

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y
LA SOBERANÍA ESTATAL
Carmen Quesada Alcalá, Cruz Roja Española. Tirant lo blanch,
Valencia 2005

José Puente Egido *

Permítaseme comenzar la recensión de este excelente libro relatando una anécdota personal. Cuando se iniciaron los primeros trabajos preparatorios de lo que después sería el Estatuto de la CPI, manifesté, en conversación con un colega que era decidido partidario de la creación de este Tribunal internacional, una cierta posición crítica respecto de ese proyecto. Mis reticencias no estaban en el fondo sino en el modo. Se había manifestado ya entonces, en determinados movimientos que lo apoyaban, una decidida voluntad de excluir al terrorismo internacional del elenco de conductas a incriminar como delitos internacionales.

Es decir, entendía yo entonces, y sigo entendiendo, que, en el impulso noble de profundizar en la responsabilidad internacional, en sus distintos ámbitos y manifestaciones mediante el castigo de conductas punibles que pongan en riesgo de modo directo el bien común de la paz internacional, se escondía una decidida voluntad de excluir algo que afectaba de modo esencial a esa misma paz que se decía buscar. En efecto, en el proceso en marcha que está desestructurando a la sociedad internacional interestatal en sus aspectos más tradicionales, junto a los aspectos positivos que éste tiene, hay también elementos negativos que un tal proyecto no podía ignorar. El terrorismo internacional, constituye hoy una amenaza a la paz, equiparable a la vieja irresponsabilidad de los Estados cuando declaraban una guerra de agresión, o a aquella de la que gozaban las personas directamente implicadas en los *delicta iuris gentium* cuando su impunidad se fundaba en doctrina del acto de Estado.

Con esto doy a los lectores de esta reseña una pequeña clave de la perspectiva con la que he leído la excelente monografía de la Dra. Carmen Quesada. El proyecto de creación de un

* Es catedrático de Derecho Internacional. UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia), España.

tribunal internacional tiene que ser saludado con alborozo por todo internacionalista. Particularmente debe serlo por aquellos que, partiendo de determinadas posiciones epistemológicas, afirman que “el orbe todo... tiene poder de darse leyes justas y a todos convenientes” (F. de Vitoria, De Potest. Civ. nº. 21) Esa facultad, afirmada con tanta rotundidad por nuestro Francisco de Vitoria, incluye no sólo la de crear reglas jurídicas, sino también la de establecer instituciones que las hagan eficaces. Y esta es la posición fundamental en la que se asienta y transmite la obra que comento. Así lo expresa la autora en sus conclusiones finales.

No resulta fácil, en el reducido espacio de una reseña como ésta, dar cumplida cuenta de las distintas cuestiones que la Dra. Quesada trata en su monografía. Impresiona en ella la abundancia de información y la variedad de fuentes utilizadas en su redacción. Predomina, como propio en una tesis doctoral, el aspecto expositivo y analítico, pero no deja la autora de formular, aquí y allá, juicios críticos respecto de soluciones concretas adoptadas en el Estatuto, con los que coincido en gran medida. La publicación de su tesis doctoral por quien tiene el propósito de emprender un currículum de docencia universitaria -gesto que debería ser obligatorio para todos los que lo han seguido o intentan seguirlo, como se exige en otras latitudes- es ya una invitación a participar en un debate científico que, al señalar los lunares y detectar las disfunciones en las soluciones concretas adoptadas en el Estatuto de la CPI, contribuirá a perfeccionarlo y darle garantías de continuidad en el futuro. Entendiendo esta publicación como una invitación a participar en él, me arriesgo a formular algunos escolios y observaciones sugeridos por su lectura.

Comencemos con la carta constitutiva de la CPI. Tiene razón la Dra. Quesada al realzar la necesidad de un consentimiento generalizado de los Estados expresado en un tratado multilateral como el instrumento internacional adecuado para establecer la CPI. Si el consentimiento previo (expreso o tácito) es la base de toda obligación internacional individualizada (salvo el caso de las normas de *ius cogens*), lo tiene que ser, y muy reforzado, cuando se trate de establecer la responsabilidad internacional penal y de hacerla efectiva por un tribunal internacional.

La competencia de las N.U. por la vía de los poderes implícitos, basta sin duda para la creación de un TPI específico sobre la base de los poderes atribuidos por la Carta al C.S. pero no para el establecimiento de una CPI con jurisdicción universal sin previo sometimiento. Ahora bien, elemento esencial en toda justicia, internacional o interna, penal o no, es la igualdad material y procesal de las partes. Y ahora ocurre la pregunta, ¿Se ha garantizado ésta en la intervención que se le reserva al C.S. en la actividad jurisdiccional de la CPI, dado el veto de las Grandes Potencias, al que éstas no han renunciado? De temer es que no, y son imaginables supuestos varios en los que los intereses encontrados de alguna Gran Potencia y cualquier otro Estado no tengan, desde el punto de vista procesal, igual trato, y, sobre todo, que la CPI no posea medios para restablecer el equilibrio entre los litigantes.

Un segundo punto de reflexión crítica lo suscita el principio de la complementariedad. A reserva de ulteriores desarrollos y explicaciones, de la simple lectura ingenua de los textos se deduce que el Estatuto concede a los Estados un muy amplio margen en el ejercicio de la jurisdicción penal internacional, en virtud de la vieja idea de lo que la escuela sociológica francesa calificó de “desdoblamiento funcional”. La instancia interna jurisdiccional, actúa en funciones de un órgano internacional supliendo las carencias institucionales u organizativas del plano internacional. La complementariedad configurada en el Estatuto pide que, salvo el caso excepcional de fraude o manipulación, el ejercicio de la acción penal sancionado en la instancia estatal cierre la vía de la instancia internacional (*non bis in idem*). Pues bien, ¿No hay aquí una incongruencia con la idea basilar que fundamenta y legitima la misma creación de un tribunal internacional penal? Si los *delicta iuris gentium* postulan un enjuiciamiento y castigo internacional, la prelación en el orden competencial debería ser exactamente el contrario. La prevalencia debería haber sido a favor de la jurisdicción internacional y sólo en defecto de ésta, dar vía a las instancias estatales. Constituye esta deficiencia una de las aporías –una entre muchas- que suscita al ojo crítico del internacionalista la complejidad de las relaciones Derecho internacional-Derecho interno de los Estados.

Personalmente estoy convencido que, por razones que necesitarían una larga explicación que no es de este lugar, el Estatuto será ampliamente aplicado por las jurisdicciones penales de los Estados. Se estaría así ante el fenómeno, bien conocido en el Derecho internacional Público y Privado, de la aplicación interna del Derecho de los tratados internacionales. Este punto no ha sido, según parece, objeto de consideración en la monografía que comentamos, ni tenía por qué serlo, pero en la perspectiva que más abajo desarrollo, me atrevería a sugerir a la Dra. Quesada que coloque esta interesante cuestión en la lista de sus especulaciones futuras. En conexión directa con la observación se presenta otra, como es la de la consonancia o disonancia entre el Derecho interno de los Estados y el innovador del Estatuto y el reflejo que ella haya podido tener en las leyes de ratificación en cada Estado parte en él. Es probable que en esas leyes de ratificación no se hayan tomado en todo su valor las desarmonías que entre las soluciones del Derecho penal interno y las aceptadas en el Estatuto, como ocurre p. ej. (y no es el único caso) en todo lo relativo al respectivo sistema de penas. En el supuesto particular de la ratificación española, el proceso seguido para la ratificación del Estatuto de Roma nos ofrece una buena prueba acerca de la insuficiencia del art. 93 CE en todos aquellos supuestos en los que la ratificación de un tratado internacional lleve aparejada la transferencia de competencias soberanas del Estado a las instituciones u organismos internacionales.

Acierta la Prof. Quesada al incluir en su estudio como problema importante el tema de la cooperación de los Estados miembros entre sí y la de todos con la CPI. No deja ella de adoptar alguna posición crítica en las soluciones dadas por el Estatuto a este problema central, pero su crítica es retenida, como corresponde quizás al talante de una joven docente e investigadora. Mi coyuntura personal y académica es otra y, en ejercicio de esa libertad, aunque sabiendo que

en la conferencia internacional que lo redactó fue una de las cuestiones en la que más difícilmente se logró el acuerdo, me siento en la necesidad de formular una opinión un poco más crítica. La vieja experiencia en materia de cooperación interestatal penal, indicaba ya que sería ésta una de las eventuales pruebas de fuego que habría de pasar el Estatuto y, en su día la CPI. La referencia al art. 86 del Estatuto es aquí obligada. En él se establece, como no podía ser menos, una “obligación en los Estados parte de cooperar plenamente con la Corte en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes”. Ahora bien la configuración del contenido de esta obligación el propio Estatuto la remite por entero al Derecho interno de cada Estado. No; esta no es una obligación internacional en la que se pueda presumir que los Estados vayan a cumplirla de buena fe. La presunción es más bien la contraria.

Una observación final sobre el procedimiento de enmienda. La simple lectura de las cláusulas finales del Estatuto, donde esta cuestión está tratada, transmite con claridad la rigidez que la mayoría de los Estados que participaron en la Conferencia quisieron dar al Estatuto como carta constitutiva del proyectado tribunal penal internacional. ¿Hay que ver en ella un gesto de desconfianza de sus autores respecto de la posible futura evolución de esta institución? El apartamiento en el Estatuto de las soluciones ordinarias en el Derecho internacional respecto de la modificación de las convenciones multilaterales es notable. Se acumulan en él los rasgos que así lo prueban: Durante un período largo de tiempo, después de su entrada en vigor, (siete años) el texto del tratado internacional es inmodificable, el derecho de enmienda por los Estados parte, no es individual, sino que está condicionado por la decisión mayoritaria en la Asamblea de los Estados parte. Esta proposición, sólo tiene verdadera naturaleza de enmienda después de ser aprobada en esa Asamblea o en una Conferencia de Revisión; si en éstas no ha sido posible llegar a un consenso, cuando sea aprobada por los dos tercios de los Estados parte. Pero, al final, no tendrá el efecto normal modificativo, hasta un año después de haber alcanzado los siete octavos de esos Estados en el depósito de los instrumentos de ratificación. Los contenidos de los arts. 5 al 8 están blindados a favor de aquellos Estados que no aceptaren las enmiendas que eventualmente los modifiquen si es que, al final, después de vencidos tantos obstáculos, éstas llegaren a modificar la redacción originaria.

La experiencia histórica en la configuración de los grandes tratados internacionales (ej. el Pacto de la S. de las Naciones) o la experiencia inmediata (dificultades en la reforma de la Carta de las N.U.) indican que la rigidez de esos instrumentos lastra el futuro de las instituciones que crean. La doctrina internacional ha visto que las primeras decisiones en los grandes tribunales internacionales condicionan la proyección en el futuro de la institución. Así sucedió con el TPJI con el asunto del Wimbledon, así también, y sobre todo, con el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre y el Tribunal de las Comunidades Europeas. De esos ilustres ejemplos no parecen haber tomado buena nota los redactores del Estatuto de la CPI.

Todas estas consideraciones, y otras más que pudieran hacerse, han sido formuladas al filo de una reposada lectura de la estupenda monografía de la Profesora Carmen Quesada. Probablemente con este trabajo ella se ha trazado un fecundo programa de reflexión intelectual para su quehacer académico futuro. El que yo le deseo, largo y fructífero.