991, a la aprobación en primera lectura del pro-

²⁷ Resolución 36/106 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1981. Puede verse una evolución más detallada, por ejemplo en NU; *Anuario CDI*, 1990, vol. II, 2.ª parte, pp. 11 ss.

²⁸ Recuérdese que el Convenio sobre el genocidio ya contemplaba la posible creación de un tal órgano en su artículo 6.º (vid. *supra* nota 26). En su Resolución, la Asamblea llegaba a plantearse incluso «la posibilidad de crear una Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia» [Res. 260 B (III), de 9 de diciembre de 1948].

²⁹ Para una evolución de los trabajos relativos a la creación de una jurisdicción penal internacional en las Naciones Unidas, vid. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones. NU, *Anuario CDI*, 1990, vol. II, 2.ª parte, pp. 22-23.

³⁰ En el informe a la Asamblea sobre su 35.º período de sesiones, la Comisión incluyó el pronunciamiento siguiente: «Como algunos miembros de la Comisión estiman que un código que no vaya acompañado de sanciones y de una jurisdicción criminal competente sería inoperante, la Comisión pide a la Asamblea General que precise si su mandato consiste también en elaborar el estatuto de una jurisdicción criminal internacional competente para los individuos» (*Anuario...*, 1983, vol. II, 2.ª parte, p. 17).

yecto de código y al inicio, en 1994, de la segunda lectura a la luz de las observaciones de los gobiernos.

La Parte II del proyecto está dedicada propiamente a la tipificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la determinación de las penas correspondientes. Como primer dato significativo hay que señalar la ampliación del propio concepto de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, que ha permitido a la Comisión la descripción de doce tipos penales, entre los que, junto a los crímenes internacionales que podrían considerarse clásicos, como los crímenes de guerra o el genocidio, se encuentran otros, como el terrorismo internacional, el tráfico de drogas o los daños intencionados al medio ambiente, que son más bien el fruto de la labor de desarrollo progresivo del Derecho internacional³¹.

La definición de la pena se efectúa en el proyecto de manera conjunta a la del tipo³², con técnica muy frecuente en los Códigos penales internos, entre ellos el español. Hay que señalar, sin embargo, que no le ha resultado tan fácil a la Comisión fijar las sanciones correspondientes a cada uno de los crímenes, habiendo quedado por tanto, en esta primera lectura, indeterminadas³³.

En términos generales, cabe decir que nos hallamos ante un verdadero proyecto de código penal internacional, en la medida en que establece la responsabilidad penal para aquellas conductas que lesionan bienes protegidos por el Derecho internacional (intereses de la comunidad internacional en su conjunto); y también, desde el punto de vista técnico, porque adopta un sistema de tipificación internacional pura, es decir, no condicionada a su incorporación a los ordenamientos nacionales («tipificación internacional a efectos internacionales»)³⁴.

B) *El proyecto de Estatuto del Tribunal penal internacional*

Indudablemente, la eficacia del futuro código está condicionada a la existencia de un Tribunal internacional penal de carácter permanente. Así lo entendía, como

³¹ Del artículo 15 al 26, el proyecto tipifica como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad la agresión, la amenaza de agresión, la intervención, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, el genocidio, el *apartheid*, las violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el reclutamiento, uso, financiación y entrenamiento de mercenarios, el terrorismo internacional, el tráfico ilícito de drogas y los daños intencionados y graves al medio ambiente.

³² El artículo 3.º del proyecto ya establece con carácter general la responsabilidad penal para los autores de un crimen, los inductores o cómplices y quienes lo cometieren en grado de tentativa.

³³ Así, el artículo relativo al primero de los crímenes tipificados en la Parte II (la agresión) se inicia de la manera siguiente: «Un individuo que, como incitador u organizador, planea, cometa u ordene la comisión de un acto de agresión será condenado a [...]» (art. 15.1 del proyecto). El resto de los artículos de la Parte II sigue idéntica fórmula para la tipificación de los crímenes.

³⁴ Aunque incluyendo la expresión entre corchetes, la definición contenida en el artículo 1.º del proyecto refuerza esta premisa: «Los crímenes [de Derecho internacional] definidos en este Código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.» Y, según el artículo 2.º del proyecto, «[I]a caracterización de un acto u omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del Derecho interno. El hecho de que un acto u omisión sea o no punible según el Derecho interno no afecta a dicha caracterización».

hemos señalado más arriba, la propia CDI, que ya en 1988, al elaborar el entonces artículo 4.º (hoy art. 6.º) del proyecto, estableció el principio *aut dedere aut judicare*, pero dejando la puerta abierta a la eventual creación, y consiguiente jurisdicción, de un Tribunal penal internacional³⁵. De hecho, en su octavo informe sobre el proyecto de Código (1990), el relator especial, Sr. Doudou Thiam, optó por añadir a la estructura del proyecto una tercera parte denominada, precisamente, «Estatuto de un Tribunal penal internacional», y en la que, con «carácter preliminar», proponía al resto de los miembros de la Comisión la reflexión sobre una serie de cuestiones básicas con relación al tema³⁶. La conveniencia de plantearse la cuestión en la sesión de 1990 venía avalada también por el hecho de que la Asamblea General había instado a la Comisión a que examinara el tema, en particular (aunque en el marco del proyecto de código) en relación con la jurisdicción sobre el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes³⁷. Sobre estas bases, la CDI acometió de inmediato el estudio de la cuestión con entusiasmo³⁸, creando en 1992 un grupo de trabajo especial al efecto³⁹. Pero los acontecimientos en la antigua Yugoslavia iban a dotar a la cuestión de la jurisdicción penal internacional de un interés todavía más inmediato.

En efecto, en su Resolución 47/33 (1992), y tras haber examinado el informe de la Comisión, la Asamblea General le instó a que otorgase absoluta prioridad a la cuestión, de manera que en 1993 el grupo de trabajo elaboró un proyecto de Estatuto⁴⁰ que ha sido examinado por la Comisión en su sesión de 1994.

III. EL TRIBUNAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA COMO JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL: CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Mediante su Resolución 808 (1993), de 22 de febrero, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas «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». La creación del Tribunal es la respuesta del Consejo de Seguridad a la constatación, basada en los informes por él encargados⁴¹, de la comisión de

³⁵ En la versión del proyecto aprobada en primera lectura, el artículo 6.º va acompañado de una nota que advierte: «Este artículo será revisado si se establece un tribunal penal internacional.»

³⁶ Doc. A/CN.4/430, *Anuario CDI*, 1990, vol. II, 1.ª parte, pp. 38 ss.

³⁷ Resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989.

³⁸ Vid. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones. *Anuario CDI*, 1990, vol. II, 2.ª parte, pp. 11 ss., esp. 21 ss.

³⁹ Vid. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones. *Anuario CDI*, 1992, pp. 152 ss. Pueden verse los comentarios acerca de la labor de la Comisión sobre el tema, de J. DEHAUSSY, en *AJIL*, 1992, pp. 739 ss.

⁴⁰ Pueden verse los comentarios al mismo del profesor J. CRAWFORD, miembro de la Comisión y del grupo de trabajo, en *AJIL*, 1994, n.º 1, pp. 140-152.

⁴¹ En su Resolución 780 (1992) de 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad había encargado al Secretario general que constituyera una Comisión imparcial de expertos para examinar y analizar to-

«violaciones generalizadas del Derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia, con inclusión de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de la “depuración étnica”», una situación que califica como «amenaza a la paz y la seguridad internacionales». Mediante la creación del Tribunal, el Consejo pretende conseguir el objetivo de «poner fin a estos crímenes» y «tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables», así como contribuir «al restablecimiento y mantenimiento de la paz»⁴². A tal fin, el Consejo decidió, aprobando lo propuesto en su informe por el Secretario general, crear directamente el Tribunal mediante su Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, a la vez que aprobaba su Estatuto tal y como había sido elaborado por el Secretario general⁴³.

En dicho Estatuto, tras otorgar al Tribunal competencia para «juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991» (art. 1.º), se le faculta para dictar sentencias e imponer penas y sanciones a las personas convictas de tales violaciones (art. 23). No es éste, desde luego, el primer Tribunal internacional al que se encomienda una misión de tal naturaleza. Los precedentes, relativamente cercanos, de los Tribunales de Núremberg y de Tokio, constituidos con el fin de enjuiciar y sancionar los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, acuden a la mente de todos cuando se abordan las características y objetivos del nuevo Tribunal. Pero también afloran, inevitablemente, los problemas jurídicos que, en aquella ocasión, se plantearon y que, en buena medida, siguen irresueltos. Siguiendo el esquema trazado en la primera parte, abordaremos, pues, la jurisdicción del Tribunal desde la perspectiva de su competencia material (conductas tipificadas por el Derecho internacional que está facultado para enjuiciar) y de la definición y establecimiento de las sanciones penales aplicables, pero antes aludiremos a las cuestiones relativas a su creación, organización y constitución.

da la información existente sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del Derecho internacional humanitario en territorio de la antigua Yugoslavia. El informe provisional de dicha Comisión de expertos se presentó al Consejo el 9 de febrero de 1993 (Doc. S/25274), y en ella se confirma la comisión de dichas violaciones.

⁴² Vid. el preámbulo de la citada Resolución 808 (1993).

⁴³ En el «Informe del Secretario general sobre el establecimiento de un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de las personas responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia» (NU, Doc. S/25704, 3 de mayo de 1993), el Secretario general manifestaba la convicción de que «el Tribunal internacional debería ser creado por decisión del Consejo de Seguridad» (p. 8) a la par que presentaba un proyecto de Estatuto. Tanto el Informe del Secretario general como la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad pueden consultarse en 32 *ILM*, 1559 (1993). El Estatuto puede consultarse también en *RGDIP*, 1993, n.º 2, pp. 552 ss. Resolución y Estatuto vienen publicados también en el *BOE* de 24 de noviembre de 1993, pp. 33001 ss. En cuanto al contexto y las iniciativas encaminadas a la elaboración del Estatuto, vid. A. PELLET, «Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?», *RGDIP*, 1994, n.º 1, pp. 12-25.

1. Instrumento de creación y fundamento jurídico de la misma

En las referencias a la paz y la seguridad internacionales contenidas en la mencionadas Resoluciones 808 y 827 hay que ver, fundamentalmente, una invocación al fundamento jurídico de la decisión del Consejo de Seguridad, en tanto en cuanto la garantía de aquéllas sería el objetivo —en cualquier caso, mediato— de la creación del Tribunal para la antigua Yugoslavia. En general, no se ha discutido frontalmente la competencia del Consejo para adoptar una tal decisión⁴⁴, pero quizá, en tanto que cuestión previa desde el punto de vista jurídico-formal, merezca siquiera sea un breve comentario. Es sabido que el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas encomienda al Consejo de Seguridad la misión de determinar «la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión», consecuencia de lo cual «hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas, de conformidad con los artículos 41 y 42, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales» (art. 39). La calificación, efectuada en la Resolución 808, de la situación de violación generalizada del Derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales constituye, por parte del Consejo de Seguridad —aunque no lo invoque expresamente—, una remisión clara al Capítulo VII de la Carta («Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión») en tanto que fundamento jurídico de su decisión. Dicho fundamento jurídico queda expresamente confirmado por la Resolución de creación (827)⁴⁵.

La primera dificultad respecto de la invocación —implícita o expresa— del Capítulo VII como marco jurídico de las Resoluciones por las que «se decide que se establezca» y «se decide establecer» el Tribunal se cierne sobre su consideración como «medida coercitiva», consideración a la que en principio nos abocaría una interpretación estricta del objeto del Capítulo VII y, en concreto, de la mencionada remisión efectuada por el artículo 39 a los artículos 41 y 42 de la Carta. Como es obvio que no se trata de una medida que implique el uso de la fuerza, sólo en el artículo 41 podría encontrarse la requerida cobertura jurídica:

El Consejo de Seguridad —recordemos su tenor literal— podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las

⁴⁴ Sí se han señalado, en cambio, con buen criterio, algunas dificultades que plantea la creación del Tribunal desde el punto de vista de las competencias del Consejo de seguridad. Vid., *ad ex.*, A. PIGRAU SOLÉ, "Reflexiones sobre el Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional", *AHLADI*, vol. XI, 1994, pp. 214-221.

⁴⁵ La opción era, por otro lado, evidente por cuanto, aun con todas las dificultades que señalaremos a continuación, la creación del Tribunal encuentra mejor engarce en el citado Capítulo que en el relativo al arreglo pacífico de controversias (Cap. VI), o —lo que es aún más evidente— que en los Capítulos VIII (Acuerdos regionales) y XII (Régimen internacional de administración fiduciaria), que son aquellos a los que remite el artículo 24.2 de la Carta en orden a la definición de los poderes otorgados al Consejo. La actuación en el marco del Capítulo VII había sido recomendada, por otro lado, por el Secretario general en su Informe (Doc. S/25704, cit., pp. VIII-IX).

Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Al propio Consejo corresponde, pues, discrecionalmente, en virtud del primer inciso de la transcrita disposición, la decisión acerca de las medidas a adoptar para hacer efectivas sus decisiones, medidas cuya enumeración en el artículo 41 no hay que considerar exhaustiva ni excluyente. Ciertamente, la creación de un Tribunal para juzgar crímenes de guerra y otras conductas contrarias al Derecho humanitario difiere sensiblemente, por su naturaleza y objetivo inmediato, de las contenidas en dicha enumeración (no estamos, en sentido estricto y con carácter directo e inmediato, ante una «medida coercitiva»). Pero tampoco supone, necesariamente, una extralimitación de los poderes atribuidos al Consejo en virtud del Capítulo VII, ni siquiera una distorsión importante del sistema establecido por éste, especialmente en el marco de la genérica atribución al Consejo, por parte del artículo 24 de la Carta, de la «responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales» (todo ello, en cualquier caso, a la espera de que el instrumento constitutivo se reforme con vistas a una mejor adecuación de las modalidades de actuación allí descritas a las exigencias de la coerción jurídica internacional)⁴⁶.

En el caso que nos ocupa, y ateniéndose a lo establecido en el artículo 41, el Consejo de Seguridad ha adoptado una medida que ha considerado adecuada «para hacer efectiva su decisión», ya expresada en la Resolución 771 (1992):

Decide, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que todas las partes y los demás interesados en la ex Yugoslavia, y todas las fuerzas militares en Bosnia y Herzegovina, acaten lo dispuesto en la presente Resolución y señala que, de lo contrario, el Consejo tendrá que adoptar nuevas medidas con arreglo a la Carta.

Las referidas disposiciones de la Resolución 771 tienden precisamente al cumplimiento de las «obligaciones que les incumben con arreglo al Derecho humanitario internacional y, en particular, con los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949», exigiendo en particular que «todas las partes y los demás interesados en la ex Yugoslavia [...] pongan término de inmediato a todas las violaciones del Derecho humanitario internacional»⁴⁷.

Precisamente, la creación de un Tribunal *ad hoc* está encaminada a ejercer la debida coerción sobre las partes implicadas no sólo en su aspecto de «prevención es-

⁴⁶ En este sentido, la medida se insertaría en el contexto de la práctica reciente del Consejo, que denota la tendencia a una interpretación amplia de sus competencias en orden al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Vid. al respecto K. LESCURE, *Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie*. Montchrestien, París, 1994, pp. 81 ss.

⁴⁷ Resolución 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, puntos 7, 1 y 3.

pecial» —por utilizar la terminología penal—, sino también, y especialmente, por cuanto al aspecto represivo se refiere, en la medida en que su función inmediata es la imposición de las sanciones correspondientes a las conductas enjuiciadas, con la ventaja, sobre las medidas coercitivas adoptadas directamente por el Consejo de Seguridad, de que esta vez es una instancia jurídica, y no política, quien las impone, lo que permite la introducción de todo un sistema de garantías jurídicas que en ocasiones se ha echado en falta en la coerción ejercida por el Consejo. Un sistema de garantías, por otro lado, imprescindible, habida cuenta de que son personas físicas las enjuiciadas y, por tanto, eventuales destinatarias de las sanciones (penales) que se puedan derivar.

Otra cuestión es la planteada por el procedimiento de creación del Tribunal. La opción por una Resolución del Consejo de Seguridad resulta cuando menos novedosa, si se tiene en cuenta que el instrumento convencional es, por sus características —compromiso intergubernamental *ad hoc*—, el que ha venido siendo utilizado para la creación de organismos de esta índole, en concreto de los Tribunales penales de Núremberg⁴⁸. Asimismo, en cuantas ocasiones se ha planteado la creación de un Tribunal penal internacional se ha sugerido siempre la vía del tratado internacional⁴⁹. Pero una decisión del Consejo de Seguridad no es menos vinculante que un tratado (recordemos que los miembros de las Naciones Unidas han convenido, según el art. 25 de la Carta, «en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad») y, a cambio, tiene sobre aquél la doble ventaja del automatismo y alcance⁵⁰ de su vigencia. No es exagerado, desde este punto de vista, considerar la elección efectuada —aparte del peso indudable que en ella haya po-

⁴⁸ Acuerdo de Londres de 1945. El Estatuto del Tribunal penal internacional de Tokio fue, en cambio, establecido por aprobación del Comandante en Jefe de las Potencias aliadas el 19 de enero de 1946.

⁴⁹ Es la vía que recomienda también el grupo de trabajo creado por la CDI para examinar la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional (vid. *supra*): «Debe crearse un tribunal penal internacional por medio de un estatuto incorporado en un tratado entre los Estados partes»; y, más adelante, «el método normal para la creación de una institución internacional es un tratado convenido entre los Estados partes [...] el tribunal penal internacional debe tener su propio estatuto en forma de tratado. Ningún otro método tendría garantizado un grado suficiente de apoyo internacional para funcionar con eficacia» (Informe del mencionado grupo de trabajo, anexo al Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones. NU, Doc. A/47/10, puntos 396 y 437, pp. 153 y 173-174).

⁵⁰ Como ha señalado el Comité francés («Informe del Comité de juristas franceses creado por el Sr. Roland Dumas, Ministro de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, con el objeto de estudiar la creación de un Tribunal penal internacional destinado a enjuiciar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia» NU, Doc. S/25266 de 10 de febrero de 1993, pp. 8 y 10), en este caso no nos hallamos, como después de la Segunda Guerra Mundial, ante un supuesto de aplicación de la «justicia de los vencedores», sino ante un caso de implicación de la comunidad internacional en su conjunto, en el que la participación de sólo un número determinado de Estados en el Tratado de constitución del Tribunal plantearía problemas de legitimidad respecto de la creación del mismo: «[...] la cuestión de los Estados signatarios plantea en efecto una cuestión tanto filosófica como jurídica, la de saber quién, y en nombre de qué principio, puede recibir u otorgar la competencia de crear un tribunal encargado de enjuiciar crímenes [...], que han tenido lugar en algunos países, varios de los cuales, muy probablemente, se negarían a firmar y ratificar el tratado en cuestión» (p. 10). Vid. también al respecto A. PELLET, «Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?», *RGDIP*, 1994, n.º 1, pp. 23 ss.

dido tener el criterio de eficacia⁵¹— como un claro soporte al proceso de institucionalización del orden jurídico internacional en detrimento de la estructura meramente relacional.

A reforzar la legitimidad de la creación del Tribunal por el Consejo de Seguridad viene el hecho de que la Carta le faculta, en su artículo 29, para «establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones». Para el Secretario general, el Consejo de Seguridad crearía en este caso, «a título de medida coercitiva adoptada en virtud del Capítulo VII, un organismo subsidiario en el sentido del artículo 29 de la Carta, pero un organismo de carácter judicial»⁵².

2. La organización interna del Tribunal según su Estatuto

Como ya se ha dicho, mediante la propia Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, por la que se creaba el Tribunal, el Consejo de Seguridad aprobó su Estatuto, en los mismos términos en que figuraba en la propuesta aneja al informe del Secretario general⁵³. Según su artículo 11, los órganos del Tribunal son las Salas, el Fiscal y la Secretaría, común a las Salas y al Fiscal. Los once jueces que componen el Tribunal se distribuyen, pues, entre las dos Salas de primera instancia (tres en cada una) y la Sala de apelación (cinco jueces) (art. 12). En aras de la selección de los jueces, el artículo 13 establece los requisitos (cualificación moral y profesional) y el procedimiento, basado en la elección por la Asamblea General de entre una lista presentada por el Consejo de Seguridad.

En cuanto al Fiscal, que es el «responsable de la instrucción de los sumarios y de ejercer la acusación contra los autores de violaciones graves del Derecho internacional humanitario» sometidas a la jurisdicción del Tribunal (art. 16.1), es nombrado por el Consejo de Seguridad a propuesta del Secretario general (art. 16.3). Por su parte, el Secretario es designado por el Secretario general tras consultar al Presidente del Tribunal, y el personal de la Secretaría es nombrado por el Secretario general a recomendación del Secretario del Tribunal (art. 17).

Así pues, en cuanto a su organización interna el Tribunal está configurado al modo en que lo está cualquier jurisdicción penal, siendo de destacar, una vez más, la dependencia respecto de los órganos de las Naciones Unidas también en

⁵¹ Cf. Informe del Secretario general adoptado de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Doc. S/25704, cit., p. 8, puntos 22 y 23.

⁵² *Ibidem*, p. 9, punto 28. Vid. las interesantes observaciones efectuadas al respecto por PIGRAU SOLÉ, *loc. cit.*, pp. 219-221.

⁵³ Vid. *supra*. Como dice A. PELLET (*loc. cit.*, pp. 23-25), es importante subrayar que el texto del Estatuto no es el resultado de una negociación entre Estados —lo que habría acarreado el «entierro» del proyecto—, sino que el Consejo se limitó, vista la urgencia de la situación, a adoptar el texto elaborado por un grupo de cinco funcionarios del Departamento de asuntos jurídicos y presentado directamente por el Secretario general.

cuanto atañe a la designación de las personas que han de ocupar los diferentes cargos.

3. La constitución del Tribunal y su entrada en funcionamiento

Tras su elección por la Asamblea general en septiembre de 1993, los once jueces del Tribunal⁵⁴ tomaron posesión de su cargo el día 17 de noviembre del mismo año, fecha en la cual tuvo lugar el acto solemne de constitución del Tribunal en el Palacio de la Paz de La Haya. El Fiscal designado por el Consejo de Seguridad el 21 de octubre de 1993, el venezolano Ramón Escovar-Salom, pospuso su toma de posesión a fin de completar el mandato del cargo que ostentaba en su país, si bien finalmente renunció a la Fiscalía del Tribunal internacional. Este hecho obstruyó considerablemente el funcionamiento inicial del mismo, pues hasta el 8 de julio de 1994⁵⁵ el Consejo de Seguridad no designó un nuevo Fiscal (el sudafricano Richard Goldstone), que tomó posesión el 15 de agosto del mismo año.

Pese a ello, el Tribunal inició sus sesiones (cuatro en total hasta el comienzo de los procesamientos) desde el propio momento de su constitución, habiendo designado su Presidente (el profesor italiano de Derecho internacional Antonio Cassese), su Vicepresidente y los jueces integrantes de cada una de las salas, así como sus respectivos presidentes. Asimismo, ha adoptado su Reglamento de procedimiento y prueba (sin precedentes en ningún otro Tribunal penal internacional)⁵⁶, las normas relativas a la detención de las personas en espera de juicio o apelación (adoptadas el 5 de mayo de 1994), y las Directrices sobre la designación de abogado defensor, así como su primer informe anual presentado a la Asamblea General y el Consejo de Seguridad⁵⁷.

Con la toma de posesión del Fiscal Goldstone se han iniciado también los procesamientos. La primera vista pública del Tribunal (una de las salas) tuvo lugar el 8 de noviembre de 1994, en relación con la solicitud de entrega del serbio Dusan Tadic al Tribunal alemán competente⁵⁸. El 13 de febrero de 1995, se han producido dos nuevas actas de acusación que inculpan a un total de veintiuna personas presuntas responsables de atrocidades cometidas contra prisioneros civiles detenidos durante el verano de 1992 en el «campo de la muerte» de Omarska (Bosnia)⁵⁹.

⁵⁴ G. Karibi-White, de Nigeria; R. Sidwa, de Pakistán; E. Odio Benito, de Costa Rica; G. Kirk MacDonald, de Estados Unidos; M. Abi-Saab, de Egipto; L. Hopei, de China; A. Cassese, de Italia; J. Deschenes, de Canadá; N. Stephen, de Australia; G. Le Foyer de Costil (sustituido por C. Jorda), de Francia; y L. Chan Vohrah, de Malasia.

⁵⁵ Resolución 936 del Consejo de Seguridad.

⁵⁶ Reglamento que ya ha sido enmendado en la quinta sesión del Tribunal celebrada entre el 16 y el 30 de enero de 1995.

⁵⁷ Doc. A/49/342; S/1994/1007, de 29 de agosto de 1994.

⁵⁸ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Press and Information Office, Press communiqué, 14 October 1994.

⁵⁹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Press and Information Office, Press release, CC/PIO/OO4-E, The Hague, 13 February 1995.

IV. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL. DERECHO APLICABLE Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tal como reza el artículo 1.º de su Estatuto, el Tribunal está facultado para «juzgar a las personas presuntas responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto». Estamos, pues, ante un Tribunal (una jurisdicción) penal, pero *especial*, en la medida en que su ámbito viene estrictamente acotado *ratione temporis* y *ratione loci*. Como veremos también, la competencia *ratione materiae* y *ratione personae* del Tribunal merece algunas consideraciones desde el punto de vista de la construcción y eficacia de un Derecho penal internacional (apdo. A). Pero es sin duda el contenido de la responsabilidad penal y su determinación por el Tribunal la que plantea mayores interrogantes desde aquella perspectiva (apdo. B). Tanto en uno como en otro aspecto se plantean problemas de Derecho aplicable, pues, si bien según el último inciso del transcrito artículo 1.º el Tribunal deberá desempeñar su función de conformidad con las disposiciones de su Estatuto, no es menos cierto que el necesario respeto al principio de legalidad impone determinadas exigencias (*nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*) que ninguna jurisdicción penal —aun especial e internacional— debería desconocer⁶⁰.

1. Competencia del Tribunal

A) *Competencia ratione materiae* y *Derecho aplicable al enjuiciamiento de los crímenes*

Desde el punto de vista material, el enunciado genérico de la competencia del Tribunal efectuado en el mencionado artículo 1.º de su Estatuto nos remite a las «violaciones graves del Derecho internacional humanitario». Sin embargo, el concepto y contenido del Derecho internacional humanitario no deja de tener perfiles difusos⁶¹, a todas luces incompatibles con el rigor exigible a la determinación de la

⁶⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos incorpora el principio de legalidad en su artículo 11.2: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.»

⁶¹ Habitualmente se emplea la expresión como sinónima de «Derecho de los conflictos armados». Así, según señala J. PICTET («El Derecho internacional humanitario: Definición», en Inst. H. Dunant, *Las dimensiones internacionales del Derecho humanitario*, UNESCO, Tecnos, Madrid, 1990, p. 17), la Organización de las Naciones Unidas. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha definido el Derecho internacional de los conflictos armados como «las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad especial es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que restringen, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de guerra de su elección, o que protegen a las personas y los bienes afectados, o que puedan ser afecta-

competencia del Tribunal. Se hacía necesario, pues, delimitar el concepto a los efectos de su Estatuto, operación que entrañaba, directamente, la determinación del Derecho aplicable por el Tribunal.

A estos efectos, y tras haber constatado que «el Derecho aplicable se presenta bajo forma de reglas de Derecho convencional y de reglas de Derecho consuetudinario», el Secretario general —redactor, en definitiva, del Estatuto— manifestó su criterio de que «la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal internacional aplique reglas del Derecho internacional humanitario que formen parte integrante, sin ninguna duda posible, del Derecho consuetudinario»⁶². Se trataba así, según se desprende de las explicaciones del Secretario general, de evitar los inconvenientes que para el caso podría acarrear la invocación de normas de Derecho internacional particular («el problema resultante del hecho de que ciertos Estados, pero no la totalidad de ellos, sean partes en Convenios específicos»), cosa que parece bastante razonable si se piensa, por un lado, que el Tribunal actúa en nombre de la comunidad internacional en su conjunto y, por el otro (lo que constituye el nexo entre la opción adoptada y el principio de legalidad), la oponibilidad inequívoca de las reglas a las *personas* inculpadas⁶³, obviando cualquier inconveniente que pudiera derivarse de la intermediación de las formalidades —internacionales e internas— que condicionan la vigencia y aplicabilidad de los tratados. La limitación que una tal opción entraña es, como señala K. Lescure⁶⁴, la necesaria renuncia a aplicar aquellos Convenios de Derecho internacional humanitario que no forman parte todavía del Derecho consuetudinario (así, por ejemplo, los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra). La otra cara de la moneda era, sin embargo, la posibilidad de aplicar normas de Derecho humanitario vigentes en el plano consuetudinario pero no en el convencional, pues, como el propio Secretario general había señalado, «ciertas reglas de Derecho internacional consuetudinario no están enunciadas en Convenios»⁶⁵.

Ahora bien, la dificultad de determinar y formular las normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario no plasmadas en Convenios internacionales podía volverse contra el pretendido respeto al principio de legalidad (efecto paradó-

dos por el conflicto» (ibídem, p. 17). Definiciones como la del propio PICTET («El Derecho humanitario es esa parte considerable del Derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra», ibíd.) no ayudan desde luego, a la concreción del concepto. Sobre la evolución del Derecho internacional humanitario y su interacción con el Derecho internacional de los derechos humanos, vid. J. M. PELÁEZ MARÓN, «El Derecho internacional humanitario antes y después de la Segunda Guerra Mundial», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1991, pp. 63 ss.

⁶² NU, Doc. S/25704, 3 de mayo de 1993, p. 10.

⁶³ A. PELLET («Le Tribunal criminel...», cit., p. 35) recuerda acertadamente a este respecto el artículo 15.2 del Pacto internacional de 1966 de derechos civiles y políticos, que establece que el principio de legalidad no se opone «al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

⁶⁴ Lescure, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁵ Doc. S/25704, cit., p. 10.

jico de la interacción tratados-costumbre, la certeza de las normas consuetudinarias depende hoy, en muy buena medida, de su formulación en los tratados internacionales, y el Secretario general había expresado la necesidad de que las normas a aplicar formasen “*sin ninguna duda posible*” parte del Derecho consuetudinario). Ésta es probablemente la razón por la que el Secretario general renunció a esta operación complementaria y delimitó el Derecho consuetudinario aplicable exclusivamente por referencia al «Derecho aplicable a los conflictos armados que constituye el objeto de los instrumentos siguientes: los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; el Convenio de La Haya (IV) relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y las Reglas anejas de 18 de octubre de 1907; el Convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 9 de diciembre de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945»⁶⁶.

Sobre esta base, los artículos 2.º a 5.º del Estatuto establecen la competencia del Tribunal en torno a cuatro tipos de «violaciones graves del Derecho internacional humanitario»: las «infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949» (art. 2.º), las «violaciones de las leyes o usos de la guerra» (art. 3.º), el «genocidio» (art. 4.º), y los «crímenes de lesa humanidad» (art. 5.º). Pero en la formulación de estos cuatro tipos de crímenes el Secretario general prefirió descartar el mecanismo del simple reenvío a aquellos Convenios y optó por definir (reproducir) expresamente los tipos penales que caen en la competencia del Tribunal. Y aquí es donde aparecen ciertos problemas de carácter técnico.

Así, en el artículo 2.º («Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949») ⁶⁷ se produce, como dice Pellet, «un extraño *compendium* de los cuatro Convenios a los que, no obstante, el párrafo preliminar de la disposición ya reenvía»⁶⁸. Respecto de las «violaciones de las leyes o usos de la guerra» (art. 3.º), la técnica es diferente, pues se omite cualquier referencia a los Convenios que las contienen para pasar directamente a su enumeración. Dos observaciones, sin embargo, merece esta disposición: la primera, la sorprendente «apertura» del enunciado de tipos penales en ella comprendido, pues se desprende de su párrafo inicial que tal enunciado no es exhaustivo⁶⁹. Tal opción, aunque no entraña consecuencias graves

⁶⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁷ Esta disposición comienza del siguiente modo: «El Tribunal internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable: [...]»

⁶⁸ PELLET, *loc. cit.*, pp. 33-34. Además, este autor critica la mención de los Convenios de 1949 en el texto del artículo, considerando que «non seulement [...] était inutile, elle est également dangereuse et constitue une régression par rapport à l'Accord de Londres de 1945 et à la Proclamation de Tokyo de 1946 qui, eux, ne faisaient référence à aucun texte particulier». Con esta técnica —continúa— «on affaiblit [...] le caractère universel de l'incrimination en laissant entendre que le traité crée le crime» (p. 35).

⁶⁹ Dice el párrafo inicial del artículo 3: «El Tribunal internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, sin que la lista sea taxativa: [...]»

desde el punto de vista de la determinación de la competencia del Tribunal, sí resulta incongruente con el empeño demostrado en el artículo anterior en reproducir taxativamente todas las violaciones graves de los Convenios de Ginebra. En segundo lugar, se produce un cierto solapamiento —inevitable, dada la técnica seguida— con algunos de los crímenes enunciados en el artículo 2.^o⁷⁰.

En cuanto al tercer grupo, los crímenes de genocidio, el artículo 4.^o del Estatuto atribuye al Tribunal competencia sobre los actos de «genocidio» propiamente dichos y otros actos conexos, reproduciendo la definición que del concepto da el Convenio de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aunque sin mencionarlo expresamente. Finalmente, los «crímenes de lesa humanidad» entran también en la competencia del Tribunal tal y como vienen definidos en el artículo 5.^o de su Estatuto, definición que encuentra su origen, según señala en su informe el Secretario general, en el estatuto y sentencia del Tribunal de Núremberg, así como en la Ley número 10 del «Control Council for Germany»⁷¹. También en este caso nos encontramos, sin embargo, con un enunciado abierto de los actos que han de considerarse crímenes de lesa humanidad⁷², así como con un evidente solapamiento con el artículo 2.^o y también con el artículo 4.^o⁷³.

No parece, sin embargo, que haya que valorar demasiado negativamente estas deficiencias en la concreción detallada de la competencia *ratione materiae* del Tribunal. Hay que tener en cuenta que derivan de la «reproducción» fiel de tipos penales dispersos, en un loable esfuerzo de evitar todo efecto codificador o tipificador en el propio Estatuto.

B) *Competencia ratione personae*

Desde el punto de vista personal, la competencia del Tribunal se circunscribe, como era lógico esperar, a las personas físicas (art. 6.^o), acogiéndose en el Estatuto el principio de responsabilidad penal individual (art. 7.^o). De este modo, no será la pertenencia a un determinado grupo u organización la que determine la responsabilidad penal de un individuo, sino la realización por él mismo de actos considerados punibles y sometidos a la competencia del Tribunal⁷⁴.

⁷⁰ Así, «el empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios» [art. 3.^o a)] con «actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud» [art. 2.^o c)]. Cfr. también los apartados 3.^o b), c), d), y e) con el artículo 2.^o b). Esta «afinidad» entre los crímenes del artículo 2.^o y los del artículo 3.^o habría permitido quizá —como algún autor ha hecho en su estudio de la competencia del Tribunal (vid. M. Castillo, «La compétence du Tribunal pénal pour la Yougoslavie», *RGDIP*, 1994, n.º 1, pp. 66 ss.)— un tratamiento conjunto. Así procede, por ejemplo, el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que prepara la CDI, que tipifica en una única disposición (art. 22) los «crímenes de guerra excepcionalmente graves».

⁷¹ Doc. S/25704, cit., p. 13.

⁷² El punto i) del artículo 5, que concluye la lista, dice genéricamente: «Otros actos inhumanos.»

⁷³ Vid. las observaciones que sobre este artículo efectúa PIGRAU SOLÉ, *loc. cit.*, pp. 232-234.

No obstante, ya en las Resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a la cuestión se alude conjuntamente a «quienes cometan u ordenen que se cometan transgresiones graves de los Convenios» como «personalmente responsables de ellas»⁷⁵. El Estatuto mantiene también esta concepción amplia de la responsabilidad personal, extendiéndola a quienes hayan planificado, incitado a cometer, ordenado, ayudado o alentado a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos. 2.º a 5.º del Estatuto. Asimismo, los altos cargos y funcionarios del Estado (incluido el jefe del Estado) no gozan, a estos efectos, de un estatuto privilegiado que los exonere o atenúe la responsabilidad que hayan podido contraer (art. 7.º 2). En cuanto a la relación de subordinación, la «obediencia debida» no es aceptada como causa eximente; sólo podrá tomarse en consideración como causa atenuante si el Tribunal lo estima acorde con la justicia (art. 7.º 4). Y, por otro lado, el superior mantiene su responsabilidad por los actos ejecutados por sus subordinados si conocía o estaba en situación de conocer la comisión de los actos en cuestión y no adoptó las medidas adecuadas para impedirlo (art. 7.º 3)⁷⁶.

C) *Competencia ratione loci y ratione temporis*

Como su propia denominación indica, el Tribunal tiene limitada su competencia, desde el punto de vista espacial, a los hechos acaecidos en el territorio de la antigua Yugoslavia (art. 1.º del Estatuto), entendiendo por tal el espacio terrestre, aéreo y marítimo de la antigua República federativa socialista (art. 8.º del Estatuto, primer inciso).

En cuanto al aspecto temporal de su competencia, ésta se extiende a los actos cometidos a partir del 1.º de enero de 1991 (art. 8.º, segundo inciso). La expresión «desde 1991» empleada por la Resolución 808 del Consejo de seguridad es interpretada, en efecto, por el Secretario general como «el 1.º de enero de 1991 o en cualquier fecha posterior». La fecha inicial no guarda relación con ningún acontecimiento concreto, pues los primeros enfrentamientos serbio-croatas tuvieron lugar en marzo de ese mismo año, antes de la declaración de independencia de Croacia y de Eslovenia. Para el Secretario general, con la elección de dicha fecha queda constancia clara de que no se otorga relevancia especial al carácter interno o internacional del conflicto⁷⁷. Pero los problemas derivados del aspecto temporal de la competencia del Tribunal vendrían dados más bien, a mi modo de ver, por el hecho de que aquélla se extienda a actos cometidos antes de la creación del propio Tribunal, vulnerando así lo que podría ser también un corolario del principio de legalidad: la existencia del Tribunal que ha de juzgar el caso en el momento en que se cometieron los crímenes.

⁷⁵ Vid., por ejemplo, el punto 1 de la Resolución 771 de 13 de agosto de 1992.

⁷⁶ Más extensamente sobre la competencia *ratione personae* del Tribunal, vid. CASTILLO, *loc. cit.*, pp. 75-86.

⁷⁷ Doc. S/25704, *cit.*, p. 17. En cambio, la elección de dicha fecha plantea algún problema de legitimidad por la retroactividad que implica respecto de las Resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al conflicto, como acertadamente pone de relieve PIGRAU SOLÉ, *loc. cit.*, pp. 218-219.

En cuanto al término *ad quem*, la Resolución 827 del Consejo de Seguridad por la que se decide la creación del Tribunal y se aprueba su Estatuto se refiere a «una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz» (punto 2). La fijación de un límite temporal, aunque sea impreciso, a la jurisdicción del Tribunal abunda en su carácter de Tribunal especial, aunque curiosamente el artículo 8.º del Estatuto no contiene referencia alguna a dicho término final (como tampoco la Res. 808 del Consejo de Seguridad que decidió la creación del Tribunal y encomendó la redacción de su Estatuto al Secretario general).

2. El contenido de la responsabilidad penal. Establecimiento y gradación de las penas

La exigencia de respeto al principio de legalidad encuentra mayores problemas a la hora de determinar el contenido de la responsabilidad penal correspondiente a los crímenes que el Tribunal es competente para juzgar. En efecto, si el Secretario general pudo permitirse ser escrupuloso a la hora de incluir en la competencia del mismo sólo los crímenes incontestablemente tipificados por el Derecho internacional consuetudinario, dicho ordenamiento no contiene, en cambio, reglas concisas relativas a la derminación de la responsabilidad penal correspondiente. Éste es uno de los problemas con los que, como ya hemos visto, se encuentra también el proyecto de Código de la CDI sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁷⁸.

Hay que decir que, aunque no se trata de un problema menor —*nulla poena sine lege* es el segundo de los dos pilares tradicionales del principio de legalidad—, a este respecto el informe del Secreterio general es más bien parco, así como también lo es el propio Estatuto. En efecto, la única disposición que éste contiene sobre las penas (el art. 24), ubicada sistemáticamente a continuación de las de contenido procesal, establece que las Salas de primera instancia sólo podrán imponer penas de privación de libertad, pero remite, en cuanto a las condiciones —entre las que hay que considerar incluida la duración—, «a la práctica general de los Tribunales de la ex Yugoslavia» (art. 24.1).

Lo bien cierto es que, si alguna norma consuetudinaria ha podido generarse al respecto a partir de los Convenios internacionales, ésta no podría ser otra más que precisamente la de la remisión a los ordenamientos nacionales. Así, tanto los Convenios de Ginebra a los que se refiere el artículo 2.º del Estatuto como el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio cuya definición reproduce el artículo 4.º de aquél efectúan dicha remisión⁷⁹. Pero, lógicamente, no existe homogeneidad absoluta en este punto en los ordenamientos penales internos. Con el establecimiento de la privación de libertad, con carácter limitativo, como única pena aplicable por el Tribunal, el Estatuto no recoge una norma consagrada consuetudinariamente, pero excluye la imposición de la pena de muerte, lo que su-

⁷⁸ Vid. *supra*, apartado. I.3.A).

⁷⁹ Vid. *supra*, apartado. I.2.B).

pone, en cualquier caso, una opción de consecuencias favorables para los condenados. No cabe duda, pues, de que, a falta de normativa internacional sustantiva, se garantiza en este punto el cumplimiento del principio de legalidad efectuando la remisión al Derecho yugoslavo en cuanto a la gradación de las penas privativas de libertad⁸⁰ y excluyendo en cualquier caso la pena de muerte⁸¹.

Como complemento a la citada remisión, el artículo 24 impone a las Salas de primera instancia la necesidad de tener en cuenta factores tales como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado (art. 24.2)⁸² y, asimismo, les permite ordenar la restitución a sus propietarios legítimos de los bienes adquiridos por medios ilícitos (art. 24.3).

V. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

Las disposiciones de índole procesal que han de regular el ejercicio de su jurisdicción por parte del Tribunal se hallan recogidas, en primer lugar, en su Estatuto. Pero, como ya sabemos, el Tribunal se ha dotado de otros instrumentos complementarios en orden a regir, de manera más detallada, algunos aspectos específicos de aquél. Se trata del *Reglamento de procedimiento y prueba*, adoptado por el Tribunal el 11 de febrero de 1994, entrado en vigor el 14 de marzo del mismo año y ya enmendado en enero de 1995; de las *Reglas relativas a la detención* de las personas en espera de juicio o apelación, de 5 de mayo de 1994; y de las Directrices sobre la designación de abogado defensor. En este marco legal ha de encuadrarse el desarrollo del procedimiento (con las correspondientes garantías para los procesados) (apdo. A), la apelación y revisión de las sentencias, en su caso (apdo. B), y la solución al problema de la concurrencia con las jurisdicciones nacionales (apdo. C).

1. Fases del procedimiento y garantías para los procesados, víctimas y testigos

a) El procedimiento se inicia con la apertura, por parte del Fiscal, de la investigación correspondiente, bien de oficio o sobre la base de las informaciones recibidas, cualquiera que sea su procedencia. Es evidente, como el propio Estatuto señala

⁸⁰ En la versión francesa del Estatuto queda más claro este matiz: «[...] la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yugoslavie» (cursivas mías). A. PELLET (*loc. cit.*, pp. 50-51) echa en falta un mención adicional al Derecho de los Estados sucesores, opción más satisfactoria, sin duda, desde el punto de vista técnico, pero, como el propio autor reconoce, mucho más problemática desde el punto de vista práctico.

⁸¹ Así (en los términos del art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), se garantiza que nunca se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

⁸² También, según el artículo 10.3 del Estatuto, «la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida» (vid. *infra*, IV.3).

la, que van a tener un peso específico destacado las procedentes de los gobiernos, los órganos de las Naciones Unidas y de otras Organizaciones gubernamentales o no gubernamentales (art. 18 del Estatuto). A estos efectos, se atribuye al Fiscal amplias facultades en el desarrollo de las investigaciones, incluido, como es lógico, el desplazamiento *in situ* a fin de obtener las pruebas o testimonios que resulten necesarios. La cooperación de las autoridades nacionales puede hacerse imprescindible: tanto el Estatuto (art. 18.2) como el Reglamento (art. 40⁸³) prevén que el Fiscal pueda reclamarla. Sobre estas bases, el Fiscal puede elaborar su acta de acusación si considera que hay indicios suficientes de criminalidad según el Estatuto, acta de acusación que será transmitida a un Magistrado de la Sala de primera instancia.

Como se advierte, el Estatuto ha optado por un sistema acusatorio, más que inquisitivo, en el que al Fiscal corresponden facultades de investigación, y la figura del juez instructor no tiene lugar⁸⁴. A lo largo de esta fase inicial, el Estatuto toma ya en consideración los derechos de las personas objeto de investigación, entre otros el de ser asistido por un defensor de su elección, en su caso sin costo para él, y a contar con un traductor (art. 18.3).

b) El Magistrado a quien el Fiscal ha transmitido el acta de acusación puede, tras su examen, confirmar o desestimar el procesamiento. En el primer caso, dictará las resoluciones y las órdenes «necesarias para la tramitación del juicio» (en concreto, para el «arresto, la detención, la entrega o la remisión» de los acusados) (art. 19 del Estatuto). De nuevo el Estatuto se ocupa de los derechos de aquéllos, así como de los de las víctimas y los testigos, al establecer, con carácter general, que «la Sala de primera instancia deberá velar por que el proceso sea justo y expeditivo y por que el juicio se tramite de conformidad con las normas sobre procedimiento y prueba, con pleno respeto de los derechos del acusado y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos» (art. 20.1). En concreto, y por lo que a esta fase concierne, la detención sólo podrá producirse en virtud de resolución u orden de arresto del Tribunal internacional, y al detenido «se le informará de inmediato de los cargos que se le imputan y se le remitirá al Tribunal internacional» (art. 20.2)⁸⁵.

c) El procedimiento se inicia con la lectura de la acusación, por la Sala de primera instancia, en presencia del acusado. Éste deberá responder a la acusación y, «a continuación, la Sala de primera instancia fijará la fecha para el juicio» (art. 20.3).

⁸³ Bajo la rúbrica de «Provisional Measures», dice el artículo 40 del Reglamento: «In case of urgency, the Prosecutor may request any State: i) to arrest a suspect provisionally; ii) to seize physical evidence; iii) to take all necessary measures to prevent the escape of a suspect or an accused, injury to or intimidation of a victim or witness, or the destruction of evidence.»

⁸⁴ Vid. al respecto los comentarios del presidente del Tribunal, profesor A. CASSESE, en el primer informe presentado a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad sobre las actividades del Tribunal, Doc. A/49/342; S/1994/1007, pp. 23-24.

⁸⁵ El artículo 42 del Reglamento de procedimiento y prueba desarrolla los derechos del sospechoso durante la investigación. Por su parte, el Tribunal adoptó, como ya se ha dicho, las «Normas que regulan la detención de las personas en espera de juicio o apelación ante el Tribunal o detenidas por cualquier otra causa bajo la autoridad del Tribunal», de 5 de mayo de 1994 (Doc. IT/38/Rev. 3, de 10 de mayo de 1994).

El Estatuto recoge expresamente los derechos del acusado que deben ser respetados a lo largo del mismo (publicidad, igualdad, presunción de inocencia, y derechos inherentes a la defensa) (arts. 20.4 y 21)⁸⁶ y, asimismo, remite a las normas sobre procedimiento y prueba en cuanto a la protección de las víctimas y de los testigos (art. 22)⁸⁷.

d) En cuanto al fallo, éste «será dictado por la mayoría de los Magistrados que integran la Sala de primera instancia», y están admitidas las opiniones separadas o disidentes (art. 23 del Estatuto).

2. Apelación y revisión de las sentencias

Como ya se ha dicho, además de las dos Salas de primera instancia, el Tribunal cuenta también con una Sala de apelaciones. Los recursos de apelación están previstos, efectivamente, contra las decisiones de las Salas de primera instancia, esgrimiendo «un error sobre una cuestión de Derecho que invalida la decisión», o bien «un error de hecho que ha impedido que se hiciera justicia». Ostentan legitimación activa tanto las personas condenadas como el Fiscal. La Sala de apelaciones podrá confirmar, revocar o modificar la decisión impugnada (art. 25 del Estatuto).

En cuanto a la revisión, tiene por finalidad posibilitar la toma en consideración de «un hecho nuevo del que no se tuvo conocimiento durante la vista de la causa», tanto en las Salas de primera instancia como en la Sala de apelaciones, siempre que aquel hecho hubiera podido influir de manera decisiva en el fallo. Igualmente, están legitimados para presentar la petición de revisión tanto el condenado como el Fiscal (art. 26).

3. Concurrencia de jurisdicciones y principio *non bis in idem*

Uno de los primeros problemas de índole procesal que se plantean al abordar la creación de una jurisdicción penal internacional es precisamente el derivado de la concurrencia con las jurisdicciones de los Tribunales nacionales, en la medida en que pueden ser competentes para enjuiciar la comisión de los mismos delitos. El principio *non bis in idem*, de imprescindible respeto también en el orden jurídico internacional, impone la adopción de un criterio para determinar la primacía de alguna de las dos jurisdicciones.

En el caso que nos ocupa, el artículo 9.º del Estatuto reconoce la jurisdicción concurrente del Tribunal internacional y los Tribunales nacionales, pero atribuye al primero la primacía: «En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal internacional podrá pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convingan en la com-

⁸⁶ Por lo demás, el Secretario general remite, en sus comentarios a estos artículos, a las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos del acusado y, en concreto, al artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Doc. S/25704, p. 28).

⁸⁷ El artículo 34 del Reglamento de procedimiento y prueba prevé la creación de una Oficina para las víctimas y testigos bajo la autoridad del Secretario. Por su parte, el artículo 75 del mismo prevé la posibilidad de adoptar las medidas apropiadas para proteger a las víctimas y los testigos.

petencia del Tribunal internacional de conformidad con el presente Estatuto y con las normas de procedimiento y prueba del Tribunal internacional.» En efecto, la Parte segunda del Reglamento de procedimiento y prueba (arts. 8.º a 13) regula en detalle la articulación de dicha primacía, sobre la base de la solicitud de que el Tribunal nacional defiera el caso a la competencia del Tribunal internacional⁸⁸, con posibilidad de llevar el asunto ante el Consejo de Seguridad si no se obtiene una respuesta satisfactoria en el plazo de sesenta días.

El principio *non bis in idem* (traducido por «cosa juzgada» en la versión española del Estatuto) se contempla en el artículo 10 del mismo desde su doble vertiente. Por un lado, respecto de los crímenes ya juzgados por el Tribunal internacional: «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» (art. 10.1)⁸⁹. Por otro lado, respecto de los crímenes ya juzgados por un Tribunal nacional: en este caso, se admite un juicio posterior por el Tribunal internacional solamente si el acto enjuiciado fue considerado delito ordinario por el Tribunal nacional o si no fue objeto de un juicio justo por parte de aquél (art. 10.2). En estos casos, el principio *non bis in idem* jugará también a la hora de «considerar la pena que ha de imponerse», pues «el Tribunal internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un Tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida» (art. 10.3).

VI. LA EFICACIA DEL TRIBUNAL

Hay que reconocer que el más reticente escepticismo, cuando no absoluto pesimismo, ha rodeado la creación y entrada en funcionamiento del Tribunal⁹⁰. No obstante, conviene al menos conocer los mecanismos que, fruto de un esfuerzo voluntarioso por hacer del Tribunal un verdadero instrumento de justicia internacional, han sido puestos a su disposición por su Estatuto.

⁸⁸ Así, en el primer asunto iniciado ante el Tribunal, el 11 de octubre de 1994 el Fiscal solicitó del mismo la adopción de una petición formal a Alemania para que el Tribunal alemán que había iniciado las actuaciones contra D. Tadic se inhibiera en favor del Tribunal internacional. Una de sus Salas de primera instancia, en su primera vista pública, el 8 de noviembre, decidió solicitar formalmente de las autoridades alemanas la remisión del presunto criminal.

⁸⁹ A tales efectos, y según el artículo 13 del Reglamento de procedimiento y prueba, si el Presidente del Tribunal internacional recibe información fidedigna en el sentido de que se ha iniciado un procedimiento ante un Tribunal nacional contra una persona ya juzgada por el mismo crimen por aquél, una de las Salas de primer instancia emitirá un auto motivado requiriendo al Tribunal nacional para que interrumpa el procedimiento. Caso contrario, el Presidente puede llevar el asunto al Consejo de Seguridad.

⁹⁰ Son ilustrativas las reflexiones de M. MERLE («La sanction des atteintes aux droits humanitaires commises dans l'ex-Yugoslavie», *Transnational Associations*, 1994/2, pp. 119-120), que concluye con la siguiente frase: «Face au drame qui se joue sur le terrain, le déploiement de l'arsenal juridique ressemble à ce que les stratèges désignent sous le nom révélateur de "gesticulation". Or on ne joue pas avec les règles de droit sans compromettre leur efficacité immédiate et leur crédibilité pour l'avenir.»

1. La necesaria cooperación de los Estados a lo largo del procedimiento

En tanto que jurisdicción internacional, el Tribunal carece de buena parte de los medios materiales, humanos y jurídicos necesarios para desarrollar las actuaciones relativas a la investigación de los hechos, a la detención de los acusados, así como al cumplimiento de las penas⁹¹. Como no podía ser menos, el Estatuto (art. 29) establece para los Estados la obligación genérica de *cooperación y asistencia judicial*:

1. Los Estados cooperarán con el Tribunal internacional en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario.
2. Los Estados atenderán sin demora toda petición de asistencia de una Sala de Primera instancia o cumplirán toda resolución dictada por ésta, en relación con, entre otras cosas:
 - a) la identificación y localización de personas;
 - b) las deposiciones de testigos y la presentación de pruebas;
 - c) la tramitación de documentos;
 - d) la detención de personas;
 - e) la entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal internacional⁹².

Obligación de cooperación y asistencia judicial que venía a su vez reforzada por la propia Resolución 827 del Consejo de Seguridad por la que se crea el Tribunal, en cuyo punto 4 se establece 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 [...] en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su Derecho interno [...]».

Sin perjuicio de esta disposición genérica, ya las diversas disposiciones especí-

⁹¹ El propio Tribunal ha señalado como disposiciones del Estatuto que necesitan de la adopción de disposiciones nacionales las siguientes: artículo 9, párrafo 2 (competencias concurrentes); artículo 10, párrafo 2 (*non bis in idem*); artículos 18 y 29 (derecho del Fiscal a llevar las investigaciones *in situ*); artículo 20, párrafo 2 (detención preventiva de los sospechosos tras la orden de arresto emitida por el Tribunal); artículo 24, párrafo 3 (restitución de los bienes adquiridos como consecuencia de actuaciones criminales y protección de los derechos de terceros); artículo 27 (ejecución de las penas); artículo 28 (indulto y conmutación de las penas); artículo 29 (cooperación y asistencia judicial); artículo 30 (aplicación del régimen de privilegios e inmunidades a los miembros y personal del Tribunal, tal y como se prevé en el Convenio de las Naciones Unidas de 1946). (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Dispositions du Statut nécessitant l'adoption des dispositions nationales*. Doc. policopiado, sin fecha.)

⁹² También con carácter genérico, el Estatuto (art. 30) impone a los Estados ciertas obligaciones en cuanto al trato a las personas relacionadas con el Tribunal. Por vía de referencia, hace aplicable «al Tribunal internacional, a los Magistrados, al Fiscal y sus funcionarios y al Secretario y los funcionarios de la Secretaría del Tribunal» la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, así como, para los Magistrados, el Fiscal y sus funcionarios y el Secretario, las prerrogativas e inmunidades, exenciones y facilidades de que gozan los agentes diplomáticos según el Derecho internacional; y en general, a otras personas, incluidos los acusados, «el trato necesario para que el Tribunal internacional pueda ejercer debidamente sus funciones».

ficas del Estatuto se refieren a la necesaria cooperación estatal en cada momento del proceso. Por comenzar por el inicio de las actuaciones, el artículo 18 del Estatuto prevé la posibilidad de que el Fiscal inicie las investigaciones sobre la base de la información que haya podido recibir, entre otras fuentes, de los Gobiernos. Además, en la medida en que está facultado para reunir pruebas y realizar investigaciones en el lugar de los hechos, podrá, «según corresponda, pedir asistencia a las autoridades estatales pertinentes». En otras palabras, no solamente está facultado para desarrollar sus actividades en el territorio de cualquier Estado sin necesidad de solicitar y obtener autorización expresa al efecto, sino que además las autoridades competentes de aquél vendrían obligadas a proporcionar la ayuda requerida por el Fiscal.

También el trámite de la detención precisa de la intervención de las autoridades estatales: la resolución u orden de arresto del Tribunal internacional será ejecutiva para las autoridades nacionales, que en virtud de aquélla deberán detener al inculcado, informándole «de inmediato de los cargos que se le imputan» y remitiéndolo al Tribunal internacional (art. 20.2 del Estatuto)⁹³.

En cuanto al proceso, en virtud de la primacía de la jurisdicción internacional los Tribunales nacionales deberán inhibirse, en cualquier momento en que aquélla lo solicite, en su favor⁹⁴. Si en el plazo de sesenta días después de la solicitud de remisión no se obtiene una respuesta satisfactoria por parte del Estado en cuestión, la Sala puede pedir al Presidente que lleve el asunto ante el Consejo de Seguridad (art. 11 del Reglamento de procedimiento y prueba).

2. La ejecución de las sentencias del Tribunal

Como ya hemos visto (art. 24 del Estatuto), el Tribunal sólo puede imponer penas privativas de libertad. Ahora bien, no tiene a su disposición establecimientos penitenciarios de carácter internacional donde puedan hacerse efectivas dichas penas. Nos encontramos, pues, ante un nuevo ámbito en el que la cooperación de los Estados es a todas luces imprescindible. A estos efectos, el artículo 27 del Estatuto prevé la elaboración de «una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad que están dispuestos a aceptar a los condenados». La cooperación no es, pues, en este punto obligatoria, sino que se deja a la libre elección de los Estados su disponibilidad en materia penitenciaria. Asimismo, el Tribunal elegirá libremente, de entre aquella lista, el Estado en el que se cumplirán las penas de encarcelamiento.

Es lógico, pues, que el cumplimiento de las penas quede sometido al Derecho penitenciario del Estado en el que tiene lugar, sin perjuicio de «la supervisión del

⁹³ Por lo demás, hay que suponer que las reglas procesales que rigen la detención por parte de las autoridades estatales son las vigentes en el ordenamiento interno del Estado de que se trate, pues el Estatuto no especifica nada más al respecto. Además, tampoco las «Reglas que rigen la detención de las personas en espera de juicio o apelación...» se extienden a momento alguno anterior a la «recepción» del acusado por el Tribunal internacional.

⁹⁴ Los artículos 8.º a 10 del Reglamento de procedimiento y prueba establecen el procedimiento para la solicitud de remisión al Tribunal nacional.

Tribunal internacional». Y ello, incluido el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena pues, en efecto, si dicho derecho es invocable según la legislación nacional del Estado en el que se cumple la condena, «el Estado interesado 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» (art. 28).

Con buen criterio, el Tribunal ha señalado también como una de las disposiciones del Estatuto que necesitan de la adopción de disposiciones nacionales el artículo 24, párrafo 3, en el que se prevé la posibilidad de que el Tribunal, además de imponer la pena correspondiente, ordene «la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos, incluida la coacción». Es evidente que sólo los Tribunales nacionales pueden ejecutar dicha orden, para lo cual los ordenamientos internos habrán de adoptar las previsiones necesarias.

3. Referencia a las medidas adoptadas por el Estado español

Como primera providencia, la Administración española ha procedido a la publicación de la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la cual se crea el Tribunal y se aprueba el informe del Secretario general en el que se contiene su Estatuto, el cual se publica también como documento anejo a la Resolución⁹⁵. Y ello, como dice el preámbulo de la Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, «a los efectos de su incorporación en el ordenamiento jurídico español».

Por lo tanto, la obligación de cooperar con el Tribunal en ella contenida y, más en especial, la de «adoptar las medidas necesarias con arreglo al Derecho interno» forman parte ya de la normativa aplicable en territorio español por los poderes públicos españoles. Es por ello por lo que, el 1 de junio de 1994, se aprueba la Ley orgánica 15/1994 «para la cooperación con el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional cometidas en el territorio de la exYugoslavia»⁹⁶. Según explica su preámbulo, «[l]a Ley, partiendo del carácter autoejecutivo, en sentido material, de gran parte del Estatuto, aporta sólo algunas previsiones que permitan instrumentarlo, en aquellas materias reservadas a la Ley Orgánica por nuestra Constitución». La Ley es, en efecto, muy breve. En cuanto al cumplimiento de la obligación de cooperación con el Tribunal internacional (art. 1.º), la Ley remite, en lo no previsto, a las normas generales penales, sustantivas y procesales (art. 2.º), sin perjuicio de las especificaciones que contiene en cuanto a las autoridades competentes, jurisdicción concurrente y principio *non bis in idem*, detención y entrega, comparecencia ante el Tribunal y cumplimiento de las penas.

⁹⁵ Resolución de 19 de octubre de 1993, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, *BOE* n.º 281, de 24 de noviembre de 1993, pp. 33001 ss.

⁹⁶ *BOE* n.º 131, de 2 de junio de 1994, pp. 17399 ss.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como conclusión de esta exposición sobre la sanción de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y, en especial, sobre el Tribunal para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, cabe hacer algunas consideraciones. En primer lugar, consideraciones en torno al propio Tribunal y a su funcionamiento; en segundo lugar, en torno a las consecuencias que, desde el punto de vista del desarrollo progresivo del Derecho internacional penal, tendrán previsiblemente la creación y funcionamiento del Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia.

Hay que destacar, en el primer orden de consideraciones, las dificultades con que ya comienza a encontrarse el Tribunal para cumplir con la función que le fue encomendada, y ello pese a la indudable buena voluntad y los ímprobos esfuerzos de Magistrados y Fiscal. Tales dificultades se cernían sin duda sobre la propia decisión de creación del Tribunal, pero en estos momentos han adquirido ya una dimensión real. En su comparecencia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de noviembre de 1994, el Presidente del Tribunal, profesor Antonio Cassese, se refería a los problemas derivados de las «exigencias logísticas» y, consiguientemente, de una financiación pronta y adecuada, problemas que habrían retrasado de manera indeseada el inicio de los procesamientos⁹⁷. Pero, una vez iniciada, la tarea del Tribunal es ingente, prácticamente inabarcable. Son expresivas a este respecto las palabras de su Presidente:

[...] all these difficulties inherent in international criminal investigations are compounded by one striking fact: currently our Tribunal has approximately twenty investigators for all the crimes over which it has jurisdiction. In other words, it can count on the number of investigators normally used at the *national* level for just *two or three* murders. This, I believe, speaks volumes for the tremendous problems with which we are confronted⁹⁸.

Por su parte, la declaración final de la quinta sesión plenaria del Tribunal no hace sino reforzar la sombra de la duda, al manifestar los Jueces del Tribunal «su inquietud en cuanto a la urgencia con la que deben presentarse las acusaciones adecuadas». Y, más adelante: «Por razón de la gravedad y de la dimensión histórica de esta misión se manifiestan particularmente interesados en la adopción de un programa de acusaciones que responda con la debida eficacia a las preocupaciones del Consejo de Seguridad y de toda la comunidad internacional»⁹⁹.

Algunas manifestaciones del Fiscal, imbuidas de un voluntarioso optimismo, pueden producir, sin embargo, un efecto contrario al deseado:

where we find evidence that the political and military leadership knew or

⁹⁷ UN-ICTY, *Address of Antonio Cassese, president of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, to the General Assembly of the United Nations*, 14 November 1994, pp. 3 y 4. Vid. también su Informe anual, Doc. A/49/342; S/1994/1007, cit.

⁹⁸ *Address...*, cit., p. 6.

⁹⁹ NU-ICTY, *Press Release*, Doc. CC/PIO/003-E, 1 de febrero de 1995.

had reason to know of serious violations of international humanitarian law and failed to take action to prevent those violations, or to punish those who committed them, we also will seek to hold those leaders accountable¹⁰⁰.

Pero, debido a las particulares circunstancias políticas del conflicto en la antigua Yugoslavia, la imagen de ciertos líderes políticos y militares —en absoluto ajenos a los crímenes— sentados en el banquillo internacional es, lamentablemente, inverosímil¹⁰¹, lo que confiere a las palabras del Fiscal una cierta dosis de ingenuidad que casa mal con la gravedad de su función.

Sin necesidad de ser demasiado derrotistas, hay que partir, pues, de la base de que la justicia impartida por el Tribunal no será —debido a la falta de medios y a limitaciones de carácter político— absoluta, lo cual no necesariamente descalifica su existencia y su actividad. Como dijo A. Cassese,

We, the members of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, are fully aware that the sentences we will pass will not exhaust the poisoned wells of racial, national or religious hatred. We also know, however, that the setting up of our Tribunal is intended to signal that the world community will not stand idly by, impassive or resigned, and watch while barbarous acts are perpetrated [...] ¹⁰².

En el segundo orden de consideraciones, la creación del Tribunal para la antigua Yugoslavia no ha hecho sino poner en evidencia la insuficiencia del sistema penal internacional (la propia expresión resulta excesiva). La técnica de la jurisdicción *ad hoc* o especial, acogida también para el caso de Ruanda, no parece, desde luego, la más satisfactoria si de lo que se trata es de conseguir un sistema completo e integrado. Ciertamente, los acontecimientos en la antigua Yugoslavia han servido de acicate, como hemos visto, para la aceleración de los trabajos de la CDI encaminados a la elaboración del Estatuto de una jurisdicción penal internacional estable y permanente. Pero no parece que la preocupación y urgencia iniciales hayan tenido continuidad efectiva. En efecto, el reconocimiento de jurisdicción penal permanente a un Tribunal internacional plantea, desde las perspectivas nacionales, problemas políticos y jurídicos que no todos los gobiernos sienten la urgencia de eliminar. En estas circunstancias, y puesto que ya se ha abierto la senda, no sería extraño que viéramos nacer nuevos Tribunales penales *ad hoc*. La sanción de los crímenes internacionales seguirá siendo, así, aleatoria y selectiva, expresión de un sustrato social —la «comunidad internacional»— que, pese a la creciente interdependencia, dista mucho de haber alcanzado el grado de integración que requiere un orden penal cerrado.

¹⁰⁰ NU-ICTY, Office of the Prosecutor, *Press Release by the Prosecutor Justice Richard Goldstone*, 13 de febrero de 1995.

¹⁰¹ Cosa diferente sería si, como en el caso de Núremberg, se tratara de aplicar la «justicia de los vencedores».

¹⁰² *Address...*, cit., p. 10.