

ÉRASE UNA VEZ... LA RESPONSABILIDAD PENAL
INTERNACIONAL: DEL IMPACTO DE LA PRIMERA GUERRA
MUNDIAL EN SU EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y PRE-NORMATIVA

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL
Universidad de Sevilla¹

INTRODUCCIÓN: *CUANDO EL RÍO SUENA...*

... *AGUA LLEVA*

La sistematización contemporánea del Derecho internacional penal sitúa las bases teóricas y normativas del mismo generalmente en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial (en adelante IIGM).²

En las obras generales sobre Derecho internacional penal pueden leerse páginas introductorias sobre las concepciones humanitarias previas al derecho internacional moderno, especialmente en referencia a normas antiguas —asirias, griegas,...— e incluso medievales y posteriores, o a la doctrina de la Escuela española de Derecho internacional —Suárez, Vitoria— y a la europea —Groccio, Vattel—. Sin embargo, una idea profundamente arraigada en la literatura contemporánea es que el positivismo creciente de los autores del siglo XIX y de comienzos del siglo XX, al poner el énfasis en el Estado y el Derecho interna-

¹ Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Sevilla —Diploma *cum laude* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya— eulalia@us.es. Este trabajo se basa parcialmente en un trabajo previo de la autora: «La propuesta del Tribunal penal internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)», pp. 31-87, en CARRILLO SALCEDO, J. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, CGPJ, 1999, obra que recibió el Premio «Rafael Martínez Emperador» del CGPJ en 1999. Quiero agradecer los comentarios y sugerencias de los Profesores Alcaide Fernández y Gamarra Chopo sobre el borrador de este trabajo, que me han permitido sin duda mejorar y completar la aproximación y desarrollos escogidos.

² DRUMBL, M., «A hard look at the soft theory of international criminal law», en SADAT, L.N., SCHARF, M.P., and BASSIOUNI, M.CH., *Theory and Practice of International Criminal Law: Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 3.

cional como regulador de las relaciones entre Estados, fue un freno o, cuando menos, un período improductivo en términos de desarrollo del Derecho internacional penal.³

Con frecuencia, estas concepciones parecen centrar el desarrollo del Derecho internacional penal casi exclusivamente en la creación de instituciones judiciales penales internacionales. No hay duda de que la creación de tribunales penales internacionales es un logro extraordinario en la evolución de la idea de comunidad internacional. Sin embargo, las limitaciones con las que las instituciones creadas han nacido (por ejemplo, el principio de subsidiariedad de su jurisdicción o las limitaciones en razón de la propia aplicación del principio de efecto relativo de los tratados al Estatuto de Roma sumado al carácter político-discrecional de las decisiones del Consejo de Seguridad) hacen aún más necesario explorar y comprender el Derecho Internacional penal como algo más complejo y amplio que la internacionalización de la jurisdicción.

El Derecho internacional penal nace —a mi juicio— cuando se reúnen tres postulados: a) *ciertas conductas violan valores básicos de la sociedad-comunidad internacional*.⁴ b) *la definición de las conductas corresponde al Derecho*

³ BLAKESLEY, CH.L., «Acting Out Against Terrorism, Torture, and Other Atrocious Crimes: Contemplating Morality, Law, and History», en SADAT, L. N. y otros, *Theory and Practice of International Criminal Law...* 2008, *cit.*, pp. 170-176.

⁴ Una cuestión de no poca relevancia que ha surgido al hilo del presente trabajo es *si el desarrollo de la antijuridicidad de las conductas* que analizaremos —fundamentalmente las relacionadas con el derecho de la guerra— se *produjo de manera paralela en Derecho internacional y Derecho interno o con carácter previo en uno de los dos ordenamientos —interno o internacional—*. A salvo de un estudio más detallado y profundo de la cuestión, el examen de los primeros materiales documentales parece llevar a la conclusión de que el desvalor de las conductas y la correspondiente exigibilidad de responsabilidad se configura antes como obligación internacional que interna. Sin embargo, esta hipótesis requiere un trabajo especializado y detallado futuro. Entre los materiales normativos se ha consultado el Código Lieber, redactado en 1863 por Francis Lieber y promulgado por el Presidente Lincoln mediante la Orden General n.º 100 como Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla en la guerra Civil Estadounidense, el muy liberal —en palabras de Aniceto SELA y SAMPIL— Reglamento para el servicio de campaña, aprobado por ley de 5 enero de 1882, y los Códigos Penales vigentes en España a lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX (Códigos de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928 y 1932). Dicho examen normativo preliminar se ha completado con una lectura de algunos manuales de Derecho Internacional publicados en español entre 1870 y 1930, en los que se ha estudiado: a) cómo analizan las obligaciones que impone el derecho de la guerra y si incluyen referencias a la eventual responsabilidad por su violación sea en el plano interno o en el internacional; b) si en el análisis de las inmunidades del Jefe del Estado introducen una concepción limitada o restringida aceptando algún

internacional—y por tanto la regulación directa de conductas de particulares que se convierten así en destinatarios directos de derechos y obligaciones internacionales—; y c) consecuentemente, su represión y castigo no puede quedar sólo al *arbitrio de la voluntad del Estado territorial*, por lo que el *Derecho Internacional debe definir los modelos de aplicación y garantizar la sanción de sus violaciones*. Y en tal sentido, antes que el problema de la «represión y castigo», el Derecho internacional abordó el problema de la tipificación. Generalmente identificada la cuestión con el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) trabajó a partir de 1947,⁵ su origen es muy anterior y se encuentra en el desarrollo de las normas que regulan los conflictos armados. A eso deben sumarse distintas variantes de persecución, internacional o interna, que limitan la discrecionalidad del Estado sobre el ejercicio de la potestad sancionadora.

tipo de exigibilidad de responsabilidad en conexión con los hechos de la guerra, lo que sería indicio claro de una calificación de ilicitud internacional de tales comportamientos. Entre los manuales consultados hasta aquí se encuentran, citados por orden cronológico: CALVO, C., *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, D'Amyot, 1868; ARENAL, C., *Ensayo sobre el derecho de gentes*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1879; MARTENS, F. de (prólogo y notas de Joaquín Fernández Prida), *Tratado de derecho internacional*, Madrid, La España Moderna, 1887; NEUMANN, L. (Barón de), traducción, prólogo y notas por Aniceto Sela, *Derecho internacional público moderno*, Madrid, La España Moderna, 1887; OLIVART, Marqués de, *Tratado y notas de derecho internacional público*, Madrid, Manuel Murillo, 1887-1890; TORRES CAMPOS, M., *Elementos de Derecho Internacional Público*, Madrid, Librería de Fernando Fé, 1890; ROMANOS, Á., *Elementos de derecho internacional público*, Zaragoza, Tipografía de Mariano Salas, 1904; GESTOSO Y ACOSTA, L., *Curso elemental de derecho internacional público e historia de los tratados*, Valencia, 1907; SELA Y SAMPIL, A., *Derecho internacional*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, 1910; TORRES CAMPOS, Manuel, *Elementos de Derecho Internacional Público*, 3.^a ed. corr. y aum., Madrid, Librería de Fernando Fé, 1912; NIEMEYER, T. (traducción del Dr. Faustino Ballvé), *Derecho internacional público*, Barcelona, Labor, 1925; GONZÁLEZ HONTORIA Y FERNÁNDEZ LADREDA, M., *Tratado de derecho internacional público*, Madrid, 1928-1930; SELA Y SAMPIL, A., *Derecho internacional*, 2.^a ed. rev. y puesta al día por el autor, Madrid, Espasa Calpe, 1932.

⁵ Adoptado en la 48.^a sesión de la CDI y sometido a la atención de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1996. La Asamblea tomó nota con satisfacción de este Proyecto y pidió a los Estados miembros del Comité Preparatorio para el Establecimiento de la CPI que lo tuvieran en cuenta debidamente (Res. 51/160, de 16 Diciembre de 1996). Todo el detalle del proceso de elaboración y contenido del Proyecto en http://legal.un.org/ilc/guide/7_4.htm.

El primer tratado multilateral en afrontar cuestiones relativas al *ius in bello* fue sin duda el Convenio de 22 de agosto de 1864, sobre la mejora de la suerte de los heridos y enfermos en campaña. A pesar de que la Convención no emplea un lenguaje tradicional, ya que no redacta sus cláusulas en términos de obligaciones de los Estados parte sino que establece derechos y deberes de distintos colectivos de personas, es moneda común asumir que este tratado responde a una lógica positivista y a una concepción clásica del Derecho internacional, construido sobre la sólida base del principio de la soberanía territorial del Estado.

El lenguaje de la Convención bien podría dar entrada al debate sobre si el Derecho Internacional puede regular directamente las conductas de los particulares —base de la tipificación internacional de delitos— y por extensión, a la discusión sobre la espinosa cuestión de la subjetividad internacional del individuo. Sin embargo en el contexto histórico finisecular, que el positivismo rampante del siglo XIX e inicios del siglo XX complicó, el debate sólo alcanzó a la cuestión teórica siguiente: ¿dónde reside la capacidad de sancionar las violaciones?

Si bien dicho tratado no incorpora ninguna disposición relativa a la prevención o represión de sus violaciones, la doctrina se hizo eco de ello de manera crítica considerando esta cuestión como una debilidad del Convenio.⁶ En palabras de Gustave Moynier, «*los redactores de la Convención creyeron que, en materia penal, debían dejar en manos exclusivamente de los Estados y de su diligencia tanto la promulgación de leyes como la represión de las violaciones imputables a sus propios nacionales*».⁷

⁶ MOYNIER, G., *Étude sur la convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864-1868)*, Paris, Cherbuliez, 1870; BRODBRÜCK, *Kriegsrecht des neunzehnten Jahrhunderts*, p. 46, quien redactara un convenio internacional para la sanción de la convención (tal y como lo recoge G. MOYNIER en «*Considérations sur la sanction pénale à donner à la convention de Genève*», presentado en el *Institut de Droit International*, 1893 en la sesión de Laussane —*Annuaire de L'Institut de Droit International*, 1895, t. XIV, p. 19— y ROSZKOWSKI, G., «*La revision de la Convention de Genève*», *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, 1902, vol. 4, p. 446; DEN BEER POORTUGAEL, *Le droit de la guerre*, 1872, quien proponía la creación de un tribunal o de un jurado para aquellas causas relativas a la violación de las leyes de la guerra.

⁷ MOYNIER, G., «*Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*», *Bulletin International des Sociétés des Secours aux Militaires Blessés*, 1872, p. 123 (la traducción es mía).

Como afirma Blakesley, «[p]ositivism, ascendant in 19th century, however, created the perception that international law was binding only on states and could not impose obligations or impose punishment directly on individuals. Only states could do that».⁸

En suma, si el Derecho internacional impone sólo derechos y obligaciones a los Estados, sólo los Estados podrán perseguir y exigir la responsabilidad de aquellos que violan las normas del *ius ad bellum* o del *ius in bello*.

La crudeza de los enfrentamientos posteriores a la Convención de 1864 —guerra austro-prusiana de 1866 y luego la guerra franco-prusiana de 1870— pusieron claramente de manifiesto las insuficiencias del tratado al no prever artículos específicos sobre las consecuencias de la violación de sus disposiciones. Y ello motivó la primera propuesta sobre la creación de un tribunal internacional penal en la historia del Derecho internacional, encargado de juzgar los supuestos de violación de las Convención de Ginebra de 1864 y de sus artículos adicionales de 1868 de adaptación a la guerra marítima. La iniciativa, presentada por Gustave Moynier ante el Comité Internacional de la Cruz Roja el 3 de enero de 1872,⁹ logró suscitar un importante debate en su época sobre la debida sanción de las violaciones del *ius in bello*, que acompañará la historia del desarrollo del derecho internacional humanitario, hasta llegar en el siglo XX a identificar con claridad la noción del Derecho internacional penal.

Pero ese camino está jalonado de avances doctrinales tejidos en un bastidor normativo conservador y básicamente de estructura inter-estatal, como el que se refleja en la reforma de las Convenciones de Ginebra de 1906 y 1929. El puente entre propuestas doctrinales y realidad normativa sólo se cruzará tras la presión ejercida por la Primera Guerra Mundial (en adelante IGM) sobre los Estados (y expresada en las propuestas y proyectos de tribunales penales internacionales de los años 20) y prácticamente en vísperas de la IIGM, en los tratados de lucha contra el terrorismo. La cercanía de la Guerra impediría la entrada en vigor del primer tratado de creación de una institución internacional de represión de crímenes internacionalmente definidos. A cambio, la naturaleza de la represión nacional recibiría una nueva configuración pasando de ser en

⁸ BLAKESLEY, C., «Acting Out Against...», 2008, *cit.*, p. 176.

⁹ MOYNIER, G., «Note sur la création...», 1871-1872, *cit.*, pp. 122-131. No hay excesiva bibliografía sobre esta propuesta, pero a raíz de la creación de la Corte Penal Internacional en 1998 se publicaron algunos estudios: HALL, CH. K., «La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente», *RICR*, n.º 145, 1998, pp. 68-82, y PETIT DE GABRIEL, E.W., «La propuesta del Tribunal...», 1999, *cit.*

la mayor parte de las situaciones un derecho para configurarse bajo ciertas circunstancias como una obligación, tal y como se modela en virtud del entonces novedoso principio *aut dedere aut judicare*.

A partir de este proyecto de 1872 nace, por tanto, un significativo debate en el que se promoverán diversas alternativas a la represión penal individual de estas conductas que se encuentran en la base del complejo sistema existente en la actualidad, y que no debe identificarse sola y exclusivamente con la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), los Tribunales *ad hoc* o los tribunales mixtos. Fórmulas como la jurisdicción interna de carácter no territorial, y en particular sobre la base del principio de persecución universal o el condicionamiento de la discrecionalidad del Estado para perseguir o no delitos a través de obligaciones como la consagrada por el citado principio *aut dedere aut judicare*, amplían la comprensión del Derecho internacional penal a formas complementarias de persecución que coexisten y conviven sobre la base de distintos principios de articulación, como la jurisdicción subsidiaria de la CPI o el principio de especialización de la misma con respecto a ciertos delitos, dejando la persecución de otros —que también protegen valores de la comunidad internacional en su conjunto— en manos aún de los jueces internos (como es el caso de la piratería y los delitos de terrorismo, incluyendo los relativos a la seguridad aérea).¹⁰

Este trabajo sobre las influencias de las décadas previas y posteriores a la IGM en la evolución conceptual y pre-normativa de la responsabilidad penal internacional del individuo analiza los debates en dos tiempos: la etapa inicial —previa a la IGM y que pre-configura la respuesta a esta— durante el siglo XIX y principio del siglo XX, *más revoltosa que eficaz*; y la posterior a la IGM, *más compleja y ya preparatoria* de los pasos normativos e institucionales que se consagrarán y acometerán tras la IIGM, para afrontar la represión y persecución de crímenes graves como los crímenes de guerra.

¹⁰ Esta concepción compleja y amplia del Derecho Internacional Penal es la que encontramos en Cherif Bassiouni y en su gran obra *Introduction to International Criminal Law*, 2nd Revised Ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 1122 páginas. En su «arquitectura» del Derecho Internacional Penal distingue entre «Direct» e «Indirect Enforcement System», siendo el primero la sanción a través de instituciones internacionales y englobando el sistema indirecto las distintas fórmulas de jurisdicción nacional que implican limitaciones a la discrecionalidad del Estado y las fórmulas de cooperación penal. Otros autores, en cambio, centran su estudio del Derecho Internacional Penal en los Tribunales Penales: CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2nd Ed., Oxford, 2008, 455 páginas; KITTI-CHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford, 2002, 482 páginas.

LA APERTURA DE UN DEBATE (1872-1895): *MUCHO RUIDO...*... *Y POCAS NUECES*

A pesar de que la doctrina coetánea al proyecto y la actual vean grandes dificultades en aceptar que el Derecho internacional a lo largo del siglo XIX regulaba directamente conductas de particulares, la tipificación de infracciones a nivel internacional había sido ya objeto de algunos tratados bilaterales entre los años 1864 a 1869 entre Suiza y otros Estados (Francia,¹¹ Italia, Alemania del Norte, etc.). Aunque atribuyendo la jurisdicción a los tribunales nacionales, los tratados en cuestión determinaban las conductas punibles en los Estados firmantes en materias conexas con la protección de la propiedad literaria.

Hablando en prosa sin saberlo, la Convención de 1864 establecía derechos y obligaciones para particulares de forma directa. Así, para el personal médico, sanitario y auxiliar, incluyendo capellanes:

Artículo 2. El personal de los hospitales y de las ambulancias, incluso la intendencia, los servicios de sanidad, de administración, de transporte de heridos, así como los capellanes, participarán del beneficio de la neutralidad cuando ejerzan sus funciones y mientras haya heridos que recoger o socorrer.

Para la población civil que auxilia en las labores de asistencia:

Artículo 5. Los habitantes del país que presten socorro a los heridos serán respetados y permanecerán libres. Los generales de las Potencias beligerantes tendrán la misión de advertir a los habitantes del llamamiento hecho a su humanidad y de la neutralidad que resultará de ello. Todo herido recogido y cuidado en una casa servirá de salvaguardia a la misma. El habitante que hubiere recogido heridos en su casa estará dispensado del alojamiento de tropas, así como una parte de las contribuciones de guerra que se impusieran.

En relación con los heridos y enfermos en campaña:

Artículo 6. Los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a que pertenezcan. Los comandantes en jefe tendrán la facultad de entregar inmediatamente a las avanzadas enemigas a los militares enemigos heridos durante el combate cuando las circunstancias lo permitan y con el consentimiento de las dos partes. Serán enviados a su país los que, después de curados, fueren reco-

¹¹ Puede verse al respecto, KERN, Johann-Conrad, *La convention entre la Suisse et la France sur la propriété littéraire artistique et industrielle du 30 juin 1864 et son application en Suisse avec le texte du traité et d'autres documents officiels*, Genève, 1867, cuyo texto completo y comentado está disponible *on line* gracias al Max Planck Institute: http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22158388_00000001.gif%22.

nocidos inútiles para el servicio. También podrán ser enviados los demás a condición de no volver a tomar las armas mientras dure la guerra. Las evacuaciones, con el personal que las dirija, serán protegidas por una neutralidad absoluta.

Ahora bien, la Convención no contenía disposición alguna acerca de la exhibibilidad y garantía de la aplicación de los mismos, menos aún en relación con la responsabilidad de tipo penal de los individuos que incurrieran en violación de tales derechos.

Sorprendentemente, cuando comienza a suscitarse el debate de la aplicación y garantía de la aplicación de la Convención no se discute la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados parte cuando no respetan sus disposiciones (por atribución a los mismos de las conductas de sus ejércitos) sino la cuestión de cómo exigir la responsabilidad penal de los individuos concretos que hubieran cometido las violaciones.

La propuesta hecha por Gustave Moynier para crear un tribunal penal internacional tenía como finalidad confesa «garantizar la aplicación del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864» (artículo 1 del proyecto). Este texto, dirigido al Comité Internacional de la Cruz Roja el 3 de enero de 1872, se inspiraba en el modelo de tribunal creado por el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871 para el caso Alabama (como expresa el preámbulo): tres árbitros nombrados por otros tantos países neutrales, partes en la Convención y elegidos por sorteo por el Presidente de la Confederación Suiza y dos árbitros elegidos respectivamente por la partes (artículo 2 del proyecto). No se trataba, por tanto, de un tribunal permanente sino *ad hoc*, que se constituía en función de cada conflicto.

La piedra lanzada por Moynier en 1872 agitó sin duda las aguas calmas de la doctrina internacionalista. El debate inmediato se desarrolló fundamentalmente¹² en el marco de la *Revue de Droit International et de Legislation Comparée* y del *Institut de Droit International*.¹³

¹² La propuesta, aun cuando novedosa, fue bien acogida en algún manual de Derecho Internacional de final del siglo XIX, como es el caso de CALVO, C., *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, A. Rousseau, 5.ª ed. 1896, tomo IV, pp. 210-211.

¹³ No deja de ser curioso e interesante que la Asamblea Española de la Asociación Internacional para el Socorro de los Heridos en Campaña —hoy, Cruz Roja Española— encargara un informe a los juristas Antonio Balbín de Unquera y Gregorio Robledo. El informe, emitido el 28 de abril de 1928 está publicado y de él se hicieron eco tanto el Comité Internacional de la Cruz Roja como algún autor en el marco del debate en la *Revue de Droit International et Legislation Comparée*, citados *supra*: BALBÍN DE UNQUERA, A.,

Las respuestas principales al proyecto de Moynier fueron recopiladas por la *Revue de Droit International et de Législation Comparée* en un trabajo firmado por Gustave Rolin-Jaequemyns, bajo forma epistolar. Participaron en esta ronda de discusión internacionalistas de la talla de Lieber, De Holtzendorff y Westlake, además del propio autor de la recopilación.¹⁴ El intercambio epistolar manifiesta un cierto rechazo por el proyecto, mostrando un abanico que iba de la incomprensión del concepto de responsabilidad penal internacional individual —a favor de la idea de responsabilidad internacional del Estado— a la acumulación de críticas concretas sobre los problemas que plantearía la necesaria cooperación entre los Estados en materia penal (expresión a ultranza de la soberanía del Estado en la época), las dificultades en materia de responsabilidad pecuniaria y su diferenciación o relación con las compensaciones pecuniarias propias de y habituales en los tratados de paz, la falta de legitimación procesal de las sociedades de socorro (sociedades nacionales de Cruz Roja, en la denominación propia de la época), etc.

Pero al mismo tiempo, el debate permitió la discusión sobre posibles alternativas para la sanción de las violaciones de las normas de la Convención de 1864, primera expresión en un tratado multilateral de valores comunes dignos de protección en el marco de un conflicto armado. De un lado, Westlake propugnó la necesidad de incluir la obligación expresa de tipificar y sancionar en Derecho interno las violaciones de la Convención de Ginebra —como luego se haría en las sucesivas versiones de la Convención, a partir de 1906—; de otro lado, De Holtzendorff y Rolin Jaequemyns apoyaron una posible vía mixta en la que la instrucción o «investigación» de los hechos correspondiera a una instancia internacional (una comisión de encuesta), aunque la capacidad de juzgar quedara en manos de los Estados soberanos.

El *Institut de Droit International* (en adelante, IDI) se creó con posterioridad al proyecto de Moynier, aunque la idea fue concebida en 1866 por el jurista Francis Lieber (nacido en Alemania y luego uno de los más grandes juristas

y ROBLEDO, G., *Proyecto de un Tribunal Internacional para cumplir el Convenio de Ginebra. A la Asamblea española de la Asociación Internacional para el socorro de los heridos en campaña*, Madrid, Impr. de J.A. García, 1872, 8 páginas. Este texto, casi imposible de localizar, pudo ser consultado por la autora de este trabajo en su momento (en 1997-1998) gracias a la biblioteca de los servicios centrales de Cruz Roja Española.

¹⁴ ROLIN JAEQUEMYS, G., «Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la Convention. Avec lettres de MM. Lieber, Morin, De Holtzendorff et Westlake», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1872, vol. 4, p. 338.

americanos que militaría en las filas de la humanización y limitación del conflicto armado, siendo el promotor del código que lleva su nombre). El Instituto vio finalmente la luz en 1873 gracias a la suma de la idea de Francis Lieber y del impulso de Rolin Jaequemyns.¹⁵ El Instituto tardaría dos décadas en conocer del problema de la sanción y represión de las violaciones de la Convención de Ginebra. El tema fue propuesto en 1894 y los trabajos se desarrollaron a lo largo de la sesión de Cambridge de agosto de 1895. El transcurso de los 23 años desde la propuesta de Moynier influyó notablemente en la manera de abordar la cuestión, aun cuando el relator ante el IDI fue el propio Moynier.¹⁶ En su anteproyecto ante el IDI Moynier evoluciona hacia una solución nacional,¹⁷ pero en la versión mixta que algunos autores ya habían discutido en la *RDILC*, con una fase internacional de instrucción. Además, se proponía la posibilidad de elaborar un modelo tipo de ley a través de un tratado para contribuir a la uniformidad de las leyes nacionales respecto de la tipificación y la pena. Este modelo fue la opción aprobada por la Sexta Comisión del IDI.

En la discusión del plenario, los relatores fueron sustituidos por una subcomisión en la que militaban los más estrictos positivistas (de Martens, Lammasch y Den Beer Portugael) que no apoyaban la idea de una fase de investigación internacional y que preferían dejar a la discrecionalidad del Estado la tipificación del delito y la pena, en perjuicio de la propuesta de un tratado que contuviera una ley-tipo. En la discusión sobre la naturaleza y diseño de la comisión de encuesta de la fase de investigación, Martens sugirió que se encomendara al Comité Inter-

¹⁵ Francis Lieber propuso la idea a Bluntschli en una carta: «durante mucho tiempo, uno de mis proyectos era que cuatro o cinco de los más distinguidos juristas se reunieran en un congreso en el que se decidieran diversas cuestiones importantes que no estaban aún resueltas (...). En primer lugar propuse que debía tratarse de un congreso oficial, bajo los auspicios de los gobiernos (...). Pero al cabo del tiempo vi con claridad que sería mejor un congreso privado, cuyos trabajos resaltarán por su excelencia, certeza, justicia y superioridad en todos los aspectos», en ROOT, E., «Francis Lieber», *American Journal of International Law*, 1913, vol. 7, p. 462.

¹⁶ Los trabajos fueron encomendados a la Sexta Comisión del IDI compuesta por Moynier y Engelhardt (como relatores, aunque el anteproyecto fue redactado en exclusiva por Moynier en la práctica), Brusa, Den Beer Portugael, Geffcken, Holland, Lammasch, Lueder, De Martens, De Martitz, Olivi, Pradier-Fodéré, Roszkowski y el español Manuel Torres Campos. *Vid.* «De la sanction pénale à donner à la Convention de Genève», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1895, t. XIV, pp. 17-31 y pp. 170-189.

¹⁷ El texto sobre el que se trabajó en el IDI había ya sido publicado por Moynier como monografía en 1893, con el título *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève*, Laussane, Regamey, 33 páginas.

nacional de la Cruz Roja —como organismo no gubernamental con funciones humanitarias— la tarea de nombrar los delegados neutrales que debían encargarse de la encuesta. Esta es la primera mención posiblemente a los eventuales poderes internacionales del CICR en la vigilancia y garantía del cumplimiento de las Convenciones de Derecho internacional humanitario, aunque en ese momento no prosperara tal idea más que como recomendación.

El proyecto aprobado por el IDI se centró en: a) la obligación de los Estados parte de elaborar una ley penal que sancionara las violaciones de la Convención de Ginebra (artículo 1); b) la obligación de comunicar tal ley —así como cualquier modificación ulterior— al Presidente de la Confederación suiza —en tanto que depositario del tratado— en un plazo de tres años (artículo 2); c) la posibilidad de que un Estado comunicara a través de un Estado neutral una solicitud de investigación de una violación, que debería llevar a cabo el Estado solicitado.

Está claro que el pensamiento positivista de final del siglo XIX frenó el desarrollo de la propuesta de creación de un tribunal penal internacional, así como variantes más suaves de internacionalización (convenio de ley tipo de tipificación y pena). Sin embargo, alimentó el debate sobre la necesidad y obligatoriedad de compromisos internacionales de los Estados sobre la sanción y castigo de las violaciones de la Convención de 1864, introduciendo en el debate las opciones de las comisiones de encuesta y los posibles poderes del Comité Internacional de la Cruz Roja, parte del edificio moderno de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, así como la posibilidad de que un Estado, en determinadas circunstancias asumiera obligaciones de investigación y/o persecución del delito.

No obstante, y desde el punto de vista normativo, no será hasta 1906 cuando la Convención de Ginebra, de mejora de la suerte de los heridos y enfermos en campaña recoja el testigo, al disponer en su artículo 28 que:

Los gobiernos firmantes se comprometen asimismo a adoptar o a proponer a sus cámaras legislativas, en caso de insuficiencia de sus leyes penales militares, las medidas necesarias para reprimir, en tiempo de guerra, los actos individuales de pillaje y malos tratos para con los heridos y enfermos de los ejércitos, así como para castigar la usurpación de insignias militares, el uso abusivo de la bandera y del brazalete de la Cruz Roja ya sea por militares o por particulares no protegidos por la presente convención. Los gobiernos firmantes se comunicarán por la intermediación del Consejo federal suizo las disposiciones relativas a tal represión, en un plazo inferior a los cinco años posteriores a la ratificación de la presente convención.¹⁸

¹⁸ Por su parte, el artículo 27 de la Convención de Ginebra de 1906 incluía una norma similar pero destinada a la protección del emblema de la Cruz Roja frente a abusos en todo

Esta disposición enfrenta la cuestión de la sanción, represión y castigo de las violaciones del Derecho internacional humanitario desde la lógica propia del positivismo imperante: el Derecho internacional como Derecho que regula las relaciones entre Estados no considera al individuo directamente destinatario de derechos y obligaciones. Por ello ha de apoyarse en el Estado como responsable de garantizar la aplicación y eficacia de las normas internacionales. Esta misma senda será seguida por el Convenio de La Haya de 1907, sobre adaptación de los principios de la Convención de Ginebra de 1906 a la guerra marítima (artículo 21).

LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL Y SU IMPACTO: *SI QUIERES PAZ...*

... *PREPÁRATE PARA LA GUERRA*

Si en el tránsito de siglo estaba clara la mayoritaria inclinación doctrinal y normativa por la solución nacional para la represión de las violaciones graves de la Convención de Ginebra sobre la suerte de los militares heridos y enfermos en campaña, no dejaba de ser paradójico el silencio sobre la cuestión de la represión y sanción de las violaciones de la Convención que codifica las leyes y costumbres de la guerra terrestre adoptada en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907.¹⁹ Si bien en la Convención de 1899 tampoco había disposición alguna sobre la represión de las violaciones, el vacío de 1907 es tanto más significativo por cuanto ya se había dado un paso normativo importante en 1906 al respecto.

En particular, el devenir de la Primera Guerra Mundial pondría de relieve la gravedad de tal ausencia. En este sentido, la Sociedad General de Prisiones francesa discutió estas cuestiones en 1916.²⁰ Más allá de la cuestión de la vía

tiempo (tiempo de guerra y también tiempo de paz). En realidad, esta disposición respondía al abuso «comercial» de la marca, pues en distintos países se estaban produciendo y comercializando productos sanitarios, médicos y protésicos bajo marcas comerciales que utilizaban el emblema de la Cruz Roja.

¹⁹ La única disposición relativa a la responsabilidad por la violación de sus normas se contiene en el artículo 3 de la Convención que codifica las leyes y costumbres de la guerra terrestre en 1907, que establece la responsabilidad pecuniaria (internacional) del Estado al que sean imputables las violaciones, siendo responsable de los actos cometidos por sus fuerzas armadas. No aborda en cambio la cuestión de la responsabilidad individual de aquellos que cometen las violaciones. Tampoco existe norma análoga en la Convención de 1929 sobre la mejora de la suerte de los prisioneros de guerra.

²⁰ Las discusiones versaron sobre temas como el procedimiento para resolver los conflictos de jurisdicción (*rationae materiae* y *loci*) en lo relativo a las responsabilidades por delitos cometidos en el marco de la guerra y los prisioneros de guerra durante las sesiones de 1916. Pueden consultarse los números de tales años que recogen la transcripción de las sesiones

nacional o internacional para la exigibilidad de la responsabilidad individual, empiezan a abordarse algunas de las claves del Derecho internacional penal moderno.²¹ Los temas candentes en la época eran la posible concurrencia de jurisdicciones eventualmente competentes respecto de los hechos de la guerra, la jurisdicción en territorio ocupado, el problema de los juicios en rebeldía, la alegación de orden de un superior como circunstancia eximente de la responsabilidad penal...

En ese contexto, alguna voz se deja oír aún a favor de la solución internacional. En la década de los años 20, son varios los autores que publican sobre la creación de un Tribunal de esta naturaleza o sobre la atribución de jurisdicción penal al Tribunal Permanente de Justicia Internacional (en adelante, TPJI).²² En el segundo grupo y entre los autores que proponían que el TPJI asumiera jurisdicción penal encontramos a Donnadieu de Vabres.²³ En el primer grupo encontramos autores como Paul Fauchille en 1920,²⁴ para quien los Estados deberían crear un alto tribunal internacional, como garante de la paz. Este tribunal estaría integrado por representantes de todos los Estados y no sólo de los beligerantes. El Comité Internacional de la Cruz Roja tendría una competencia de instrucción, así como la legitimación activa para iniciar el procedimiento.

en la *Revue pénitentiaire et de droit pénal: Bulletin de la Société générale des prisons*, Paris, Marchal et Billard, 1908-1998, que se encuentra disponible para consultar el texto completo *on line* en <http://www.enap.justice.fr/ressources/index.php?rubrique=4>.

²¹ PIC, P., «Violation systématique des lois de la guerre par les austro-allemands. Les sanctions nécessaires», *RGDIP*, 1916, tomo 23, pp. 243-268; MÉRIGNHAC, A., «De la sanction des infractions au droit des gens commises, au cours de la guerre européenne, par les empires du centre», *RGDIP*, 1917, tomo 24, pp. 5-56; RENAULT, L., «De l'application du droit pénal aux faits de la guerre», *RGDIP*, 1918, tomo 25, pp. 5-29 (que contiene el informe presentado ante la Sociedad General de Prisiones); GARNER, J. W., «Punishment of offenders against the laws and customs of war», *AJIL*, 1920, vol. 14, pp. 70-94.

²² La CPJI no fue el primer tribunal internacional que se creó. En 1907 y a nivel regional, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador crearon el Tribunal de Justicia Centroamericano, en virtud del Tratado de Washington de 20 de Diciembre de 1907, y que funcionó hasta el 12 de marzo de 1918. Una de las características más notables de este Tribunal es que no sólo admitía demandas inter-estatales sino también individuales frente a Estados. En total resolvió 10 casos, de los cuales 7 fueron demandas de particulares en relación con la protección de derechos humanos, no siempre resueltas sobre el fondo por problemas formales.

²³ DONADIEU DE VABRES, «La Cour permanente de Justice internationale et sa vocation en matière criminelle», *Revue internationale de droit pénal*, 1924, pp. 175 y ss.

²⁴ FAUCHILLE, P., «Le respect des règles de la Croix Rouge. Simples notes», *RICR*, 1920, pp. 641-654.

Los Estados debían, según esta propuesta, concluir un tratado internacional que estableciera claramente la responsabilidad personal de los culpables de violaciones de las leyes de la guerra, así como las penas en las que los individuos podrían incurrir. Igualmente, más cerca de la doctrina penalista, Vespasian Pella dedicó casi todos sus esfuerzos doctrinales a la elaboración de un Derecho penal internacional.²⁵ En línea de trabajo análoga es necesario subrayar la contribución internacional de la obra del jurista, sociólogo y criminólogo español Quintiliano Saldaña (1878-1938).²⁶ En 1926, se ocupó de la cuestión la Asociación Internacional de Derecho Penal (creada en 1924) en el I Congreso Internacional de Derecho Penal que tuvo lugar en Bruselas (26-29 de julio de 1926), como tercer punto de su congreso.²⁷

Con estos desarrollos teóricos doctrinales en conexión con los hechos de la Primera Guerra Mundial se franqueaba una puerta que había estado cerrada por las teorías positivistas imperantes: la posibilidad de considerar la existencia de responsabilidad individual por violación de normas internacionales que, en principio, imponen obligaciones a los Estados. En este caso se trataba de normas —las relativas a la limitación de los medios de combate de la Convención de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre— cuyo destinatario claro —o al menos, aparente— son los Estados parte al referir las obligaciones al «belligerante». Al terminar la Primera Guerra Mundial no se trataba de una mera cuestión teórica. Por ello, la Conferencia de Paz preliminar creó una Comisión el 25 de enero de 1919 para elaborar un informe sobre las responsabilidades derivadas de la guerra. Dicha comisión presentó sus conclusiones el 19 de marzo de 1919.²⁸

En el informe se indicaba que la responsabilidad penal individual debía extenderse a toda la cadena de mando, con independencia del rango o del hecho de

²⁵ PELLA, V., *La criminalité collective des États, et le droit penal de l'avenir*, Boucarest, Imprimerie de l'État, 1925, 360 páginas; «La répression de la piraterie», *RCADI*, 1926, tomo 15, p. 145-275; «La répression des crimes contre la personnalité de l'État», *RCADI*, 1939-III, tomo 33, pp. 816-830.

²⁶ SALDAÑA, Q., «La justice pénale internationale», *RCADI*, 1926, t. 10, pp. 223-429.

²⁷ «La Corte Criminal Internacional. ¿Hay que crear una jurisdicción criminal internacional y, en caso afirmativo, cómo organizarla?», I Congreso Internacional de Derecho Penal que tuvo lugar en Bruselas (26-29 de julio de 1926). Se encuentra disponible *on line*: http://www.penal.org/sites/default/files/NEP_23_esp.pdf.

²⁸ «Commission on the responsibility of the authors of the war and on enforcement of penalties. Report presented to the preliminary peace conference», *AJIL*, 1920, vol. 14, pp. 112-124.

ejercer soberanía, y no sólo por los actos de violación sino también por las conductas omisivas. Junto a esta noción amplia de responsabilidad penal individual, la Comisión proponía la creación de un Alto Tribunal Penal Internacional.²⁹

El Tribunal estaría compuesto por 20 miembros elegidos de entre jueces civiles y militares de los Estados vencedores y sus aliados.³⁰ El Derecho aplicable por el tribunal sería «*los principios del Derecho de las naciones, tal y como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública*».³¹ La pena sería fijada por el tribunal de acuerdo con lo previsto en cualquiera de los ordenamientos de los Estados representados en el tribunal o del Estado del que fuera nacional el acusado. El Tribunal establecería su propio procedimiento y podría actuar en salas de al menos 5 jueces. Podría solicitar que cualquier tribunal nacional asumiera la fase de instrucción del procedimiento e incluso el propio juicio y la sentencia. El Tribunal podría designar expertos que le asesoraran durante el procedimiento. La elección de los casos y la apertura de la investigación dependería de una Comisión fiscal compuesta por cinco miembros.³² Ningún tribunal nacional podría juzgar a una persona con una causa abierta ante este Tribunal internacional.³³ El principio *ne bis in idem* jugaba de una doble manera: se aplicaba para impedir que una persona enjuiciada por el tribunal internacional pudiera luego ser juzgada por los mismos hechos por un tribunal nacional. En cambio, no impedía que, tras una sentencia de un tribunal enemigo, pudiera abrirse juicio ante el tribunal internacional o ante los tribunales internos de los aliados en su defecto (protección frente a «juicios escudo» ante los tribunales de los Estados «culpables»³⁴).

²⁹ «Commission on the responsibility...», 1920, *cit.*, pp. 121-124, que incluye el texto completo de la propuesta.

³⁰ Tres jueces procedentes de cada uno de los siguientes estados: Estados Unidos de América, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón. En cambio, nombrarían un único magistrado Bélgica, Grecia, Polonia, Portugal, Rumanía Serbia y Checoslovaquia.

³¹ Sin citarla expresamente, hace sin duda referencia a la redacción de la llamada Cláusula Martens inserta en el preámbulo de las Convenciones de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y 1907.

³² Nombrados por Estados Unidos de América, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón, aunque cualquier otro gobierno podría nombrar un representante.

³³ Consagrando así un principio de preferencia de la jurisdicción internacional, a diferencia del principio de jurisdicción subsidiaria recogido en la actualidad en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

³⁴ Recuerda a lo que modernamente se incluye como principio de cosa juzgada en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el artículo 9 del

Sin embargo, el Tratado de Paz de Versalles recogió una solución distinta y más conservadora en sus artículos dedicados a sanciones (227 a 210),³⁵ a pesar de lo cual debe valorarse como una gran aportación en el lento camino del desarrollo de un Derecho internacional penal. El Tratado estableció con claridad la responsabilidad penal individual de los responsables de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra en su artículo 228.³⁶ Asimismo, incluyó una disposición que remitía a los tribunales nacionales las causas penales. El artículo 229 atribuía a la jurisdicción de los tribunales aliados las causas contra los inculpados de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra en razón de un título de competencia de personalidad pasiva (nacionalidad de la víctima), y no de territorialidad (lugar de comisión de los actos). En el supuesto de que existieran víctimas de varias nacionalidades, se habría de constituir un tribunal mixto.³⁷

Junto a este principio general de responsabilidad penal individual que se hacía efectivo a través de las jurisdicciones nacionales, el artículo 227 del Tratado de paz de Versalles —quizás el más conocido— establecía la jurisdicción internacional para el establecimiento de la responsabilidad del Kaiser Guillermo II, a través de un tribunal internacional compuesto por cinco jueces designados por los aliados: Estados Unidos, Imperio Británico, Francia, Italia y Japón.³⁸

Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda y el artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

³⁵ Puede leerse el texto íntegro del tratado en la colección de textos de la Universidad de Yale del proyecto Avalon: <http://avalon.law.yale.edu/>.

³⁶ «The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities».

³⁷ «Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned.

In every case the accused will be entitled to name his own counsel».

³⁸ «The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

Fueron numerosas las críticas ya en la época a esta propuesta, y basadas en diferentes motivos: irresponsabilidad del soberano e inmunidad de jurisdicción, principio de irretroactividad de la ley penal, prohibición de tribunales especiales no pre-constituídos...³⁹ motivos algunos que se harán recurrentes tras la IIGM en relación con los juicios de Nuremberg y Tokio e incluso tras la creación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los tribunales penales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda. Tan sólo con la creación de la Corte Penal Internacional, mediante tratado y sin jurisdicción retroactiva se llegará a pacificar la doctrina en este sentido.

Pero fue especialmente controvertida la naturaleza de la responsabilidad que se exigía al Káiser,⁴⁰ pues no quedaba claro su naturaleza penal e individual. Y ello contradecía los trabajos preparatorios del Tratado de Paz que se inclinaban por no excepcionar o diferenciar la responsabilidad de gobernantes de la de otros sujetos.

Esta solución —responsabilidad penal ante un Tribunal internacional, incluida la responsabilidad penal del Káiser— no llegó a plasmarse en el Tratado de Paz por la oposición de algunos Estados y, en concreto, por la posición contraria de Japón y Estados Unidos de América. De un lado, alegaban la inmunidad del Jefe del Estado (aunque limitándola al tiempo durante el cual ejerciera sus funciones), de otro lado, no aceptaban la responsabilidad del superior por omisión ni la creación de una institución internacional que sería contraria al derecho a un juicio por un tribunal pre-establecido.⁴¹

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.

³⁹ MÉRIGNHAC, A., «De la sanction des infractions...», 1917, *cit.*, pp. 28-53; LE FUR, Louis, «Guerre juste et juste paix», RGDIP, 1919, tomo 26, pp. 9-75, pp. 268-291 y pp. 349-405, en particular las páginas 367-386 dedicadas a las sanciones; GARNER, J. W., «Punishment of offenders...», 1920, *cit.*, pp. 89-93.

⁴⁰ El káiser se asiló en los Países Bajos —que había sido neutral durante el conflicto— al finalizar la guerra. La Reina Guillermina se negó a extraditarlo, a pesar de las solicitudes de los Aliados.

⁴¹ «Commission on the responsibility...», 1920, *cit.*, Anexo II, pp. 127-151.

Y estas carencias del Tratado y la contradicción con el informe de la Comisión que debía analizar las responsabilidades derivadas de la guerra pueden explicar que, inmediatamente después de la creación de la Sociedad de las Naciones por el Tratado de Paz de Versalles, volviera a resurgir la idea de un tribunal penal internacional.

El Comité de Juristas encargado de preparar el proyecto de Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional presentó tres resoluciones a la atención del Consejo y de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en julio de 1920.

La segunda de ellas, propuesta por el presidente del Comité Barón Descamps, incluía un proyecto de Alta Corte de Justicia Internacional, distinta de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y encargada de juzgar los crímenes que constituyan una violación del orden público internacional o del Derecho internacional universal. Los asuntos debían serle enviados al Tribunal por el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. El tribunal podría fijar la naturaleza de los crímenes, la duración de la pena y decidir los medios para la ejecución de las sentencias. Desde un principio, la competencia de este Tribunal se centraba en la responsabilidad por actos contrarios al *ius in bello*. En concreto, el Derecho aplicable incluiría las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, la Declaración de San Petersburgo, las Convenciones de Ginebra y su adaptación a la guerra marítima.⁴²

La Asamblea de la Sociedad de las Naciones no discutió en profundidad esta propuesta, considerando que si fuera necesario podría en el futuro atribuirse a un departamento de la CPJI la competencia en el marco de futuros desarrollos de Derecho internacional penal. Así, la Asamblea consideró prematura la cuestión.

En cambio, se debatió la idea en la *International Law Association* entre 1922 y 1926:⁴³ en 1922 en su 31.ª Conferencia en Buenos Aires se consideró urgente y esencial para los intereses de la justicia la creación de tal tribunal. En 1924, su

⁴² PHILLIMORE, G.G., «An International Criminal Court and the Resolutions of the Committee of Jurists», *BYBIL*, 1922-1923, pp. 79-86. En contra de este proyecto, BRIERLY, J. L., «Do We Need an International Criminal Court?», *BYBIL*, 1927, pp. 81-88.

⁴³ MacCORMACK, T.L.H., «From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime», pp. 52-53, en MacCORMACK, T. L. H. y SIMPSON, G. J. (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, 1997. Sin embargo, MacCormack atribuye a este proyecto un carácter innovador tanto respecto a la cuestión institucional como a la noción de responsabilidad penal individual como distinta y separada de la responsabilidad internacional del

33.^a Conferencia reunida en Estocolmo debatió un proyecto de estatutos presentado por Bellot,⁴⁴ nombrándose una comisión para su estudio.⁴⁵ Y en 1926, en la 34.^a Conferencia en Viena se adoptó por amplia mayoría un proyecto de Estatuto.⁴⁶ Sin embargo, algunos de los participantes creían aún que la estructura del Derecho internacional de la época era básicamente interestatal y no podían contemplar la posibilidad de sujeción directa del individuo al Derecho internacional.⁴⁷

A pesar de que ninguno de estos proyectos salió adelante, el debate propiciado por la IGM fue más que prolífico. En las negociaciones para la adopción de la Convención de 1929, de Ginebra, para la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña, algunas delegaciones barajaron opciones internacionalistas. De un lado, la delegación francesa propuso la creación de un tribunal arbitral encargado de la sanción de las violaciones. De otra parte, la delegación turca se inclinaba por una jurisdicción internacional para la interpretación de la convención así como para conocer de las violaciones de la mis-

Estado que, como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, no es tan novedosa entre 1922-1926.

⁴⁴ Los trabajos de Bellot sobre responsabilidad penal por crímenes de guerra comienzan con anterioridad a este proyecto y se prolongan en el tiempo hasta su prematura muerte en 1928: BELLOT, H.H.L., «War crimes, their prevention and punishment», *Nineteenth Century and After*, vol. 80, 1916, pp. 636-660; «War Crimes and War Criminals», *Canadian Law Times*, vol. 36, 1916, pp. 754-768 y pp. 876-886; vol. 37, 1917, pp. 9-22; «War Crimes: Their prevention and punishment», *Problems of War*, vol. 2, 1916, pp. 31-55; *International Law Association*, «Report of the Thirty-fifth Conference», p. vii; PHILLIMORE, G. G. and BELLOT, H.H.L., «Treatment of prisoners of War», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 5, 1919, pp. 47-64.

⁴⁵ Una obra crítica sobre la historia de la creación de la Corte Penal Internacional en la que se pone a prueba las motivaciones de Bellot y las tendencias históricas de su época como punto inicial del debate sobre jurisdicción penal internacional, con la que no estamos sin embargo de acuerdo, es la tesis de McCOY, H., *The International Criminal Court: Mapping the Politics of Myth Construction on the «Road to Rome»*, University of Sidney, 2013. La obra citada permite comprender, eso sí, las motivaciones de Bellot para proponer un tribunal diferenciado de la CPJI. En particular, se recomienda la lectura del capítulo I, «A Discourse on Civilisation: Dr. Hugh H.L. Bellot and the Alter Ego of the Permanent Court of International Justice», pp. 13-31, disponible en http://ses.library.usyd.edu.au/bitstream/2123/10251/1/mccoy_h_thesis_2013.pdf.

⁴⁶ *International Law Association, Report of the Thirty-Fourth Conference Held at the Imperial Palace and The Chamber of Commerce*, Vienna, August 5th to August 11th, 1926, London, Sweet & Maxwell, 1927.

⁴⁷ WEXLER, L. S., «The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal», *Cornell International Law Journal*, vol. 29, Issue, 3, 1996, p. 671.

ma. En este caso, hacían una doble propuesta, bien creando una jurisdicción especial bien atribuyendo dicha jurisdicción a la CPJI, puesto que el Estatuto de la CPJI extendía su jurisdicción a todos los asuntos que las partes le sometieran y a «los que se prevean en tratados internacionales». Esta propuesta llevaba a entender que los Estados, a través de un tratado como la Convención de 1929, podrían atribuir competencia penal internacional sobre violaciones cometidas por individuos a la CPJI.⁴⁸

El texto final del tratado fue mucho más modesto y, aun así, supuso un nuevo paso adelante. La tercera versión de las normas para la mejora de la suerte de los soldados heridos y enfermos en campaña, recogida en la Convención de Ginebra de 1929, dedicó sus artículos 28 a 30 a la represión y sanción de las violaciones. Consagró una doble vía para la exigencia de responsabilidad:⁴⁹ de un lado, la exigencia de la responsabilidad del infractor persona física debe configurarse en el Derecho interno (artículo 29) y, de otro lado, se prevé la posibilidad de que cualquier beligerante —no necesariamente Estado parte en la Convención— solicitara la apertura de una investigación con respecto de cualquier violación de la convención, conforme a lo dispuesto en su art. 30:

Deberá abrirse una investigación con respecto a cualquier violación alegada de la Convención, a petición de un beligerante, y conforme a la modalidad fijada por las partes interesadas; una vez constatada la violación, los beligerantes le pondrán fin y la reprimirán lo más pronto posible.

Con ello, comienza a internacionalizarse en el Derecho positivo la represión y sanción de las violaciones de una parte del *ius in bello*, aunque sea en su di-

⁴⁸ Sobre la cuestión de la revisión de la Convención de Ginebra que dio lugar al texto aprobado en 1929, que incluía junto a la solución nacional una posible comisión de encuesta entre beligerantes con participación de neutrales (artículo 30 de la Convención), donde se relatan estas propuestas alternativas, *Vid.* MONEIM RIAD, M.A., «L'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne (Convention de Genève du 27 juillet 1929)», *RGDIP*, 1930, tomo 37, pp. 542-544; SCHINDLER, D., «Remarques sur la révision de l'article 30 de la Convention de Genève», *RICR*, 1937, pp. 510-519; HAMMARSKJÖLD, A., «Révision de l'article 30 de la Convention de Genève. Conclusions de la consultation de M. Hammarskjöld, membre de l'Institut de Droit International», *RICR*, 1938, 428-442; «Révision de l'article 30 de la Convention de Genève du 27 juillet 1929: Propositions de la Croix Rouge néerlandaise. Commentaire de F. Donker-Curtius. Proposition de C. Gorgé. Opinion énoncée par M. le professeur Basdevant», *RICR*, 1938, pp. 485-507.

⁴⁹ El artículo 27, por primera vez, incorpora la obligación de los Estados parte de instruir y formar a sus tropas en el conocimiento y respeto de las normas de la Convención, como medio de prevención de las infracciones. El artículo 28 se encarga de la protección del emblema de la Cruz Roja frente a los abusos comerciales y mercantiles del mismo.

mención humanitaria. La discrecionalidad de la jurisdicción territorial viene así limitada por el Derecho internacional.

De hecho, todo este movimiento doctrinal y normativo es el caldo de cultivo en el que se gestó el primer intento normativo de puesta en práctica de una jurisdicción penal internacional, aunque por razones diversas no llegó a entrar en vigor.

La propia Sociedad de las Naciones, en el marco de la prevención y sanción del terrorismo y como consecuencia del atentado que tuvo lugar en Marsella el 9 de octubre de 1934 y que acabó con la vida del rey de Yugoslavia Alejandro I y el Ministro de Asuntos Exteriores francés, comenzó a trabajar en sendos proyectos de tratados sobre terrorismo, uno normativo y otro institucional. Aunque se iniciaron los trabajos en 1934, los textos no fueron adoptados hasta la Conferencia para la Represión del Terrorismo, que tuvo lugar en la sede central de la Sociedad de Naciones, en Ginebra, del 1 al 16 de noviembre de 1937.

En el primero de los tratados —el que llamamos normativo— se establecía la definición de terrorismo, los tipos delictivos y, por primera vez en la historia del Derecho internacional penal, el principio *aut dedere aut judicare*⁵⁰ que transforma el derecho del Estado a ejercer su jurisdicción penal en obligación, sujeta a la elección de juzgar o extraditar al país que desee juzgar intentando así poner coto a la impunidad.⁵¹ Es, por tanto, un paso adelante en el modelo clásico de represión nacional de conductas internacionales tipificadas iniciado por la Convención de Ginebra de 1906 y su adaptación a la guerra marítima de 1907, que se basaba en la jurisdicción fundamentalmente discrecional y territorial del Estado.

En el segundo de los textos propuestos —que designamos como institucional y que llevaba por título *Convention for the Creation of an International Criminal Court*— se instituía una corte penal internacional.⁵² Este texto era di-

⁵⁰ Establecido en el artículo 9 como obligación del Estado que no puede extraditar a sus propios nacionales en caso de ser presuntos autores de uno de los delitos y ser procesado en otro Estado; en el artículo 10 se prevé el mismo principio —extradición o juicio— de cualquier extranjero. El texto está disponible en <http://www.wdl.org/es/item/11579/>.

⁵¹ En el caso concreto del atentado de 1934, el dirigente de la célula terrorista residía en la Italia de Mussolini, donde fue detenido (aunque hay fuentes que narran que fue una detención fingida). Italia se negó a extraditar, a colaborar en la investigación y a juzgar, como ya hubiera ocurrido en el supuesto del Káiser y los Países Bajos.

⁵² Puede encontrarse una comparación entre el Tribunal Penal internacional propuesto por el Comité de Juristas en 1920 ante la Sociedad de las Naciones y el diseñado en esta Convención de 1934 en EUSTHATIADÈS, C., «La Cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité internationale des États»,

rectamente dependiente del primero, de tal forma que no podía ratificarse sin ser parte en el convenio normativo, y el tratado no podía entrar en vigor si el relativo a la tipificación no estaba en vigor.⁵³ Igualmente la denuncia del convenio de tipificación implicaba automáticamente la denuncia del convenio «institucional».

La corte se consideraba un instrumento subsidiario en el cumplimiento de la obligación principal de los Estados de «juzgar o extraditar»: el Estado en cuyo poder se encontrara el terrorista podía remitir el asunto a la corte penal internacional en lugar de juzgarlo él mismo. Si decidía extraditar y el Estado que solicitaba su entrega también era parte del tratado institucional podía remitir el inculpado a esta, conforme disponía el artículo 3 del tratado «institucional».

La corte estaría compuesta por cinco jueces titulares y cinco suplentes, de nacionalidades diferentes (artículo 5) y sería permanente (artículo 2). Su competencia sería facultativa o voluntaria, puesto que la legitimación activa la detentarían los Estados sin que existiera una obligación de someter el caso a la corte. El Derecho aplicable sería el del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito. En caso de duda, la corte decidiría (artículo 17). Aunque los particulares no tendrían acceso al Tribunal como demandantes, podrían constituirse en parte civil con acceso pleno al expediente una vez abierto un caso concreto.

Este tratado, adoptado el 16 de noviembre de 1937 y firmado por 13 Estados nunca llegó a entrar en vigor.⁵⁴ Poco después, se iniciaría la Segunda Guerra Mundial que llevaría a otra etapa —mucho mejor conocida— en la historia de la responsabilidad penal internacional del individuo.

RGDIP, 1936, t. XLIII, pp. 385-415. El texto del tratado puede encontrarse en 19 League of Nations O.J. 23 (1938). Puede igualmente consultarse en BASSIOUNI, CH., *International Terrorism: Multilateral Conventions (1937-2001)*, Brill, 2001, pp. 79-92 (y pp. 71-79 para el Convenio de definición del terrorismo).

⁵³ La entrada en vigor y puesta en marcha del Tribunal era sumamente compleja. Una vez en vigor el convenio «normativo» o de tipificación, y en el plazo de un año desde la recepción por el Secretario General de la Sociedad de las Naciones del séptimo instrumento de ratificación o adhesión al tratado, el gobierno de los Países Bajos debía convocar una reunión de Estados parte. En la citada reunión debía fijarse la fecha en la que el Tribunal comenzaría a funcionar, exigiéndose un acuerdo para ello por mayoría de dos tercios, pero nunca con menos de seis votos.

⁵⁴ SOTTILE, A., «Le terrorisme international», *RCADI*, 1938-III, t. 65, pp. 89-184, en particular las pp. 139-178.

CONCLUSIÓN: *NO POR MUCHO MADRUGAR...*

... *AMANECE MÁS TEMPRANO*

El Derecho internacional penal alcanza su mayor visibilidad con la creación de la CPI en 1998. Pero el Derecho internacional penal es en cierto sentido la suma de la tipificación internacional de comportamientos individuales que violan gravemente valores comunes y de una pluralidad de mecanismos para exigir la responsabilidad, cuyo resultado es la limitación de la discrecionalidad del Estado.

Tal limitación se da con el ejercicio de la jurisdicción por la CPI; pero también existe cuando el ejercicio de la jurisdicción penal está condicionado a obligaciones como la de extraditar si no se juzga o a tolerar el ejercicio de la jurisdicción por distintos Estados bajo conexiones jurisdiccionales no territoriales e incluso sin ningún criterio de conexión (jurisdicción universal) o cuando el ejercicio de la jurisdicción territorial en principio discrecional deviene obligatorio.

Sin embargo, todos estos conceptos y técnicas jurídicas surgen lentamente de discusiones doctrinales y propuestas normativas a lo largo de ciento veinticinco años. En ese *iter* se irán construyendo los cimientos de un sistema en el que el Estado soberano deje de ejercer de manera discrecional su poder de juzgar determinadas conductas consideradas contrarias a valores de la comunidad internacional en su conjunto, valores que, además, serán definidos multilateralmente.

Siendo cierta la afirmación de que el positivismo imperante a nivel doctrinal y entre los Estados a final del siglo XIX y comienzos del siglo XX impide encontrar un ancestro de la CPI en el Derecho positivo antes de la Segunda Guerra Mundial, no deja de ser igualmente veraz que la CPI es punta del iceberg en un ancho mar. El camino andado se inicia en el siglo XIX y alcanza un momento clave de discusión en el entorno de la Primera Guerra Mundial y las dos décadas inmediatamente posteriores.

El punto de partida original no es otro que la Convención de 22 de agosto de 1864 para la mejora de la suerte de los heridos y enfermos en campaña, primer gran tratado multilateral de protección de la persona —en circunstancias concretas—. Este tratado suscitará dos debates. De manera indirecta, inducirá a considerar si el individuo es destinatario directo de normas, derechos y obligaciones en Derecho internacional. El segundo debate, desatado de manera directa e inmediata, es el de los mecanismos efectivos y eficaces para garantizar su aplicación a través de la represión de sus violaciones.

En un primer momento se opuso una visión internacionalista doctrinal a una estrictamente estatal y normativa. En 1872 Gustave Moynier presenta ante el Comité Internacional de la Cruz Roja su propuesta de Tribunal Penal Internacio-

nal —tribunal arbitral y, por tanto, *ad hoc*—. En 1906, la Convención de revisión de las normas de 1864 sobre mejora de la suerte de heridos y enfermos en campaña incorpora la solución nacional como vía para exigir la responsabilidad penal de los individuos culpables de la violación de las normas de la convención. Y entre la propuesta de 1872 y las Conferencias de Paz de la Haya se produce una nutrida controversia doctrinal recogida en la *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, reproducida y ampliada luego en el *Institut de Droit International*.

De estas discusiones saldría reforzada la opción de la jurisdicción nacional, pero —gracias al propio Federico de Martens— entraría en liza la cuestión de las posibles facultades del Comité Internacional de la Cruz Roja para iniciar y elaborar investigaciones sobre las violaciones, que tras la Primera Guerra Mundial volvería a suscitar Paul Fauchille. Con ello se introducía una primera noción de limitación —relativa— de la discrecionalidad y libertad del Estado en el ejercicio de su jurisdicción penal.

La Primera Guerra Mundial supuso la constatación flagrante de las violaciones a las normas en vigor, no sólo las de 1864 y 1906 respecto de las que se venía discutiendo, sino la violación masiva y grave de las normas de la Convención de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. En la Conferencia de Paz de La Haya los Estados habían simplemente ignorado la cuestión de la sanción y represión de sus violaciones. Y, por tanto, tras la guerra el vacío era notorio.

El Comité de Juristas instituido por la Conferencia de Paz Preliminar para examinar la cuestión de las responsabilidades derivadas de la guerra planteará una amplia noción de responsabilidad penal individual que incluirá la de los gobernantes —sin posibilidad de alegar la inmunidad— y propondrá la creación de un Tribunal Penal Internacional para el ejercicio de la jurisdicción.

Esta solución, apoyada por sectores de la doctrina penalista e internacionalista será rechazada por Estados Unidos y Japón en la Conferencia de Paz. Por ello, el Tratado de Paz de Versalles optó por la solución nacional aceptando la creación de un Tribunal Internacional sólo para un enjuiciamiento —no penal sino casi político— del Kaiser, que nunca llegó.

Nuevamente la historia se mueve entre el idealismo de una parte de la doctrina, inclinada hacia la opción internacionalista y el realismo estatal, que daba preponderancia a la jurisdicción nacional. En todo caso, el paso que no tenía vuelta atrás era el de reconocer responsabilidad penal individual por violación directa de normas internacionales. Y la posibilidad de que tal responsabilidad fuera exigible ante tribunales no sobre la base del principio de jurisdicción territorial sino del principio de nacionalidad de la víctima.

En la etapa post-IGM, el último paso de relevancia crucial será salir del ámbito de los «delitos de» o «con motivo de» la guerra para ampliar el concepto de responsabilidad penal individual a otras conductas graves que atentan contra valores comunes en el ámbito internacional. Y junto a ello, la concreción por primera vez en un texto convencional internacional de una solución basada en una corte penal internacional. Aunque por desgracia nunca llegara a entrar en vigor, el Convenio de 1937 para la sanción y represión del terrorismo fue un puente entre el idealismo doctrinal visto y la actitud realista y reaccionaria de los Estados que sólo había confiado hasta entonces en la solución nacional. El convenio establecía una importantísima limitación de la jurisdicción nacional en materia penal. El Estado no es libre de juzgar sino que en caso de no hacerlo tendrá la obligación de extraditar —principio *aut dedere aut judicare*—. Junto a esta propuesta, un segundo Convenio para la Creación de una Corte Penal Internacional consagraba la posibilidad de crear un tribunal penal internacional para enjuiciar los delitos de terrorismo. La eficacia de tal convenio, sin embargo, estaba condicionada a la entrada en vigor del Convenio general sobre terrorismo, truncado por la inminente Segunda Guerra Mundial.

El Derecho internacional penal tal y como lo concebimos y aplicamos hoy debe mucho a esas décadas previas y posteriores a la Primera Guerra Mundial. Tanto la afirmación de la idea de que los *individuos pueden ser destinatarios directos de obligaciones establecidas por el Derecho internacional* —base del concepto que se forjará más modernamente de subjetividad internacional del individuo— como la noción de *limitación de la discrecionalidad soberana en el ejercicio de la jurisdicción penal*, bien por la admisión de bases de jurisdicción distintas a la territorial —como la nacionalidad de la víctima— bien por la sujeción de la voluntad de juzgar a la obligación alternativa de extraditar, bien por el diseño de posibles instituciones jurisdiccionales internacionales, son parte de un camino que debía recorrerse despacio para llegar a buen puerto.

Este largo camino, con más de 125 años de historia, es uno de esos hitos que hacen al ser humano crecer en dignidad. Dos Guerras Mundiales han sido necesarias, sí, pero también la reflexión y crítica de muchos autores y hombres de Estado que pusieron su empeño en un horizonte alcanzable: la lucha contra la impunidad.

Como dijera Antonio Machado,

Despacito y buena letra:
El hacer las cosas bien
importa más que el hacerlas.

(*Proverbios y Cantares*, XXIV, 1909)