

ARTÍCULO ORIGINAL

La Corte Penal Internacional y España dos décadas después

(Nota recordatoria)

The International Criminal Court and Spain two decades later

(Reminder note)

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre*

Académico de Número de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España

j.a.tomasortiz@gmail.com

RESUMEN

En el presente artículo el autor recuerda, al cumplirse los veinte años de su creación, las líneas históricas básicas que marcaron la larga trayectoria de la actual Corte Penal Internacional desde que se gestó la idea de crearla a mediados del pasado siglo XX hasta la entrada en vigor de su Estatuto el 1 de julio de 2002, y también desde esa fecha hasta hoy los principales casos que ha conocido. Por otra parte, el autor destaca los aspectos más relevantes del Estatuto, para pasar a tratar la situación de España que si bien ratificó el Estatuto lo hizo sin la preceptiva modificación previa de la Constitución habida cuenta de que uno de los artículos del Estatuto se opone frontalmente a otro de la Constitución. El artículo finaliza, a la vista de esta grave anomalía que infringe la Constitución, con algunas reflexiones sobre aspectos referentes a la imparcialidad de la Justicia que en todo caso debe prevalecer.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional. Artículo 27 del Estatuto; Constitución española, Artículo 56.3; Constitución española. Artículo 95.1; Constitución española. Artículo 64.2 .

ABSTRACT

In this paper, the author recalls, on the twenty-year anniversary of its creation, the basic historical lines that marked the long trajectory of the current International Criminal Court since the idea of creating it was conceived in the middle of the last 20th century until its entry into force of its Statute on July 1, 2002, and also from that date until today the main cases that it has heard. On the other hand, the author highlights the most relevant aspects of the Statute, to go on to discuss the situation in Spain which, although it ratified the Statute, did so without the prior mandatory modification of the Constitution, given that one of the articles of the Statute opposes frontally to another of the Constitution. The paper ends, in view of this serious anomaly that violates the Constitution, with some reflections on aspects related to the impartiality of Justice that in any case must prevail.

KEYWORDS: International Criminal Court. Article 27 of the Statute; - Spanish constitution. Article 56.3; - Spanish constitution. Article 95.1; - Spanish constitution. Article 64.2.

* Ex presidente de la Sección de Derecho de la RADE.

1.- EL ITER HACIA UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL: DE LA IDEA A LA REALIDAD

La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”), que se celebró en Roma, entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, aprobó en éste último día el Estatuto de la CPI¹ (en adelante “ el Estatuto”) que entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2002,² es decir, el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, tal como determina el artículo 126, párrafo 1, del citado Estatuto.³ Han pasado, pues, dos décadas desde el inicio de las funciones de este nuevo órgano judicial internacional, con sede en La Haya, conforme establece el artículo 3. 1 de su Estatuto. Pero para llegar a esta realidad hubo de recorrerse un largo camino que comenzó en 1950. Naturalmente no se pretende aquí escribir una historia pormenorizada de esa andadura, sino únicamente recordar los momentos y aspectos más relevantes de la misma. Fue en el quinto período de sesiones de las Naciones Unidas, cuando la Asamblea General instó a la Comisión de Derecho internacional a examinar la posibilidad de la creación de un órgano judicial internacional, que se estimaba oportuno, a los efectos de poder juzgar el delito de genocidio, sobre el que ya se había elaborado un tratado internacional, el 9 de diciembre de 1948, si bien éste no entraría en vigor, de forma general, hasta el 12 de enero de 1951, esto es: la “Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio”,⁴ y otros *delicta iuris gentium*. La citada Comisión coincidió con la Asamblea General en que la creación de una CPI no sólo era conveniente sino que además era perfectamente posible, pero como un órgano totalmente

¹ Sobre la CPI vid. Orihuela Calatayud, Esperanza: *Las víctimas y la Corte Penal Internacional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014; Casasola Gómez-Aguado, Alfonso: *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018; Álvarez Arcá, Ignacio *et al.*: *La Corte Penal Internacional 20 años después*, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021

² La primera sentencia no se dicta hasta el 14 de marzo de 2012, en el caso del congoleño Thomas Lubanga Dyilo al que la Sala de Primera Instancia de la CPI encontró culpable de un crimen de guerra por el que fue condenado a catorce años de prisión (vid. texto de la sentencia en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1438370.pdf>); sobre ella vid. Ambos, K.: *El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor c. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas*, en *Indret*, 3/2012 (<http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>), con posterioridad se publicó la obra colectiva editada por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner: *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, Unión Gráfica Ltda., Colombia, 2014, en la que el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional estudia diversos aspectos del caso Lubanga, tanto de Derecho procesal como de Derecho penal; vid. también Bonomo, E.: *La sentenza della Corte penale internazionale contro Lubanga Dyilo: il primo caso di complementarietà calpestate?*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6.3, 2012, pp. 580-585. Posteriormente la CPI dictó sentencia el 7 de agosto de 2012 en relación a la reparación a las víctimas, vid. sobre ella López Martín, A. G.: *Primera sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, julio-diciembre, 2013, pp. 209-226, y la bibliografía allí citada.

³ Vid. su texto en Andrés Sáenz de Santa María, Paz: *Legislación básica de Derecho internacional público*, 22ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2022, pp. 699-769. La primera ratificación depositada fue la de Senegal en febrero de 1999.

⁴ Aunque no entraría en vigor de modo general hasta el 12 de enero de 1951. Por lo que atañe a España la vigencia comenzó el 13 de diciembre de 1968 y el Instrumento de adhesión fue publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) número 34, de 8 de febrero de 1969.

nuevo por lo que no consideró oportuno que esa corte se instituyese como una sala dentro de la ya existente Corte Internacional de Justicia creada por la Carta de las Naciones Unidas (artículos 92 a 96), a imagen de su antecesor Tribunal Permanente de Justicia Internacional,⁵ que fue el máximo órgano judicial de la ya, en aquél momento, extinta Sociedad de Naciones.⁶ A la vista de ello en ese mismo período de sesiones se creó por la Asamblea General una comisión especial de diecisiete miembros con la finalidad de que redactase uno o varios proyectos de convención y cualesquiera proposiciones de cara a la creación de un Tribunal Penal Internacional regulado por su propio Estatuto, y dicha Comisión, reunida en Ginebra en agosto de 1951, redactó un proyecto de normas estatutarias. La Comisión fue de la opinión de que el Tribunal, que tendría un carácter permanente y no *ad hoc*, fuese establecido mediante una convención fruto de una conferencia internacional convocada por la Asamblea General y no por medio de una mera resolución de ésta. Esa Corte estaría compuesta por nueve magistrados designados por los Estados parte en el Estatuto por un período de nueve años (la actual CPI está compuesta de dieciocho magistrados, conforme establece el artículo 36. 1, y el mandato por el mismo período de nueve años, según el artículo 36. 9 a), que no podrán ser reelegidos, salvo lo dispuesto en el apartado c) y la prórroga de mandato prevista en el párrafo 10 de dicho artículo). Conforme al proyecto de 1951 la Corte, que no tendría competencia para enjuiciar delitos previstos por los Códigos penales de los Estados, aunque tuviesen una proyección internacional, como agresiones a miembros de Gobiernos, falsificaciones, trata de seres humanos y otros semejantes, aplicaría en sus sentencias el Derecho internacional, comprendido el Derecho penal internacional,⁷ y las leyes penales nacionales cuando lo

⁵ Una obra clásica sobre el mismo es la del cubano, que fue Magistrado de ese Tribunal, Sánchez de Bustamante y Sirvén, Antonio: *El Tribunal Permanente de Justicia Internacional*, Editorial Reus, Madrid, 1925. Dos años antes Bustamante y Sirvén pronunció una conferencia, bajo el título *La Cour Permanente de Justice Internationale*, el 1 de agosto de 1923, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, que se publicó ese mismo año en La Haya (71 pp.), y también en La Habana, traducida al español (49 pp.).

⁶ La última sesión de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, que hacía la número XXI, se celebró en Ginebra del 8 al 18 de abril de 1946, con la asistencia de 34 de los 56 Estados que todavía eran miembros de la organización la cual cesó legalmente de existir el 31 de julio de 1947, día en que se hizo el cierre de cuentas de la Oficina de liquidación, vid. Rousseau, Charles: *Derecho internacional público*, trad. esp. por Fernando Giménez Artigues, 2ª ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 183.

⁷ Ya en el siglo XVIII pensaban Voltaire y Beccaria que debería ser objeto de elaboración, vid. Sáenz de Pipaón del Rosal: *Crímenes universales: prevención y propuestas de solución*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, p. 236. Vid. una recentísima exposición del mismo en el colectivo dirigido por Martínez Jiménez, Aitor: *Derecho penal internacional*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2022. El Derecho penal internacional fue adquiriendo auge finalizada la Segunda Guerra Mundial, en particular con los procesos de Nuremberg y Tokio tras los cuales comenzó a aparecer una relevante bibliografía que se prolonga hasta el presente, vid., por ejemplo, Glaser, S.: *Introduction à l'étude du Droit International Pénal*, París-Bruselas, 1954; Quintano Ripollés, A.: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, 2 vols., Madrid, 1955; Cornil, L.: *Les possibilités du Droit international pénal*, en *Révue Internationale de Droit Pénal*, 1956; Glaser, S.: *Culpabilité en Droit international pénal*, Leyde, 1960; *Id.*: *Le Droit International Pénal*, en *Révue de Droit Pénal et Criminologie*, 1963, y *La méthode d'interprétation en Droit International Pénal*, en la misma revista, 1966. Ya en el siglo XXI vid. Sáenz de Pipaón y Mengs, J.: *El poder y la legalidad en el Derecho penal internacional*, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Ambos K.: *La construcción de una parte general del Derecho penal internacional*, trad. de E. Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005; *Id.*: *La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de E. Malarino, Editorial

estimara oportuno. Por lo demás, la Comisión instó a la Asamblea General a que los Estados participantes en la conferencia internacional convocada para la creación de la CPI redactasen un protocolo específico en el que se declarase la competencia de dicha Corte para conocer del delito de genocidio que, como se ha dicho, ya contaba en esa fecha con la citada Convención de 1948. Comunicado el texto del anteproyecto de Estatuto a los distintos Gobiernos la diferencia de opiniones determinó que la Asamblea General estableciese una nueva Comisión, también de diecisiete miembros, que se reunió en el verano de 1953 en la propia sede de las Naciones Unidas, con la finalidad de pronunciarse sobre tres cuestiones: 1) examinar la pluralidad de métodos para crear una CPI y los efectos de su creación; 2) analizar las consecuencias de la existencia de dicha Corte y su relación con las Naciones Unidas; 3) y reexaminar el anteproyecto, ya existente, de Estatuto. Esta nueva Comisión modificó algunos puntos del texto de 1951 y, a su vez, redactó dos textos, uno relativo a que la Corte actuara con completa independencia de las Naciones Unidas, y otro para el supuesto de que este órgano judicial funcionase en estrecha vinculación con dicha Organización. En fin, la Comisión estimó que interponer una acción ante la Corte quedaba reservado exclusivamente a los Estados que hubieren aceptado la jurisdicción de la misma, eliminándose así la posibilidad de que la acción pudiese ser promovida por cualquier organización internacional de Estados, con autorización de la Asamblea General, o incluso por ésta misma. En 1954 presentado el informe de la Comisión a la Asamblea General ésta decidió aplazar la cuestión habida cuenta de que con la jurisdicción penal internacional aparecían conectadas otras cuestiones como eran la definición de la “agresión”, así como los trabajos para elaborar un Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Un aplazamiento con el que la Asamblea General continuó en su undécimo y duodécimo período de sesiones, es decir, en los años 1956 y 1957⁸. Como se ve habrían de transcurrir cuarenta y dos años, para ser exactos, antes de que la proyectada CPI, desde los orígenes mismos de la Organización de las Naciones Unidas, fuese una realidad. Del proceso de creación de ese órgano se apoderó un cierto letargo que se vio fuertemente sacudido a causa de las graves violaciones de los derechos humanos que se produjeron en la década de los años 90 del pasado siglo, durante los conflictos armados que estallaron en la exYugoslavia y en Ruanda, y que no fueron los únicos, todos los cuales hicieron que las Naciones Unidas tomaran conciencia de la urgente necesidad de contar con una justicia penal internacional, que se concretó en la creación, no sin algunas críticas, de Tribunales penales internacionales

Temis, Montevideo, 2005; Álvarez García, F. J.: *Reflexiones sobre el derecho penal internacional*, en Cuadernos de Política Criminal, número 92, Editorial Edersa, Madrid, 2007; Bueno Arús, F.: *Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)* en Revista La Ley Penal, enero, Madrid, 2007; Lamarca Pérez, C.: *Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo*, en Revista La Ley Penal, enero, Madrid, 2007; y, en fin, la excelente monografía de Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, citada *supra*, de la que nos hemos ocupado en los Anales de la Real Academia de Doctores de España, volumen 7, número 3, Madrid, 2022, pp. 1-5.

⁸ Vid. Oficina de Información Pública de las Naciones Unidas: *Las Naciones Unidas al alcance de todos*, 2ª ed. española, Nueva York, 1960, pp. 511-513, y: *Las Naciones Unidas*, 3ª ed. española, 1969, pp. 506-507.

ad hoc, cada uno con su propio Estatuto, no sólo para la antigua Yugoslavia y Ruanda sino también para otros Estados como Camboya, Líbano o Sierra Leona⁹. Para el caso de Timor Oriental debe señalarse principalmente el tribunal de Dili, y la gran actividad que desplegó, desde los graves sucesos de 1999, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que aprobó desde entonces numerosas Resoluciones, así como la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET), a lo que se une la creación del Tribunal Especial de Derechos Humanos en Yakarta (Indonesia) para Timor-Este, con la finalidad de juzgar a responsables de delitos de lesa humanidad que en Timor Oriental se cometieron durante el semestre abril-septiembre de 1999, si bien los resultados, en términos generales, no fueron los esperados en cuanto al castigo de muchos de los responsables. Siguiendo esa política a finales de 2022 la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen, hizo público el propósito, recogido por los *mass media* de todo el mundo, de la Unión Europea de configurar un Tribunal Especial *ad hoc* para enjuiciar los *delicta iuris gentium* cometidos por civiles y militares rusos en Ucrania desde el momento en que este Estado fue agredido por Rusia, el 24 de febrero de dicho año, habida cuenta de la incompetencia que, para este caso, tiene la CPI al no ser Rusia parte en su Estatuto.

En el marco de la preocupación de las Naciones Unidas por la persecución de los autores de delitos de Derecho internacional ya en el último decenio del pasado siglo, concretamente en 1991, la Comisión de Derecho internacional en su 43^o período de sesiones aprobó, en primera lectura, artículos que podrían formar parte de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, posteriormente, en el 45^o período de sesiones, dicha Comisión tuvo a la vista los comentarios y observaciones de los Gobiernos que habían sido recibidos entre el 7 de mayo de 1992 y el 29 de marzo de 1993,¹⁰ los cuales fueron publicados.¹¹ Más tarde la Comisión de Derecho Internacional aprobó, en su 48^o período de sesiones, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,¹² con la posibilidad, entre otras, de elaborar “una convención internacional, aprobada por una conferencia plenipotenciaria o por la Asamblea General; la incorporación del código a un estatuto de un tribunal penal internacional; y la aprobación del código como una declaración de la Asamblea General”, al tiempo que recomendaba a ésta elegir “la forma más apropiada que garantice la más amplia aceptación posible del proyecto de código”, la cual por Resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, decidió “señalar a la atención de los Estados que participan en el Comité

⁹ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 18, Madrid, 2007, p. 114 y ss.; sobre las Resoluciones del Consejo de Seguridad en relación a la creación de estos Tribunales y modificación de alguno de sus Estatutos, vid. Andrés Sáenz de Santa María, Paz: *op. cit.*, pp. 700-701.

¹⁰ Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos de América, Finlandia, Grecia, Islandia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Senegal, Sudán, Suecia, Suiza, Turquía y Uruguay.

¹¹ Documento A/CN. 4/448 y Add., de 123 p.

¹² Vid. el texto y comentarios en: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1966, pp. 17-61.

preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional la pertinencia de un código para su labor”.¹³ El citado proyecto consta de 20 artículos en los que quedan tipificados los crímenes de agresión, de genocidio, contra la humanidad y de guerra, añadiéndose en el art. 19 los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado.¹⁴ También la Comisión de Derecho Internacional aprobó en segunda lectura, en 2019, el Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, que consta de 15 artículos, durante su 71º período de sesiones.¹⁵

La CPI es independiente de la estructura de la Organización de las Naciones Unidas, si bien existe una cooperación entre ambos organismos desde el Acuerdo que celebraron el 4 de octubre de 2004. De los 138 artículos de que consta el Estatuto¹⁶ los grandes puntos básicos del mismo se pueden concretar fundamentalmente en los crímenes que puede juzgar según su art. 5 (genocidio, de lesa humanidad, de guerra y agresión¹⁷), de los cuales los tres primeros están debidamente concretados en los arts. 6, 7 y 8, respectivamente; que la CPI tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1); que únicamente tiene competencia respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (art. 11), salvo la excepción prevista en el art. 12; principio de legalidad (arts. 22 y 23); la irresponsabilidad por conductas anteriores a la entrada en vigor del mismo (art. 24); la exclusión en todo caso, de menores de dieciocho años (art.26); la imprescriptibilidad de los delitos previstos en el Estatuto (art. 29); la presencia obligatoria del acusado en el juicio (art. 63); la posibilidad de imponer, además de multa y decomiso, una pena de reclusión que no exceda de treinta años, o de reclusión perpetua cuando resultare justificada por la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (art. 77); la obligación de los Estados parte de cooperar con la CPI en la investigación (art. 86); la posibilidad de que un Estado parte denuncie el Estatuto (art. 127), etc.

En cuanto a la labor de la CPI desde el momento en que inició sus funciones en 2002,¹⁸ sin pretender desde luego una visión exhaustiva, se puede señalar en líneas generales que hasta la actualidad se ha ocupado de diez exámenes preliminares, entre los que se encuentra el caso de Venezuela que ha sido abierto en 2018 contra el presidente de ese país, Nicolás

¹³ Vid. Andrés Sáenz de Santa María, Paz: *op. cit.*, p. 692, en nota.

¹⁴ Vid. texto en *Id.*: *op. cit.*, pp. 692-698.

¹⁵ Texto con comentarios en: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 74º período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/74/10)*, pp. 23-153; sobre él, incluyendo el texto completo, vid. Andrés Sáenz de Santa María, Paz: *op. cit.*, pp. 769-778.

¹⁶ En la actualidad de los 193 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas son parte en el Estatuto de la CPI 124, esto es, poco más de un sesenta y cuatro por ciento de la Comunidad Internacional de Estados, siendo de señalar que entre los que no son parte están Estados Unidos de América, la República Popular China, India, Israel y, como antes se ha dicho, Rusia.

¹⁷ Sobre la definición de “agresión” vid. Andrés Sáenz de Santa María, Paz: *op. cit.*, pp. 1035-1037.

¹⁸ Quintero Olivares, G.: *El difícil recurso al Tribunal Penal Internacional*, en el diario “EL PAÍS”, martes, 27 de noviembre de 2001.

Maduro, por la acción llevada a cabo contra la población en diversas protestas contra su gobierno, que se sucedieron desde abril de 2017. Ha dictado treinta y cuatro órdenes de detención y han sido abiertas once investigaciones principales. También ha conocido de diecinueve procedimientos, ya concluidos, contra diversos acusados, todos de Estados africanos, y en algunos casos los cargos fueron retirados o ni siquiera hubo acusación debiendo señalarse que cuatro imputados fallecieron antes de la celebración del juicio, como fue el caso del que fuera jefe de Estado de Libia, Muammar El-Gadafi. La CPI ha iniciado investigaciones preliminares sobre hechos ocurridos no sólo en Estados africanos como Burundi, República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Kenia, Libia, Mali, Nigeria, República Centroafricana, Sudán y Uganda, sino también en Estados europeos como Georgia y Ucrania, asiáticos como Afganistán y Filipinas, y Medio Oriente como es el caso de Palestina. Deben recordarse los casos de Charles Taylor, quien en 2013 fue trasladado desde La Haya y puesto a disposición del Tribunal Especial para Sierra Leona por el que fue condenado a cincuenta años de reclusión, una condena que cumple en el Reino Unido; del expresidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, y de Charles Goudé, o del ugandés Dominic Ongwen; otra sentencia dictada fue contra el congolés Germain Katanga. A éstos se unen el caso de Ahmad Al Mahdi Al Faqi, que fue puesto a disposición de la CPI por Nigeria, y el del congolés Jean Pierre Bemba que fue detenido en Bruselas y sobre el que la CPI dictó orden de ingreso, en julio de 2008, en el centro de detención de Schveningen, en La Haya. En fin, también la CPI se ocupó del caso del presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta, antes de acceder al cargo, que había sido acusado de la comisión de alguno de los delitos sobre los que la CPI tiene competencia para conocer; precisamente en este caso el fiscal retiró los cargos contra seis personas que también habían sido acusadas, lo que se ha considerado como uno más de los varios reveses que hasta el momento ha sufrido la CPI.¹⁹

La última actuación, el 17 de marzo de 2023, de trascendencia mundial ha sido la emisión de una orden de detención internacional dictada contra Vladimir Putin por presuntos crímenes de guerra cometidos en Ucrania, no dejando de ser sorprendente habida cuenta de la manifiesta incompetencia de la CPI para ello ya que Rusia no es parte, como otros 70 Estados miembros de las Naciones Unidas, en el Estatuto de Roma; una cuestión que ya ha sido tratada, en 2020, por la profesora australiana de la Universidad de New England,

¹⁹ El Consejo de la Unión Europea adoptó, a partir de 2001, una posición común con relación a la CPI, así la Posición Común 2001/443/PESC, de 11 de junio de 2001 (Diario Oficial L 155, de 12 de junio de 2001), que fue modificada por la Posición Común 2002/474/PESC, de 20 de junio de 2002 (Diario Oficial L 164, de 22 de junio de 2002), y después por la Posición Común 2003/444/PESC, de 16 de junio de 2003 (Diario Oficial L 150, de 18 de junio de 2003). El Consejo de la Unión Europea también tomó la Decisión 2002/494/JAI, de 13 de junio de 2002 (Diario Oficial L 167, de 26 de junio de 2002), que pretende establecer una red europea de conexiones sobre personas que puedan ser acusadas de la comisión de alguno de los delitos previstos en el Estatuto de la CPI, así como la Decisión 2003/335/JAI, de 8 de mayo de 2003 (Diario Oficial L 118, de 14 de mayo de 2003), a efectos de investigar y enjuiciar dichos delitos. Únese a ellas la Decisión 2006/313/PESC, de 10 de abril de 2006, que aprueba en nombre de la Unión Europea el Acuerdo entre ésta y la CPI en materia de cooperación y asistencia celebrado en la última fecha citada, cuyo texto ha sido publicado en el Diario Oficial L 115, de 28 de abril de 2006.

Monique Cormier, en su estudio titulado *The jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-States Parties*, publicado por Cambridge University Press. Y a propósito de la cuestión ucraniana no podríamos dejar de citar la reciente obra del pontífice Francisco, ya traducida al español, *Una encíclica sobre la paz en Ucrania* (Ed. Planeta, 2023).

2.- ESPAÑA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

¿Cuál es la verdadera relación jurídica entre España y la CPI veinte años después? La pregunta parece un tanto absurda toda vez que España ratificó²⁰ su Estatuto, a consecuencia de la autorización prevista por el art. 93 de la Constitución, que fue concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, y publicada en el BOE, número 239, de 5 de octubre de 2000. El Instrumento de ratificación se publicó en el BOE número 126, de 27 de mayo de 2002, con corrección de errores en el BOE número 180, de 29 de julio del mismo año. Dicha ratificación dio lugar, además, a modificaciones en el Código penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, publicada en el BOE, número 283, de 26 de noviembre de 2003, que define y regula, tal como figura en su Exposición de Motivos, apartado III, letra k), “los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”. A esto se añade la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, publicada en el BOE, número 296, de 11 de diciembre de 2003, cuyo art. 1 determina que su finalidad “es regular las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución por el Estatuto de Roma (...) y su normativa complementaria mediante la atribución de competencias a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias en la medida en que éstas resulten pertinentes, en particular las reglas de procedimiento y prueba, así como en los acuerdos específicos de cooperación que España pueda celebrar con la Corte”.

Ahora bien, tras todo esto, que se produce dando por supuesto el total respeto a la legalidad desde el primer momento en que se decide por el Gobierno la ratificación del Estatuto y se deposita el Instrumento correspondiente, sin embargo, analizando los textos legales aplicables al caso se verá que lo absurdo solamente es una apariencia, ya que la realidad, desde el Derecho interno español y con la Constitución a la vista, resulta muy otra.

En efecto, dice el artículo 95 de la Constitución: “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones *contrarias* a la Constitución *exigirá la previa*

²⁰ De esa ratificación ya nos ocupamos en su momento, antes de que fuera publicada en el BOE, vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *El Rey y el Tribunal Penal Internacional*, en el diario “EL MUNDO”, jueves, 20 de abril de 2000.

revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”²¹. Si esa petición se hubiere producido y el Tribunal Constitucional hubiere dado vía libre a la ratificación habría inexplicablemente negado la evidencia. Por tanto, si se produjo la ratificación es que en ningún caso se planteó la clamorosa contradicción existente entre la Constitución y el Estatuto de la CPI. Pues bien, quizá teniendo presente los redactores de la Constitución el aforismo inglés “the King can do not wrong” (el Rey no puede cometer injusticia), el artículo 56, apartado 3, párrafo primero, dice así: “La persona del Rey es *inviolable y no está sujeta a responsabilidad*”²², por consiguiente a ninguna, ni penal²³ ni civil, ya que la Constitución no hace distinción alguna, y para comprobar que esto es así bastaría con recordar el principio general de Derecho según el cual *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, reiteradamente aplicado por nuestro Tribunal Supremo en su jurisprudencia desde antiguo.²⁴ Por su parte, el Estatuto de la CPI al señalar la responsabilidad penal individual, para quienes fueren acusados de la comisión de alguno de los delitos para cuyo enjuiciamiento tiene competencia según el artículo 5, anteriormente citado, determina en su artículo 27 lo siguiente: “Improcedencia del cargo oficial. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular del cargo oficial de una persona, *sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena*²⁵. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, *no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*”²⁶. Es decir, que la CPI no admite ninguna inviolabilidad ni irresponsabilidad de un acusado a efectos de que, por gozar de esos privilegios conforme al Derecho interno o al Derecho internacional, tuviese, necesariamente, que declararse incompetente. Y al aludir a las inmunidades de la persona conforme al “Derecho internacional” se está refiriendo a las existentes en éste para determinadas personas, por consiguiente, el Estado que acepta el Estatuto está “renunciando” a tales inmunidades para

²¹ Las cursivas son nuestras.

²² Las cursivas son nuestras. Esta regla es común a cualquier forma de Estado, ya sea monárquica o republicana, y figura en todas las Constituciones monárquicas que se sucedieron en España y en las europeas, salvo en la Constitución de Noruega.

²³ La responsabilidad penal se debatió en el curso de la redacción del artículo 56 de la Constitución al considerar algún penalista, como el profesor Enrique Gimbernat Ordeig, la hipotética comisión por el Rey de un delito de asesinato o de violación, pero la limitación que se planteaba a esa inmunidad no prosperó, y la persona del Rey quedó fuera de la función jurisdiccional de los Tribunales tanto españoles como extranjeros, y de cualquier Tribunal Penal Internacional respecto del cual España no haya aceptado, válidamente, su jurisdicción, pues tal inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción quedan, a su vez, protegidas por la regla consuetudinaria de Derecho internacional que establece la inmunidad de jurisdicción, de por vida, sobre todos los actos que hubiere realizado.

²⁴ Así, por ejemplo, en las Sentencias de 12 de enero de 1884, 11 de marzo de 1885 y 27 de febrero de 1909.

²⁵ Salvo la expresión “per se” el resto de las cursivas es nuestro.

²⁶ Las cursivas son nuestras.

los delitos en él previstos y no para otros; inmunidades todas de las que siguen gozando los jefes de Estado, primeros ministros y ministros de Asuntos Exteriores de los Estados que no sean parte en el mismo, es decir, que no lo hayan aceptado.

Esto dicho permítasenos ver, en una breve digresión, cómo el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción a los jefes de Estado en activo es algo muy antiguo y una constante regla de Derecho internacional. Sin trasladarnos a las épocas absolutistas, y espigando al azar algunos textos doctrinales, más o menos antiguos y modernos, ya en el primer cuarto del siglo XIX Schmalz se refería a la regla de inmunidad de jurisdicción con estas palabras: “Lorsqu’un souverain voyage en pays étranger le droit de l’extraterritorialité lui appartient dans toute sa plénitude...”;²⁷ también Carnazza-Amari, en 1880, afirmaba que: “Un souverain représente la nation entière sur laquelle il règne, et, concéder le droit de le jouer à un État étranger, ce serait conférer à celui-ci le pouvoir de jouer un égal, alors que *par in parem non habent imperium*... le souverain qui se trouve en territoire étranger est exempt de la juridiction civile et pénale du lieu... il jouit du droit d’extraterritorialité...”²⁸, igualmente Fiore escribía que: “Los soberanos extranjeros que se encuentran en calidad de huéspedes en el territorio de otro Estado, no pueden, en ningún caso, hallarse sujetos a la jurisdicción ordinaria...”,²⁹ insistiendo más adelante en que: “Uno de los derechos personales más importantes del Soberano es el de gozar el privilegio de extraterritorialidad, como dicen los publicistas, en sus relaciones con la jurisdicción civil y penal... (pero ese goce cesa) si fuese depuesto o abdicase...”³⁰ En el siglo XX señala Von Liszt que el jefe de un Estado: “... no puede estar sometido en tiempo de paz a la autoridad de ningún otro Estado; en esto consiste la llamada extraterritorialidad...”³¹. Y en el mismo sentido se manifiesta Lassa Openheim al escribir que: “El monarca goza de la llamada extraterritorialidad, conforme al principio de *par in parem non habet imperium*... (y está exento) de la jurisdicción civil...”³² En fin, también a mediados del pasado siglo Alfred Verdross afirma que a los monarcas en el extranjero, en tiempo de paz, se les trataba en todos los asuntos como extraterritoriales, regla que se extendió después a los jefes de Estados republicanos, como ya reconoció la Supreme Court australiana (New South Wales) en su sentencia de 22 de septiembre de 1943, en el caso *Wright v. Cantrell*, en cuya página 135 se dice que: “There

²⁷ Schmalz: *Le droit des gens européen*, trad. del alemán por Léopold de Bohm, Chez N. Maze, Libraire, París, 1823, p. 185.

²⁸ Carnazza-Amari: *Traité de Droit international public en temps de paix*, trad. francesa de Montanari-Revest, L. Larose, Librairie-Éditeur, t. 1, París, 1880, p. 483, citando algunos casos históricos en los que afirma que se violó el “Derecho de gentes”.

²⁹ Fiore, Pasquale: *Tratado de Derecho internacional público*, trad. esp. por Alejo García Moreno, 2ª ed., Centro Editorial de Góngora, t. I, Madrid, 1894, p. 354.

³⁰ *Id.*: *op. cit.*, t. III, p. 146.

³¹ Liszt, Franz von: *Derecho internacional público*, trad. esp. de la 12ª ed. alemana, por Domingo Miral, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1929, pp. 171-173.

³² Oppenheim, L.: *Tratado de Derecho internacional público*, trad. esp., de la 8ª ed. inglesa a cargo de Sir Hersch Lauterpacht, por J. López Oliván-J. M. Castro-Rial, t. I, vol. II, Paz, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, p. 336.

is no doubt that *complete* immunity from the exercise of jurisdiction is accorded to a visiting Sovereign...”, añadiendo el citado autor que desde fines de la Segunda Guerra Mundial, a causa del aumento de la actividad diplomática por parte de los jefes de Gobierno así como de los ministros de Asuntos Exteriores, “se conceden a éstos, en general, privilegios diplomáticos”,³³ es por ello que la regla consuetudinaria de Derecho internacional ha sido reconocida, una vez más, como plenamente vigente y aplicada por el Tribunal Internacional de Justicia a los actos de un exministro de Asuntos Exteriores, para el período en que ejerció esa función, en su clarísima sentencia de 14 de febrero de 2002, relativa al caso *Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica). Acusado de la comisión de *delicta iuris gentium* el exministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi, mientras ejercía ese cargo, ante un juez belga y dictada por éste orden internacional de busca y captura para ser puesto a su disposición, la República Democrática del Congo interpuso demanda contra el Reino de Bélgica ante el Tribunal Internacional de Justicia solicitando la retirada de dicha orden por gozar el señor Yerodia de inmunidad de jurisdicción para todos los actos que hubiere llevado a cabo durante el período en que desempeñó la cartera de Asuntos Exteriores. Y el Tribunal en su citada sentencia falló, por trece votos contra tres, que: “l’émission, à l’encontre de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, du mandat d’arrêt du 11 avril 2000, et sa diffusion sur le plan international, ont constitué des violations d’une obligation juridique du Royaume de Belgique à l’égard de la République démocratique du Congo, en ce qu’elles ont méconnu l’inimmunité de juridiction pénale et l’inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international”.³⁴

Más recientemente la inmunidad de jurisdicción penal ha sido reconocida por los Tribunales norteamericanos en el caso de un primer ministro. En efecto, interpuesta demanda ante el Tribunal de Distrito de Estados Unidos (Distrito de Columbia) contra el heredero de la corona saudí que fue nombrado, por su padre el rey de Arabia Saudita, primer ministro el 27 de septiembre de 2022, en la que se le acusa de ser el presunto autor intelectual de la muerte del periodista saudí, y columnista del diario “The Washington Post”, Jamal Khashoggi, que el 2 de octubre de 2018 entró en el consulado saudí en Estambul, a fin de obtener una documentación para celebrar matrimonio, sin que volviese a salir del mismo y que, a día de hoy, sigue desaparecido informando los *mass media* mundiales que en el interior del consulado habría sido torturado, asesinado y descuartizado sin que sus restos hayan aparecido. Ante la consulta del Tribunal al Gobierno norteamericano los abogados

³³ Vid. Verdross, Alfred: *Derecho internacional público*, trad. esp. de la 5ª ed. alemana por Antonio Truyol Serra, Ed. Aguilar, Madrid, 1976, p. 219 y nota 50.

³⁴ Vid. Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio: *La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente*, en Anuario-Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, número 18, Madrid, 2007, pp. 88-89.

del Departamento de Justicia contestaron que la rama ejecutiva del Gobierno de Estados Unidos había determinado que: “el acusado, como jefe de un Gobierno extranjero, goza de inmunidad de jefe de Estado de la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos como resultado de ese cargo”, añadiendo un portavoz del Consejo de Seguridad Nacional de la Casa Blanca en declaración escrita que: “Se trata de una determinación legal tomada por el Departamento de Estado en virtud de los principios de derecho internacional consuetudinario, de larga data y bien establecidos”.³⁵

En fin, también en el año en curso la jurisprudencia británica ha establecido que la inmunidad de jurisdicción cubre todos los actos de un jefe de Estado durante el tiempo en que ha disfrutado de esa condición, pero no en cuanto a los actos llevados a cabo con posterioridad a la fecha en que haya dejado de poseer ese estatus. No se pronuncia en este sentido la sentencia, de 24 de marzo de 2022, dictada en el Alto Tribunal de Justicia de Londres, por el honorable juez Mathew Nicklin, en el caso *Corinna Zu Sayn-Wittgenstein-Sayn v. His Majesty Juan Carlos Alfonso Víctor María de Borbón y Borbón*.³⁶ La defensa del demandado invocó el estatus legal de éste, desde luego antes del 19 de junio de 2014, en que era Rey de España y cabeza del Estado en España, por lo que: “All acts performed by the Defendant during the time he was head of state, whatever their nature (public or private), are covered by inviolability”,³⁷ admitiendo el juez que desde el momento en que tuvo efectos jurídicos su abdicación “the Defendant is neither he sovereign nor the head of state of Spain. Since abdication, he is not entitled to personal immunity under s.20(1)(a) SIA”.³⁸ La defensa alegó, insistiendo en el derecho a la inmunidad, para los actos realizados después de la abdicación, razones tales como que continuaba ostentando el título de “Rey de España emérito”, que había representado a España en actos oficiales tras su abdicación, que seguía perteneciendo a la Familia Real española,³⁹ y que había sido invitado a las exequias por la

³⁵ es. euronews.com/2022/11/18/arabia-saudita-eeuu-príncipe

³⁶ Case No: QB-2020-004165. Texto en www.judiciary.uk.

³⁷ Párrafo 22, p. 7.

³⁸ Se refiere a la State Immunity Act, de 20 de julio de 1978; p. 21.

³⁹ En España la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial, promulgada el 15 de septiembre de 1870, establecía en su art. 284 que: El Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de justicia, conocerá en única instancia... de las causas: 1º. Contra los Príncipes de la Familia Real. 2º. Contra los Ministros de la Corona, por los delitos comunes cometidos...”. Y, tras afirmar el principio de territorialidad para los extranjeros que delinquieren en España (art. 333), inmediatamente establecía la inmunidad de jurisdicción penal, evidentemente conforme al Derecho internacional, aunque no lo expresase, para las personas mencionadas en el art. 334, que decía: “Exceptúanse de lo ordenado en el artículo anterior los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes o Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de Negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos”. En la actualidad la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (que ha sido modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), después de establecer, en su art. 21. 1, que: “ Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”, añade a renglón seguido en el párrafo 2 que: “No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público”.

Reina Isabel II, argumentos todos ciertamente débiles al no poder alegar que tuviese la condición de Rey de España porque ésta corresponde, desde la abdicación, al sucesor Su Majestad Felipe VI. Pero el juez no sólo no estima la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción para los actos posteriores al 19 de junio de 2014, fecha de la abdicación, sino que tampoco la estima, erróneamente, para los actos llevados a cabo antes de esa fecha cuando se trate, según él, de “actos privados”. Por ello, concluye que: “For he reasons set out above, my decision is that none of the grounds on which state immunity was claimed have been made”.⁴⁰ Apelada que fue esta decisión en cambio el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales, en su sentencia de 6 de diciembre de 2022,⁴¹ dictada, por unanimidad, por los jueces Lady Justice King, Lady Justice Simler (ponente) y Lord Justice Popplewell, como no podría ser de otro modo, sí confirma la inmunidad de jurisdicción del demandado sobre todos los actos que éste hubiere llevado a cabo, o por su orden, antes del momento en el que jurídicamente cesó como Jefe de Estado, pero naturalmente no sobre los que se hayan podido producir a partir de la fecha de abdicación, lo que coincide literalmente con la regla que recoge Pasquale Fiore, anteriormente citado. En realidad la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales no hace más que aplicar la regla de Derecho internacional bien establecida, que en Gran Bretaña se aplicó como Derecho común y Derecho internacional consuetudinario antes de 1978, así la sentencia dice que: “Before the SIA was enacted, the ambit and extent of state immunity was governed by the common law (and customary international law). The SIA replaced and codified the domestic law on state immunity. Under the SIA foreign states and their officials are immune from proceedings in the English courts, unless a recognised exception within the SIA applies. As a matter of domestic law, because the SIA is a complete code...”.⁴² En la sentencia de apelación se establece que el juez se equivocó al concluir que la conducta señalada durante la fase anterior a la abdicación era privada, estableciendo en consecuencia, y certeramente, que el general S.R. había actuado en todo momento en su condición de director del CNI. De ese modo, tanto él como los operativos del CNI con los que actuó estuvieron durante todo ese tiempo realizando actos como agentes del Estado español. Y como el Estado es siempre responsable de aquellos actos realizados “bajo el color de la autoridad” (el principio jurídico establecido en precedentes judiciales y alegado por la defensa del demandado y recurrente), hayan sido o no autorizados, o sean o no legales, de acuerdo con las leyes nacionales o internacionales, esos actos son atribuibles al Estado español,⁴³ por consiguiente el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales entiende que existe inmunidad de jurisdicción para todos los actos, sin excepción, que se hubieren producido, se repite, antes de la abdicación, es decir, con anterioridad a la ya citada fecha de 19 de junio de 2014. En concreto, en la conclusión se

⁴⁰ Párrafo 78, p. 26.

⁴¹ Case No. CA/2022/001029; vid. texto en www.judiciary.uk.

⁴² Párrafo 13, p. 5.

⁴³ Para una referencia a la sentencia vid. elpais.com/espana/2022-12-06/un-tribunal-britanico..., etc.

dice que: “... the pre-abdication conduct alleged is immune from the jurisdiction of the courts of this country”.⁴⁴

Tras estos ejemplos, doctrinales y jurisprudenciales, en cuanto a la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción, volviendo ahora a la Constitución y comparando los textos transcritos del artículo 56. 3, párrafo primero, de la misma, y del artículo 27 del Estatuto de la CPI no parece que sea necesario ser un conspicuo doctor en Derecho para comprobar de inmediato, y sin la menor duda, que entre ambos existe una contradicción y una oposición frontal. La Constitución proclama la absoluta inviolabilidad e inmunidad del Rey; el Estatuto de la CPI las niega. Y sucede que la ratificación por España de dicho Estatuto se llevó a cabo sin la preceptiva previa revisión de la Constitución. Resulta, pues, evidente que el órgano encargado de decidir la ratificación y llevarla a cabo, que no es otro que el Gobierno, ha incumplido abiertamente la Constitución y, en consecuencia, la celebración de ese tratado no ha sido válida conforme al Derecho español,⁴⁵ ya que la ratificación forma parte de la “celebración” del tratado conforme está establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dentro de su Parte II, reguladora de la “Celebración y entrada en vigor de los tratados”, concretamente en la sección primera titulada “Celebración de los tratados”, su artículo 14 se ocupa del “consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la *ratificación*, la *aceptación* o la *aprobación*”.⁴⁶

Y esta es la situación que persiste veinte años después de haberse producido tal ratificación. En consecuencia, desde el punto de vista español dicho Estatuto, aun cuando haya sido publicado en el BOE, carece de cualquier eficacia en España, pues si bien el artículo 1. 5 del Código Civil determina⁴⁷ que: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”,⁴⁸ sin especificar nada sobre la *validez*, sí lo hace, en cambio, posteriormente el artículo 96. 1, párrafo primero, de la Constitución, que es del siguiente tenor: “Los tratados internacionales *válidamente celebrados*, una vez publicados oficialmente en España,

⁴⁴ Párrafo 76, p. 26.

⁴⁵ Sobre la conclusión irregular de un tratado por España, vid. Rodríguez-Zapata: *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, 4ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2018, pp. 244-245.

⁴⁶ Las cursivas son nuestras. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados recibió la adhesión de España por Instrumento de 16 de mayo de 1972, y entró en vigor para nuestro país, y de modo general, el 27 de enero de 1980, vid. BOE, núm. 142, de 13 de junio de 1980.

⁴⁷ Desde la redacción dada por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que aprobó el texto articulado del Título Preliminar.

⁴⁸ La publicación en el BOE es requisito *sine qua non* para que las normas del tratado pasen a formar parte del ordenamiento jurídico interno español, de suerte que aunque ya esté vigente si no ha sido publicado el juez que hubiere de aplicarlo no podrá invocar su conocimiento por cauces o medios distintos al del BOE, según tiene establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia de 29 de junio de 1998.

formarán parte del ordenamiento interno”.⁴⁹ Si bien la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en su art. 23. 3 se olvida de la “validez” al señalar que: “Los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado”, sin embargo en el art. 31 al proclamar la primacía del Derecho convencional sobre el Derecho español, sí lo hace al establecer que: “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales *válidamente* celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, *salvo las normas de rango constitucional*”,⁵⁰ lo que significa que en España los tratados internacionales son supra-legales pero infra-constitucionales. Es decir, que los inválidamente celebrados no forman parte de dicho ordenamiento. Y resulta que el Estatuto de la CPI que, se repite, es un tratado como cualquier otro, concretamente el tratado constitutivo de la CPI,⁵¹ no ha sido celebrado válidamente al haberse ignorado el cumplimiento de una norma constitucional imperativa y obligatoria (“exigirá”, dice el texto constitucional) cual es el ya citado artículo 95. 1 de la Constitución. Por consiguiente, España está, frente a la CPI, siempre desde el Derecho interno español, en las mismas condiciones que los Estados que no son parte en el Estatuto. Y si se insiste en “desde el Derecho interno español” es porque la cuestión desde el Derecho internacional presenta otra perspectiva muy distinta. En efecto, la violación por los órganos competentes españoles de un precepto interno imperativo no supone que el propio Derecho internacional declare la nulidad del tratado, pues el artículo 46. 1 de la citada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dice: “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado *en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno*”. Pues bien, el artículo 95 de la Constitución es innegable que es una norma de importancia fundamental. Pero el precepto de la Convención de Viena no impone en este caso la nulidad automática de la ratificación,⁵² el que el tratado resulte o no válido, desde el punto de vista español, depende exclusivamente de España, es decir, que ésta invoque su nulidad reconociendo la violación del artículo 95 de la Constitución. ¿Y si eso no ocurre nunca, como sucede en este caso, porque políticamente no interese al Gobierno de turno?, pues el resultado no es otro que

⁴⁹ Las cursivas son nuestras.

⁵⁰ Las cursivas son nuestras.

⁵¹ No hará falta recordar que el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, en su art. 2. 1 determina que se entiende por “tratado” “un acuerdo internacional, celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional... cualquiera que sea su denominación particular”, esto es, tratado, convenio, convención, protocolo, acuerdo, pacto, carta, estatuto, *modus vivendi*, etc.

⁵² Como sí ocurre en otros supuestos en los que el propio Convenio de Viena de 1969 declara la nulidad radical del tratado, así en el art. 51 (coacción sobre el representante de un Estado), art. 52 (coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza), y art. 53 (tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general “*ius cogens*”).

para la otra parte el tratado resulta plenamente válido. Es decir, que cualquier Gobierno español podrá entonces comprometerse por tratado que contenga alguna disposición radicalmente opuesta a la Constitución sin modificar ésta previamente y, claro está, sin invocar después la nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 95 de la Constitución. La pregunta, después de esto, es obvia ¿y entonces qué función tiene y cuál es el valor del art. 95 de la Constitución? ¿para qué sirve dicho precepto si puede ser violado por un Gobierno sin que se genere ninguna responsabilidad interna para los órganos competentes, y sin que afecte a la validez del tratado frente a la otra parte contratante?

Resultando totalmente inconcebible, a nuestro parecer, que no se haya apreciado la radical oposición entre la Constitución y el Estatuto de la CPI, cabría plantearse, en el plano especulativo, la pregunta de por qué no se cumplió la Constitución en este caso como, en cambio, sí se hizo en dos ocasiones, una anterior (para ratificar el tratado de Maastricht) y otra posterior al caso que nos ocupa.⁵³ En efecto, en 1992 el artículo 13. 2 de la Constitución, en su versión de 1978, decía lo siguiente: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio *activo* en las elecciones municipales”.⁵⁴ Pues bien, firmado el 7 de febrero de 1992 el tratado de Maastricht⁵⁵ por el que los Estado miembros de las tres Comunidades Europeas instituyeron la Unión Europea, resulta que su artículo 8B, apartado 1, párrafo primero, es del siguiente tenor: “Todo individuo de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser *elector y elegible* en las elecciones municipales del Estado en el que resida en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”.⁵⁶ Es evidente que ambos artículos transcritos están en clara oposición pues el artículo 13. 2 de la Constitución sólo permite la participación de extranjeros, en las elecciones municipales, cuando exista tratado o ley y, además, únicamente pueden ejercitar el derecho de sufragio activo, en tanto que el citado artículo 8B, apartado 1, párrafo primero, del tratado de Maastricht concede la participación a todos los ciudadanos de la Unión Europea en el Estado comunitario de residencia y, además, no solamente el sufragio activo sino también el pasivo. Planteada la ratificación por España del tratado de Maastricht resulta completamente normal que el Tribunal Constitucional, el 1 de julio de 1992, requiriese la previa reforma del citado artículo 13. 2 de la Constitución, reforma que se llevó a cabo el 27 de agosto de 1992, con una nueva redacción que ponía al texto constitucional de acuerdo con lo dispuesto en el tratado de Maastricht al añadir “y pasivo”, produciéndose a continuación la autorización

⁵³ Para ratificar el tratado de Maastricht fue la primera modificación de la Constitución. La segunda tuvo lugar en 2011 y el artículo modificado, también por el procedimiento “blando”, fue el 135.

⁵⁴ Las cursivas son nuestras.

⁵⁵ Entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Vid. el texto en el Diario Oficial núm. C 191, de 29/07/1992.

⁵⁶ Las cursivas son nuestras.

para la ratificación, que vino dada por la Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, figurando el Instrumento de ratificación en el BOE, núm. 11, de 13 de enero de 1994.⁵⁷

El diferente comportamiento del Gobierno ante la modificación de la Constitución, a efectos de poder ratificar el tratado de Maastricht, y frente a la ratificación del Estatuto de la CPI muy seguramente radique en cuanto a los diferentes requisitos exigidos por el texto constitucional para uno y otro caso. En efecto, para el caso de la ratificación del tratado de Maastricht ocurre que el artículo a modificar fue el 13.2 que no está dentro del Título Preliminar, ni del Título I, Capítulo segundo, Sección primera, ni tampoco del Título II, por lo que el procedimiento de modificación de ese precepto queda regulado por el art. 167 de la Constitución que, en último término, sólo exige el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y la mayoría de dos tercios del Congreso, con lo que éste puede aprobar la reforma, no siendo obligatorio someterla a referéndum ya que éste solamente tendría que celebrarse en el caso de que dentro de los quince días siguientes a su aprobación lo solicitase una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras, conforme determina el art. 167.3 de la Constitución, solicitud que no se produjo en el caso de Maastricht, pero la modificación del art. 56.3 de la misma, el que establece la inviolabilidad e inmunidad del Rey, sí está dentro del Título II para cuya modificación el art. 168 de la Constitución establece unos requisitos a los que muy improbablemente esté dispuesto ningún Gobierno a someterse por el hecho de ratificar un tratado, y ello porque la pretensión de cualquier Gobierno es mantenerse en el poder, lo que no es posible aplicando el art. 168 de la Constitución ya que para modificar el citado art. 56.3 se requiere: 1) aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara; 2) disolución inmediata de las Cortes; 3) elecciones generales; 3) ratificación de la decisión y estudio del nuevo texto constitucional, que ha de ser aprobado por la mayoría de dos tercios de ambas Cámaras; y 4) aprobada la reforma por las Cortes Generales sometimiento de ésta a referéndum nacional, sin que, por cierto, nada se diga en este precepto, ni en ningún otro, sobre las consecuencias que tendría que el referéndum resultase contrario a esa reforma constitucional. Todo lo ordenado por el art. 168 debió, pues, cumplirse antes de la ratificación del Estatuto de la CPI, pero lo cierto es que se depositó el Instrumento de ratificación sin hacerlo. Y eso no es más que un flagrante incumplimiento de la Constitución por parte de quienes estaban obligados a cumplirla. El posible intento de justificar que el Rey nunca es responsable de ninguno de sus actos conforme al art. 64.2 de la Constitución (“de los actos del Rey serán responsables las personas que lo refrenden”), no pasaría de ser una burda falacia ya que esa norma solo rige para España, pero en absoluto para organismos internacionales, ni Estado alguno que no están obligados por la misma en ningún caso.

⁵⁷ Con esa nueva regulación constitucional, en la actualidad de los 8.131 municipios existentes en España alrededor de 90 están regidos por alcaldes extranjeros.

Debe recordarse ahora cómo puede ser declarada la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, lo cual viene regulado por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), que en su art. 2. 1 determina que éste conocerá, de los casos y en la forma que esa Ley determina; siendo uno de ellos, conforme a la letra e) de dicho artículo y párrafo, el: “De la declaración sobre la inconstitucionalidad de los Tratados internacionales”.⁵⁸ Y más adelante el art. 27. 1, tras afirmar que: “Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este Título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados”, señala en el párrafo 2 de dicho artículo que: “Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad... c) Los tratados internacionales...”. Esto dicho, el art. 32. 1 de la citada LOTC, citando expresamente a los “tratados internacionales” enumera las instituciones legitimadas para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad que son: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, o cincuenta Senadores, recurso que deberá interponerse, conforme al art. 33. 1 de la LOTC “dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación” en el BOE. Nada de lo cual se ha hecho en relación a la ratificación del Estatuto de la CPI desde cuyo momento han transcurrido veinte años. Por lo demás, resulta bastante más que improbable que esa inconstitucionalidad pueda ser promovida por Jueces o Tribunales, conforme al art. 35. 1 de la citada LOTC, que sólo podría hacerse efectiva, de acuerdo al párrafo 2 del citado precepto, “una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia...”.

Desde hace años el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 118/1988, de 20 de junio, o la 139/1988, de 8 de julio, ha reafirmado que los tratados internacionales son *normas con rango de ley*, o *normas primarias* del ordenamiento jurídico, en la calificación dada por la STC 38/2007, y la preocupación porque un tratado publicado en el BOE sea declarado posteriormente inconstitucional viene manifestada en su Declaración de 1 de julio de 1992 en la que esa decisión *a posteriori* de inconstitucionalidad pone de manifiesto: “... la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada: el riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional (del art. 95 CE) intenta evitar”,⁵⁹ lo cual es muy cierto, pero si la acción queda, como está establecido en la LOTC, limitada, por así decir, *a instancia de parte*, en determinados casos, y así sucede con el que es objeto de nuestra atención en las páginas precedentes, el intento resultará baldío. De ahí que, a nuestro parecer, debería existir una norma que obligase al Gobierno a comunicar al Tribunal Constitucional su intención de ratificar cualquier tratado

⁵⁸ El texto del art. 2. 1 e) fue redactado así por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio.

⁵⁹ Vid. Rodríguez-Zapata, Jorge: *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, 4ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2018, pp. 244-245.

internacional, o la de prestar la adhesión, o bien que el propio Tribunal Constitucional periódicamente solicitase al Gobierno la relación de tratados que pretende ratificar, o prestar la adhesión, a los efectos de que éste se pronuncie previamente, con lo que no se podría producir ya la declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*, es decir, una vez depositado el Instrumento de ratificación o de adhesión, ya que esta situación, desde luego, dice muy poco de cara a las relaciones internacionales de España, en cuanto a la seguridad jurídica y la propia solvencia del Estado español.

3.- CONCLUSIÓN

Es un principio inconcuso que en el ordenamiento jurídico español no puede existir ninguna norma, ya sea de fuente interna ya de fuente internacional, que se oponga a un precepto contenido en la Constitución. Partiendo de esto resulta que en 2002 los poderes públicos e instituciones que están obligados a actuar solicitando del Tribunal Constitucional la declaración de si un tratado que va a ser ratificado, o al que se va a prestar adhesión, es conforme o no con la misma conforme a su art. 95. 1, curiosamente no vieron, o no quisieron ver, la radical oposición del art. 27 del Estatuto de la CPI con el art. 56. 3 de la Ley de Leyes, por lo que esa falta de actuación impidió al Tribunal Constitucional poder pronunciarse. Ello ha llevado a la lamentable situación de que un tratado inválidamente celebrado y, por tanto, nulo conforme a la propia Constitución, forme parte “a la fuerza”, valga la expresión, del ordenamiento jurídico interno puesto que fue publicado en el BOE, y en consecuencia que el Rey de España, inviolable e irresponsable ante la ley interna española y ante el Derecho internacional, como se ha visto anteriormente, tal como proclama el citado art. 56. 3 de la Constitución, no lo sea ante la CPI donde conforme al citado art. 27 de su Estatuto carece de cualquier inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción. A la vista de la Constitución resulta, pues, una infracción a la misma, es decir, una ilegalidad, además de un absoluto absurdo. Ante la posibilidad de que los citados poderes públicos e instituciones puedan hacer caso omiso del art. 95. 1 de la Constitución, según convenga políticamente, en España, recordando un famoso título de Francisco de Rojas Zorrilla, “del Rey abajo ninguno” puede estar conforme seriamente con esta situación inaceptable, aparte de que, además, ella no genere responsabilidad de ningún tipo para nadie. Por ello, acaso debería modificarse el art. 1. 1 de la Constitución según el cual: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”, añadiendo la expresión “aunque no siempre”, pero esta modificación tendría que llevarse a cabo también por el procedimiento “duro”, con lo que, como dice Don Quijote de la Mancha, “con la Iglesia hemos topado, Sancho”. En todo caso cabe preguntarse seriamente, desde una posición objetiva, y sin distinción de ideología política ¿se está cumpliendo la Constitución cuando se superan por años los plazos establecidos legalmente para el nombramiento y renovación de miembros del Consejo General del Poder Judicial y de

Magistrados del Tribunal Constitucional, que ha motivado que incluso representantes de la Unión Europea y el propio Consejo de Europa hayan manifestado su preocupación? ¿es conforme con el espíritu de la Constitución modificar, a la carta, el Código penal para beneficiar a determinadas y muy concretas personas, con nombre y apellidos, que han sido condenadas por el Tribunal Supremo, y algunas otras que, cuando esto se escribe, aún no han sido juzgadas?... y así se podría seguir elaborando una larga lista de preguntas. Y en estos supuestos citados ¿el caso omiso a la Constitución se debe a ciudadanos particulares, o a integrantes de los poderes públicos e instituciones que, por cierto, son quienes tienen el deber de dar ejemplo a la ciudadanía? Es indiscutible que el Derecho es una ciencia del espíritu y, por tanto, todo en ella puede estar sujeto a debate, y por eso los criterios doctrinales varían y los Tribunales pueden modificar su jurisprudencia. Pero ante esto cabe también preguntarse si, en función de la ideología predominante en el Gobierno de turno, y en los componentes del Tribunal Constitucional, un hecho de gran trascendencia social puede ser legal durante algunos años para convertirse en ilegal años después, y de nuevo volver a ser legal posteriormente, como en una especie de partido de tenis perpetuo. Dicho con otras palabras, si la Constitución está sujeta a interpretaciones contradictorias en función del color político predominante en cada momento en el Tribunal Constitucional, porque si así fuere ello conllevaría a la quiebra de la seguridad jurídica. Sin embargo, para ser objetivos, debe reconocerse que esta anómala política de comportamiento judicial no es, ciertamente, algo exclusivo de España ya que se da también en otros Estados, algunos con una larga tradición democrática como es Estados Unidos de América; en efecto, ahí está la sentencia de su Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2022, por cierto nada bien recibida por los miembros del partido demócrata empezando por el propio presidente Joe Biden, en la que, resolviendo un recurso interpuesto por el Estado de Misisipi, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo a nivel nacional, que había sido reconocido en 1973 en la famosa sentencia relativa al caso *Roe v. Wade*, viene a modificar ésta con el apoyo de varios jueces “conservadores” entre los que se encuentran Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, radicalmente opuestos al aborto, que fueron nombrados por el presidente Donald Trump, y en la que, a pesar de su posición contraria a la interrupción voluntaria del embarazo no se manifiestan en el sentido de prohibir totalmente el aborto en Estados Unidos sino que, al entender que ese derecho no forma parte de la Constitución norteamericana, lo que acuerdan es que cada Estado federado tenga plena libertad para admitirlo o prohibirlo. Los jueces “conservadores” no han intentado imponer, pues, su ideología, que habría llevado sin duda a un voto favorable a la prohibición, sino que han actuado interpretando imparcial y objetivamente la Constitución que originalmente fue adoptada en Pensilvania por la Convención Constitucional de Filadelfia el 17 de septiembre de 1787. Y éste es solo un ejemplo de los muchos que podrían citarse. A la vista de ello cabe preguntarse ¿pero en un Estado democrático y de Derecho, como es España, es admisible que las imágenes de los miembros del Tribunal Constitucional aparezcan siempre en los medios de comunicación social etiquetados como “conservador” o

“progresista”, cuando no con las siglas de un partido político, en vez de “independiente” como sería lo propio? Ítem más ¿es admisible y tolerable que un miembro del Tribunal Constitucional, recién jurado su cargo ante S. M. el Rey, manifieste a renglón seguido en una entrevista concedida a medios de comunicación que la autodeterminación de alguna de las Comunidades Autónomas sería una cuestión a “estudiar”? ¿Qué es lo que hay que estudiar? ¿Acaso no está suficientemente claro lo que dice de España el art. 2 de la Constitución? ¿O lo que se pretende es que diga lo que no dice? ¿Es normal que un Tribunal Constitucional reciba decenas y decenas de recusaciones contra sus miembros a causa de que, con anterioridad a ocupar el cargo, hayan desempeñado diversidad de puestos políticos? Mas estas consideraciones, que ya de por sí son una digresión, lógicamente generadoras de preguntas y respuestas, entran de lleno en el ámbito de la pura política diaria y, por tanto, exceden con mucho de la cuestión tratada y del aspecto estrictamente jurídico al que hemos pretendido circunscribirla en las páginas que anteceden, las cuales ni tienen, ni podrían tener, otra pretensión que la de exponer unas ideas con la única finalidad de configurar lo que es, como se advierte desde el primer momento, una simple nota recordatoria.