

## LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

### Un análisis del argumento internacional<sup>1</sup>

Amparo Martínez Guerra

Profesora Ayudante Doctora  
Universidad Complutense de Madrid

**Resumen:** La Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo de modificación del Código Penal introdujo como nueva pena la prisión permanente revisable tras 25 años. De acuerdo con el art. 25.2 CE, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reinserción y la reducción social. Para defender la constitucionalidad de la nueva pena, el Legislador español acudió a la firma y ratificación del Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Su art. 77.1 b) prevé la imposición de una pena de prisión de por vida cuando así lo justifiquen la extrema gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado.

**Palabras clave:** prisión perpetua, revisión, libertad condicional, resocialización, fines de la pena, prevención general, retribución, Corte Penal Internacional, Derecho penal Internacional, cooperación internacional, ejecución de sentencias internacionales, CEDH, constitucionalidad

**Abstract:** The Organic Law 1/2015, 30 march for the amendment of the Spanish Criminal Code introduced as a new penalty the permanent

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D DER2016-77228-P, *Víctimas de delitos: Modelos de actuación integral*, del que es IP María del Mar CARRASCO ANDRINO (Universidad de Alicante). El estudio inicial y la labor de investigación previa fue desarrollada durante una estancia en el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* entre los meses de mayo y noviembre de 2015. A su equipo del área de Investigación me gustaría agradecer todo el apoyo y colaboración recibidos, especialmente a su directora Isabel Wences, a la coordinadora de seminarios Cecilia Güemes y a la responsable de la coordinación administrativa Mercedes de la Calle.

prison with possibility of parole after 25 years. Pursuant to art. 25.2 of the Spanish Constitution, punishments entailing imprisonment and security measures shall be aimed reeducation and social rehabilitation. In order to support the constitutionality of the penalty, the Legislator argued that Spain signed and ratified the Rome Statute for the establishment of the International Criminal Law. According to art. 77. 1 b) the Court may imposed a term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.

**Keywords:** prison for life, revision, parole, rehabilitation, purpose of criminal sanctions, general deterrence, retribution, International Criminal Court, International Criminal Law, international cooperation, enforcement of international sentences, ECHR, constitutional issues.

## 1. Planteamiento

La inclusión de la pena de prisión permanente revisable (PPR) en el CP mediante la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (LO 1/2015, de 30 de marzo) fue una de las novedades más destacadas y polémicas de la reforma tanto por las formas como por el contenido<sup>2</sup>. Con respecto a las formas, el proyecto pereció y resucitó varias veces para acabar siendo aprobado de manera casi sorpresiva en prácticamente tres meses. Por lo que se refiere al contenido, la propuesta final materializó la respuesta más extrema frente a la comisión de modalidades delictivas muy graves<sup>3</sup>.

Para defender el encaje constitucional de la PPR el Legislator utilizó dos argumentos de naturaleza internacional. El primero, su existencia y aplicación en países de nuestro entorno y su adecuación a los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación de *Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades*

<sup>2</sup> El día 15 de marzo de 2018, el Pleno del Congreso de los Diputados rechazó la *Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, sobre la aplicación de la prisión permanente revisable en determinados delitos y su coherencia con el sistema penitenciario* (BOCCGG, Congreso de los Diputados, n.º 290 de 2 de febrero de 2018, pp. 14-15), el texto alternativo presentado por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, presentado el 30 de enero de 2018 y la *Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV* (BOCCGG n.º 31-1 de 16 de septiembre de 2016).

<sup>3</sup> Para una breve evolución de la propuesta desde su anuncio en el año 2010, *Vid. DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente revisable en el Anteproyecto de 2012, de reforma del Código Penal», en Diario La Ley, n.º 8004, Sección Doctrina, 18 de enero, 2013, pp. 1-31.*

*Fundamentales* (CEDH) de 1950<sup>4</sup>. El segundo, su previsión en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de los que España es parte, concretamente, en el *Estatuto para el establecimiento de la Corte Penal Internacional* de 17 de julio de 1998 (ER)<sup>5</sup>. Un tercer argumento utilizado durante la elaboración del texto, aunque suprimido en la fase de tramitación, fue la práctica extradicional entre Estados Parte del CEDH y terceros países que cuentan con PPR. Aunque la Jurisprudencia del TEDH en la materia resulta de gran interés, este trabajo no la analiza dada la imposibilidad de equipar los fundamentos de ambas situaciones<sup>6</sup>. En los procesos de extradición, el Estado requerido actúa como pieza esencial en el sistema de cooperación jurídica internacional con independencia de que su ordenamiento jurídico prevea o no la imposición de PPR. El propio TEDH distingue entre asuntos en los que la PPR se examina como sanción contenida en el ordenamiento jurídico de un Estado Parte del CEDH y otros en los que se evalúa en el marco de un proceso de extradición<sup>7</sup>. Esta misma distinción ha sido adoptada por el TC español, si bien todavía no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la PPR<sup>8</sup>. Sí lo ha hecho con respecto a la posible *vulneración indirecta* de la Constitución de resoluciones judiciales que autorizaban la extradición a países con PPR y ha adoptado un estándar específico equiparable al del TEDH en la materia. Entiende el TC que, «*a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de*

<sup>4</sup> *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>5</sup> *Instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, BOE*, núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

<sup>6</sup> Sobre este tema, *Vid.* en detalle, ALCÁZER GUIRAO, R., *La protección de los derechos fundamentales en la extradición y en la euroorden: texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales en la Unión Europea*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi Thomsom Reuters, 2015.

<sup>7</sup> Véanse por su relevancia, entre otras, SSTEDH *Soering v. United Kingdom*, de 7 de julio de 1989; *Nivette v. France*, de 3 de julio de 2001; *Einhorn v. France*, de 16 de octubre de 2001; *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, de 17 de enero de 2012; *Babar Ahman and others v. United Kingdom*, de 10 de abril de 2012.

<sup>8</sup> Actualmente se encuentra pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad presentado el 30 de junio de 2015 por los Grupos Parlamentarios Socialista, Catalán de Convergència I de Unió, IU, ICV-EUiA, CHA, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto.

*imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida*<sup>9</sup>. Los pronunciamientos del TEDH sobre la materia, sin restar la importancia que tienen desde el punto de vista de la adecuación constitucional, son el resultado del examen de normativa penal nacional conforme a los estándares mínimos que impone el CEDH en la materia. La jurisprudencia del TEDH se caracteriza además por realizar dicho examen desde la óptica de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH), consagrando la dignidad humana como límite infranqueable de la competencia en exclusiva en materia penal de los Estados miembros del Convenio<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de las alusiones específicas que se realicen a la jurisprudencia del TEDH, este trabajo se centra única y exclusivamente en el estudio de la aplicación y funcionamiento de la PPR por Tribunales Penales Internacionales de los que España es parte. El objetivo que se persigue es comprobar ese argumento internacional utilizado por el Legislador español puede ser utilizado para validar la constitucionalidad de la PPR.

## 2. Contenido y alcance de la PPR

La pena de PPR se incorporó al catálogo de penas del art. 33.2 CP como pena grave. Su aplicación se prevé en los siguientes supuestos: a) comisión de un delito de asesinato del art. 140 CP cuando la víctima sea menor de dieciséis años, una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1.1.<sup>a</sup> CP); b) cuando el hecho (asesinato) sucediera a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (140.1.2.<sup>a</sup> CP); c) que el mismo se hubiere cometido por quien pertenece a un grupo u organización

<sup>9</sup> Entre otras, SSTS 91/2000, de 30 de marzo (FJ noveno); 148/2004, de 13 de septiembre (FJ noveno); 181/2004, de 2 de noviembre (FJ décimosexto); STC 49/2006, de 13 de febrero (FJ quinto). Con respecto a la posibilidad de la vulneración indirecta de la CE, el TC en su fallo 91/200, de 30 de marzo, (FJ. 9) mantuvo que la reinserción y la reeducación no son la única finalidad legítima de la pena ya que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al Legislador para orientar la política penitenciaria, sin que de ese mandato se deriven derechos subjetivos. En el mismo sentido, el CGPJ en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 16 de enero de 2013, p. 34, señalando que, «además debe añadirse, como en reiteradas resoluciones ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, que el primer inciso del art. 25.2 no continene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al Legislador para orientar la política penal y penitenciaria, del que no se derivan derechos subjetivos».

<sup>10</sup> Entre otras, STEDH, *Murray v. The Netherlands*, de 26 de abril de 2016, parágr. 100 y 104. En el mismo sentido, SPANO, R., ««Deprivation of liberty and human dignity in the case-law of the European Court of Human Rights», en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, 4, 2, p. 153.

criminal (140.1.3.<sup>a</sup> CP) y d) reo de asesinato de más de dos personas (art. 140.2 CP). Con PPR se castigarán también la muerte del Jefe del Estado (Rey o Reina) y del Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.1 CP), excluyéndose de esta pena a los cometidos contra resto de ascendientes o descendientes del Rey, que hasta la reforma se castigaban con la misma pena que los cometidos contra aquél. Dentro de los delitos contra la Comunidad Internacional, la PPR se establece para la muerte de un Jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se encuentre en España (art. 605.1 CP); para las conductas más graves de genocidio del art. 607.1.1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> CP (muerte o agresión sexual de uno de los miembros del grupo) y exclusivamente en casos de muerte en los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis 2.1.<sup>o</sup> CP). A estos delitos hay que añadir la causación de muerte por acto terrorista prevista en el art. 573 bis.1 1.<sup>a</sup> CP, que fue modificado por la LO 2/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*<sup>11</sup>.

La prescripción de los delitos castigados con PPR se establece en veinte años (art. 131.1 CP), salvo los de lesa humanidad, genocidio y contra bienes protegidos en caso de conflicto armado, exceptuando los previstos en el art. 614 CP (art. 131.3 CP). Tampoco prescribirán los de terrorismo cuando hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.3 CP). La pena impuesta por estos delitos, es decir la PPR, prescribirá a los 30 años (art. 133.1 CP), salvo en el caso de los delitos imprescriptibles, cuya pena tampoco prescribirá (art. 133.2 CP).

La progresión al tercer grado para los sujetos condenados con PPR presenta diferencias con respecto al régimen general. El art. 78 bis 1 CP establece dos regímenes distintos: el primero, con períodos de cumplimiento mínimo diferentes, en función del número de delitos cometidos y de la pena impuesta por cada uno de ellos. El segundo, en función de la naturaleza de los delitos cometidos. Por lo que respecta al primero, el Legislador permite la progresión al tercer grado cuando el sujeto haya cumplido un *mínimo* de 18 años si las penas impuestas son de RRP y el resto de las penas superan los 5 años de prisión [art. 78 bis. 1 a) CP]; de

<sup>11</sup> La LO 2/2015, de 30 de marzo no se refería expresamente a la PPR y optaba por la fórmula «*prisión por el tiempo máximo prevista en este Código*». La reforma no sólo afectó a la configuración de los delitos contenidos el Capítulo VII del Título XXII del CP, sino también la jurisdicción de los Tribunales españoles para perseguirlos. Lejos de incluir esta reforma en la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, se utilizó un procedimiento *expres* en forma de Proposición de Ley Orgánica (PPLO), evitando así los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado. Su texto coincide sustancialmente con el de la PPLO presentada por los Grupos Parlamentarios Popular (GPP), Socialista (GPS) y Grupo Mixto (GMx) Cfr. *Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo*, BOCCGG Congreso de los Diputados, núm. 211-1, 122/000189, pp. 1-8.

20 años cuando estemos ante una pena de PPR y el resto de las penas superen los 15 años de prisión [art. 78 bis. 1 b) CP]; de 22 años si se trata de dos o más penas de PPR y el resto de las penas alcanzan o superan los 25 años de prisión [art. 78 bis. 1 c) CP]. Para los delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos terroristas, el cumplimiento mínimo deberá ser de 24 años si se dan las circunstancias previstas en los apartados a) y b) del art. 78 bis 1 CP y de 32 años, si nos encontramos en el supuesto del art. 78 bis 1 c).

Para la suspensión de la PPR, el cumplimiento mínimo exigido es de 25 ó 30 años según nos encontremos en los supuestos del art. 78 bis 1 letras a) y b) o en el de la letra c) respectivamente. Los períodos de cumplimiento mínimo se elevan a 28 [art. 78 bis 1 a) y b) CP] ó 35 años [art. 78 bis 1. c) CP] si los delitos se cometan en el seno de organizaciones o grupos terroristas. Además de ello, el art. 92 CP establece como requisito adicional una evaluación de la personalidad del penado por parte del Tribunal pero también de otra serie de variables. Entre ellas, los antecedentes, el delito o delitos cometidos, las circunstancias familiares y sociales y su conducta durante durante el cumplimiento de la pena [art. 92.1 c) CP]. A la vista de ello y de los informes elaborados por la Administración Penitenciaria, el Tribunal evaluará los efectos de la suspensión y del cumplimiento de las medidas que se impagan mientras dure la misma<sup>12</sup>. El procedimiento en el que se adopte la suspensión será contradictorio e intervendrá tanto el Ministerio Fiscal como el penado asistido por su abogado [art. 92.1 c) párrafo segundo CP].

De nuevo se establecen requisitos específicos y adicionales en los casos de suspensión de la condena para delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o grupos terroristas, ya que el art. 92.2 CP exige que *«el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado»*. La forma de acreditar estos comportamientos podrá realizarse *«.... a través de una declaración expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades»*. La suspensión podrá acordarse por un periodo de 5 a 10 años y ser revocada de

<sup>12</sup> Todo ello se entiende, conforme a los mecanismos previstos en los arts. 192 y ss. del RD 190/1996, de 9 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario* y que regula el acceso a la libertad condicional para el resto de los penados.

acuerdo con el art. 92.3 CP. Se prevé también el establecimiento de nuevas prohibiciones o deberes a la vista de nuevas circunstancias, así como la modificación de las existentes.

La revisión de la PPR debe producirse por primera vez en el momento en el que se hayan cumplido los períodos de privación de libertad establecidos en el art. 78 bis CP. A partir de ahí, el art. 92.4 CP establece la obligación de revisar las circunstancias cada dos años, así como de resolver las peticiones de libertad provisional que pudiera presentar el penado. En este caso, el Tribunal podrá no atender a dichas peticiones dentro del plazo de un año a contar desde el rechazo de la última solicitud. Si bien la redacción otorga cierto margen de discrecionalidad al Tribunal a la hora de modificar las condiciones, no hace lo mismo con respecto al establecimiento de la revisión, que es preceptivo<sup>13</sup>. Por eso, la revisión debe producirse por primera vez tras el cumplimiento de la parte de la pena fijada en el art. 78 bis CP y, posteriormente y de no haber sido concedida la suspensión, cada dos años. Ello hace, como señala un importante sector doctrinal, que el único elemento objetivo en la ejecución de la pena sea el cumplimiento de ciertos períodos de privación de libertad. El resto de los elementos y especialmente el pronóstico de reinserción, son valorativos y muchos de ellos «*contarán irremediablemente en perjuicio del reo y ya se habrán tomado en consideración para la condena... Otros no son modificables por el reo de modo que difícilmente podrá hacer algo para mejorárselos de forma que pudiera contribuir con su conducta a mejorar su pronóstico.*». Es decir, ni en su evaluación, ni en su concesión ni tampoco en su revocación, la suspensión de la PPR descansa en elementos o factores que dependen única y exclusivamente de la voluntad del reo<sup>14</sup>. Además, en caso de que el Tribunal decida no suspender, sólo la muerte del sujeto extingue una pena que no tiene fijado un límite máximo de cumplimiento. A la PPR le será también de aplicación lo previsto en el art. 80. 4 CP y podrá suspenderse «*sin sujeción a requisito alguno*» cuando el penado sufra de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. La única excepción es que en el momento de comisión del delito, el sujeto ya tuviera una pena suspendida conforme a este precepto.

<sup>13</sup> Sobre lo inadecuado de la técnica legislativa utilizada por el prelegislador se pronunció de manera profusa el CGPJ en su *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 17 de enero de 2013, pp. 47 y ss.

<sup>14</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / PÉREZ MANZANO, M. / ALCÁZER GUIRAO, R. / ARROYO ZAPATERO, L. / DE LEÓN VILLALBA, J. / MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A / PÉREZ MANZANO, M. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*, Cuencia, Colección de Estudios Penales Marino Barbero Santos, 2016, p. 36. En el mismo sentido, DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente revisable...», ob. cit, p. 24. Las observaciones de la autora se realizaron a la regulación contenida en el Anteproyecto del CP de 2012, de 11 de octubre. Al materializarse esa redacción en la LO 1/2015, de 30 de marzo, entendemos que son trasladables al precepto.

### 3. La postura de los órganos consultivos frente a los argumentos internacionales del Legislador

Los argumentos internacionales utilizados por el Legislador para justificar la constitucionalidad de la PPR fueron dos y se contenían en la EM de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 31 de marzo. Por un lado, que la PPR es una pena contemplada en los países de nuestro entorno y cuya adecuación al CEDH ha sido declarada por el TEDH. Por otro, que se contiene en el Estatuto de la CPI del que España es parte. Se trata de «... *un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio* (cf. SSTEDH 12-2-2008, caso *Kafkaris vs. Chipre*; 3-11-2009, caso *Meixer vs. Alemania*; 13-11-2014, Caso *Bodein vs. Francia*; 3-2-2015, caso *Hutchinson vs. Reino Unido*)». Por otro lado, «*el Consejo de Estado ha tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada —pero revisables—, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente*». El argumentario del Legislador no varió del mantenido durante la tramitación y aprobación de la reforma<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> En la sesión plenaria celebrada el 12 de diciembre de 2013, el entonces Ministro de Justicia, Sr. Ruiz-Gallardón Jiménez defendió la constitucionalidad de la PPR dado su carácter democrático, su proporcionalidad y su efecto preventivo general. Por lo que respecta a la primera, entendía que «*ha sido avalada por el Consejo de Estado, por el Consejo Fiscal, por el Consejo General del Poder Judicial, cuya sugerencia de que se definiera e incluyera el catálogo de penas para asegurar en mayor medida el respeto al principio de legalidad ha sido, al igual que otras muchas, atendida. Además, señorías, no es la primera vez que lo hacen nuestros órganos consultivos. El Consejo de Estado ya había considerado ajustada a nuestra Constitución esta pena con motivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que fue ratificado por nuestro país y entró en vigor en el año 2002. En lo que se refiere a su constitucionalidad, creo que queda claro por tanto que no es, no debe ser objeto de duda. Por lo que se refiere a su carácter democrático, mantuve que «negar que la prisión permanente revisable tiene un carácter democrático sería tanto como decir que Alemania, Francia, el Reino Unido, Italia, Austria, Suiza o Dinamarca no son países democráticos, porque aplican figuras equivalentes a la prisión permanente revisable y además lo hacen para un número mayor de delitos del que nosotros hemos previsto en esta reforma del Código Penal»*. Por lo que se refiere a su proporcionalidad entendió que quedaba plenamente justificada al imponerse sólo en los casos extrema gravedad ya que «*es preciso disponer de una regulación que establezca una respuesta al delito ajustada a la gravedad del hecho desde el momento en que el derecho penal transmite unos determinados valores y señala comportamientos que quedan absolutamente proscritos, orientando de ese modo la conducta social....«pues bien, señorías, la sociedad española debe tener confianza en que la respuesta del sistema penal al delito va a ser suficiente en todos los casos, empezando por aquellos cuya gravedad extraordinaria atenta contra los valores esenciales de nuestra convivencia»*.

Durante la tramitación del proyecto, los órganos consultivos mantuvieron posturas diversas con respecto a la constitucionalidad de la nueva pena. Ninguno de ellos, salvo los votos particulares de algunos miembros del CGPJ, entró a valorar los límites máximos de cumplimiento establecidos por el Legislador y su adecuación constitucional al principio de resocialización de las penas (art. 25.2 CE). El análisis se realizó desde la accesibilidad del penado a la progresión en grado en el ámbito penitenciario y la suspensión condicional de la pena una vez cumplido el periodo fijado por la Ley. No obstante, es necesario señalar que, salvo el emi-

---

La alusión a la jurisprudencia del TEDH se realizaba para rechazar el posible carácter inhumano de la pena debido a la previsión de un mecanismo de revisión: «... pero hay algo que tengo que decir, señorías, que me ha preocupado especialmente, y es cuando se afirma en una de las enmiendas que es una pena inhumana. Esta es una grave acusación, pero además de una grave acusación lo que hace es ignorar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en reiteradas ocasiones que la prisión permanente revisable es perfectamente compatible con el artículo 3 de la convención, artículo que es el que prohíbe que ninguno de los Estados miembros establezcan penas inhumanas... Por eso la prisión permanente revisable no renuncia a la reinserción del penado, lo conocen ustedes. Una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal deberá valorar nuevamente las circunstancias y ese tribunal podrá revisar su situación personal. Quiero recordar —porque esto es importante, señorías— que esta forma de revisión judicial periódica de esa situación personal no existe en la actualidad en nuestro derecho. No existe ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión. No existe ni siquiera para las acumulaciones de condena, que pueden llegar a fijar límites incluso superiores a estos años. Y lo que determina justamente la inhumanidad de una pena es su falta de horizonte de libertad, el cual en la prisión permanente revisable está garantizado por la existencia de un procedimiento judicial continuado, que no existe en nuestro actual derecho penal, de revisión. En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte necesaria mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación. Y si por el contrario el tribunal valora que cumple los requisitos para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control destinadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción. Señorías, la pena de prisión permanente revisable no constituye por tanto una suerte de pena definitiva en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad con la finalidad de reeducación a la que debe obedecer la ejecución de las penas de prisión. Otra cosa es renunciar de antemano a lo que es —vuelvo a insistir en ello— una responsabilidad constitucional, que no se cumple solo con su mera invocación, sino que requiere herramientas que le den auténtico contenido. Por eso, cuando alguna de sus señorías se han sentido tentadas de hablar de cadena perpetua, les pido que reconsideren ese grave error de concepto y lo quiero hacer trasladándoles además una reflexión que no es mía sino del periodista y articulista Martín Prieto, que nos recuerda quiénes son, señorías, los únicos que han sufrido cadena perpetua en nuestro país. Y dice así: Un ser humano es lo que es, pero también lo que pudo ser y no fue, y sus deudos nunca podrán llenar en sus vidas el vacío de ese paréntesis truncado. Así, la cadena perpetua se reserva para las víctimas. Tiene razón, señorías, son las víctimas las que han tenido en nuestro país un dolor perpetuo y desde luego nosotros tenemos que hacer todo lo que en nuestra mano esté para corregir esta injusticia histórica. BOCCGG, Congreso de los Diputados, n.º 165, Diario de Sesiones, Pleno y Diputación Permanente, Proyecto del Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 12 de diciembre de 2013, pp. 21-23.

tido por el Consejo de Estado, los informes corresponden al *Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal* aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012 y no al finalmente enviado a las Cortes Generales, aprobado por el mismo órgano el 20 de septiembre de 2013<sup>16</sup>.

El CGPJ, con votos particulares en todos los sentidos, mantuvo una actitud crítica con la reforma<sup>17</sup>. Tras la revisión de los aspectos esenciales de la PPR y el análisis de su funcionamiento en los Códigos Penales de los siglos XIX y XX, el órgano puso de manifiesto la imposibilidad de trasladar al debate los argumentos internacionales utilizados por el Legislador. Con respecto al fondo de la reforma, porque la existencia de una sanción similar en países del entorno (Italia, Francia, Alemania) debía explicarse desde la finalidad que texto constitucional otorga a la pena en cada uno de ellos. A partir de ahí, el TEDH evalúa la adecuación al *estándar de mínimos* establecido por el CEDH<sup>18</sup>, siempre desde la óptica de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes de su art. 3<sup>19</sup>. En segundo lugar, porque si bien el Consejo de Estado se pronunció sobre la existencia de penas de duración indeterminada con ocasión de la firma del *Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional*, lo hizo precisamente para resaltar su posible incompatibilidad con el art. 25.2 CE. A ello se añadiría la existencia de un régimen diferenciado de PPR para los delitos de terrorismo y su falta de taxatividad al no estar ni regulada ni definida en el catálogo de penas en el momento de evacuación del informe<sup>20</sup>. En cuanto a la justificación de la reforma, el CGPJ criticó que el único argumento ofrecido por el prelegislador para

<sup>16</sup> Sobre la irregularidad de esta práctica, véase las intervenciones al respecto de los Diputados Olabarrieta Muñoz (Grupo Parlamentario PNV) y Llamazares Trigo (Grupo Parlamentario La Izquierda Plural) en BOCCGG, Congreso de los Diputados, n.º 165, Diario de Sesiones, Pleno y Diputación Permanente, *Proyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 12 de diciembre de 2013, pp. 33 y 35 respectivamente.

<sup>17</sup> CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 16 de enero de 2013.

<sup>18</sup> Así lo establece el propio art. 53 del CEDH (*Protección de los Derechos Humanos expresamente reconocidos*): «*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que éstas sea parte*».

<sup>19</sup> CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, cit, pp. 44 y ss. Salvo en el caso italiano que es susceptible de cierto paralelismo, el art. 25.2 CE puede resultar vulnerable cuando tras la revisión prevista, no concurren los elementos o circunstancias que permitan la suspensión de la pena. El CGPJ mantuvo además que, en caso de que la revisión de la pena tras el cumplimiento de 25 años no fuera satisfactorio, se podría estar vulnerando el art. 17 CE, ya que «*la reincisión no puede ser concebida al margen de un ulterior retorno del penado a la sociedad*».

<sup>20</sup> CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica*, cit, p. 12 y conclusión tercera.

implantar la PPR fuera «*un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia*»<sup>21</sup>.

La PPR ocupó un papel destacado en los votos particulares a excepción de uno, que tuvo como objeto exclusivo las modificaciones en materia de medidas y custodia de seguridad<sup>22</sup>. Los vocales discrepantes tacharon las críticas del Informe de *subjetivas y voluntaristas porque* que pretendían «*descalificar las decisiones de política criminal por las que se decanta el prelegislador, fundamentalmente en materia de prisión permanente revisable, medidas de seguridad, concurso de delitos...*». Entendían que dichos juicios de valor resultaban ajenos a la función consultiva del Consejo y abarcaban una materia a la que no cabía hacer «*tacha de inconstitucionalidad*» alguna<sup>23</sup>. Desde el punto de vista del contenido, discrepaban de la novedad de la pena en el ordenamiento jurídico español y se acusaba de una lectura interesada de la jurisprudencia del TEDH y del TC, sin aportar un razonamiento alternativo al respecto. Por lo que se refería a la vulneración del principio de legalidad y taxatividad de la PPR (art. 25.1 CE), se consideraba que el art. 33 CP no contenía «*un catálogo de penas sino una clasificación de las mismas*» y que la interpretación conjunta de ese precepto y del art. 35 CP definía expresamente sus límites<sup>24</sup>.

El Informe del Consejo Fiscal destacaba por su extensión y minuciosidad al analizar uno por uno todos los preceptos objeto de reforma, aunque realizaba únicamente propuestas de mejora técnica en su redacción y evitaba cualquier tipo de crítica al respecto<sup>25</sup>. El órgano obvió por completo el examen de los argumentos internacionales utilizados por el prelegislador, afirmando la constitucionalidad de la PPR dada la

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

<sup>22</sup> Vid. CGPJ, *Voto particular que formula la vocal Dña. Gemma Gallego Sánchez al Acuerdo del Pleno de fecha de 16 de enero de 2013, por el que se aprobó el Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en lo relativo a las medidas y la custodia de seguridad*, pp. 1-2.

<sup>23</sup> *Voto particular que formula los vocales D. Antonio Dorado Picón y Dña. Concepción Espejel Jorquerá al Acuerdo único adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de diecisésis de enero, por el que se aprobó el Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Voto particular al que se han adherido, con excepción de su apartado V, los vocales D. Fernando de Rosa Torner y D. Claro José Fernández-Carnicero*, p. 1.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 3-6.

<sup>25</sup> FGE, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 20 de diciembre de 2012. Son destacables las mejoras propuestas a los arts. 33 ACP, recomendando la introducción de la PPR en el decálogo de penas (p. 17), la clarificación del art. 36.3 y 4 ACP relativo al acceso al tercer grado penitenciario y los permisos de salida (pp. 17-17), la mejora de la redacción del art. 70.4 ACP para delimitar con claridad la pena inferior en grado a la PPR (p. 21) y la contradicción de la redacción del art. 78.2 ACP referida al tiempo de cumplimiento mínimo de la condena en caso de delitos cometidos en el seno de grupo y organizaciones terroristas (pp. 26 y 27).

previsión expresa del mecanismo de revisión. No obstante, recomendó que las revisiones sucesivas de la condena se articularan a través de un procedimiento contradictorio «*con audiencia del penado y de su representación procesal y del Ministerio Fiscal*»<sup>26</sup>.

Finalmente el Consejo de Estado, en su informe Dictamen de 27 de junio de 2013 expuso sus consideraciones centrándose en diferentes aspectos de la PPR, si bien es cierto que se pronunció acerca de una versión del Anteproyecto distinta de la remitida al Consejo Fiscal y al CGPJ. En primer lugar, saludó la inclusión de la PPR en el catálogo de penas del art. 33 CP, solventando así las críticas del CGPJ relativas a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Entendía el órgano que, «... al incorporar ahora una referencia expresa a la prisión permanente revisable en las nuevas redacciones que da a los dos artículos mencionados, el Anteproyecto da una respuesta satisfactoria a las anteriores críticas, pues la propia denominación de dicha pena resulta ya, en este estadio, suficientemente reveladora de las especiales condiciones que para el condenado implicará su imposición»<sup>27</sup>. En segundo lugar, comparó el régimen general de suspensión y de acceso a la libertad condicional admitiendo que, con respecto al acceso a la libertad condicional, «sin perjuicio de otros regímenes especiales y más favorables de acceso a la libertad condicional, que también contempla el Anteproyecto, la revisión de la prisión permanente se somete por tanto, a requisitos de naturaleza semejante aunque algo más estrictos, a los que se subordina la libertad condicional en el régimen general, y lo mismo cabe afirmar con respecto al tercer grado penitenciario»<sup>28</sup>.

En tercer lugar, el informe del Consejo de Estado describía la PPR de Italia, Alemania y Francia, centrándose en el número de años de cumplimiento mínimo (*periodo de seguridad*) para poder, junto con otras condiciones, instar la suspensión de la pena (26, 15 y 30 años respectivamente). En este aspecto, el Consejo de Estado entendió que dicho periodo no se ajustaba sólo a la finalidad punitiva de la pena prevista para delitos extremadamente graves, sino también «al hecho incuestionable de que el plazo para la reeducación y reinserción social de los sujetos que cometen este tipo de infracciones será presumiblemente mucho más largo que el necesario para lograr una efectiva reeducación y reinserción social de otro tipo de delincuentes». Y continuaba, «..ya que no hay que olvidar que la reinserción no es el único fin que persiguen las penas, en particular las

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 84-86. La constitucionalidad de la PPR derivaba, a juicio del Consejo Fiscal, de la adopción de un mecanismo similar al establecido en el ordenamiento jurídico penal alemán y declarado constitucional por el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia de Sentencia de 21 de junio de 1997 (45BverfGE 187).

<sup>27</sup> Dictamen 358/2013, de 26 de junio, del Consejo de Estado. Asunto: *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal*, consideración séptima, A) segundo párrafo.

<sup>28</sup> *Ibidem*, Consideración séptima, B).

*privativas de libertad, y que el art. 25.2 CE no se opone a que esos otros objetivos se ponderen con la finalidad de reinserción social»<sup>29</sup>.* El argumento se completaba con una exposición de los principales fallos del TEDH en la materia, entre los que figuraba *Kafkaris v. Chipre* y *Meixner v. Alemania*, incluyéndose algunos relativos a la práctica extradicional y todos ellos, desde la óptica de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art 3 del Convenio<sup>30</sup>.

En cuatro lugar, el Consejo de Estado planteó la adecuación de la PPR al art. 25.2 CE acudiendo a la jurisprudencia del TC en la materia y recordando que «*el precepto no expresa un derecho fundamental del ciudadano susceptible de ser invocado en amparo, sino más bien un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria con objeto de que configure sanciones penales para que cumplan estos fines de reinserción establecidos en la Constitución sin que se deriven derechos subjetivos del mismo (entre otras, sentencias 88/1988, de 21 de abril; 204/1999, de 8 de noviembre; y 120/00 de 10 de mayo)»*. Resulta sorprendente en este punto la alusión que el Consejo de Estado realizó a la STS 197/2006, de 28 de febrero y a las SSTC 39/2012 y 69/2012, de 29 de marzo, relativas a *doctrina Parot*. Entiendía el órgano que, la ratificación de dicha doctrina por el TS y el TC era un argumento válido para mantener la adecuación de la nueva pena al art. 25.2 CE por dos razones. Primero porque el TEDH, en su sentencia de primera instancia no se pronunció sobre la «*compatibilidad de dicho criterio con el art. 3 de la Convención*». En segundo lugar porque «*la pendencia del citado recurso ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos no exige, por tanto, y en lo que aquí interesa, matizar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este punto*». Efectivamente, el TEDH en su sentencia de instancia, de 10 de julio de 2012, no se pronunció acerca de la posible vulneración del art. 3 porque haberlo hecho hubiera supuesto una *incongruencia extra petita*, al no ser objeto de la demanda. En segundo lugar, a pesar de que el recurso ante la Gran Sala se encontraba pendiente, la condena en primera instancia debería de haber servido al menos para no utilizar esa doctrina en su argumentación.

<sup>29</sup> *Ibidem*, Consideración séptima, E).

<sup>30</sup> SSTEDH, *Kafkaris v. Cyprus*, de 12 de febrero de 2008; *Meixner v. Germany*, de 3 de noviembre de 2009. También se incluyó la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Plenario) en *Kotalla v. The Netherlands*, de 6 de mayo de 1978 y la STEDH *Stanford v. The United Kingdom*, de 23 de Febrero de 1994. No contenía referencia alguna a la STEDH *Vinter and others v. United Kingdom* dado que el fallo de la Gran Sala se produjo apenas dos semanas después (9 de julio de 2013) de la emisión del Dictamen del Consejo de Estado. No obstante, resulta llamativo que el órgano consultivo no aludiera a la sentencia de instancia en este asunto, de 17 de enero de 2012, en la que se declaró que no existía vulneración del art. 3 del Convenio, aunque posteriormente fuera anulada por el fallo de la Gran Sala. Sobre las importantes implicaciones de este fallo, en concreto para Reino Unido, véase, VAN ZYL SMIT, D. / WEATHERBY, P. / CREIGHTON, S., «Whole life sentences and the tide of the European Court of Human Rights Jurisprudence», en *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 1, pp. 59-84.

Finalmente, y a juicio del órgano consultivo, «*el mero hecho de que el condenado a la prisión permanente revisable tenga acceso, aun con requisitos más estrictos, a los mecanismos de revisión de la pena, es revelador de la voluntad del Anteproyecto de orientar también esta pena especialmente grave hacia una —en todo caso eventual— reinserción del penado*». Fue precisamente en este aspecto donde el Consejo de Estado acudió al argumento de la firma y ratificación por España del ER de la CPI que, en su art. 77, prevé la imposición de una PPR. Para el Consejo de Estado, el hecho de que España firmara y ratificara el tratado justificaba la adecuación constitucional de la medida, máxime cuando el ER contempla un mecanismo de revisión y reducción de la pena.

## 4. La PPR y Tribunales Penales Internacionales

El segundo de los argumentos internacionales utilizados por el Legislador español para defender la adecuación de la PPR a nuestro ordenamiento jurídico es su existencia en el ER de la CPI. La EM de la LO 1/2015, de 30 de marzo no menciona expresamente la participación de España en otros Tribunales Penales de naturaleza internacional, concretamente el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Con ellos tiene firmados no sólo leyes orgánicas de cooperación, sino también acuerdos de cumplimiento de sentencias que, en el caso concreto del TPIY han regido la ejecución de condenas en nuestro país en diversas ocasiones (*Vid. INFRA*).

El análisis de ese argumento debe tener en cuenta distintas variables. En primer lugar, la finalidad de la pena en Derecho Penal Internacional. En segundo lugar, el tipo de delitos a los que se impone y su probabilidad de imposición. En tercer lugar, la naturaleza de los Tribunales que la imponen y su relación con los Estados. Finalmente, el contenido específico de los acuerdos de cumplimiento de sentencias. Sólo el estudio conjunto de estos elementos puede permitirnos concluir si la existencia de PPR en los Estatutos de los TTPPII de los que España es parte es o no un argumento válido para mantener, como ha hecho el Legislador español, la constitucionalidad interna de esta pena.

### 4.1. La finalidad de la pena en Derecho Penal Internacional

Una de las discusiones más relevantes en el Derecho Penal Internacional contemporáneo es la finalidad de las penas impuestas por la comisión de delitos internacionales. El origen consuetudinario de gran parte de la disciplina y la ausencia de un catálogo de penas en los Convenios Internacionales elaborados durante la segunda mitad del s. xx

dificulta la labor interpretativa relativa a la finalidad de la pena. Por ello, esta tarea sólo puede realizarse desde el estudio de dos elementos: los textos de naturaleza internacional y la jurisprudencia que, hasta la fecha, ha hecho referencia a la finalidad de la pena en el ámbito internacional, especialmente aquellos que han impuesto una PPR. El análisis de ambos elementos ofrece resultados dispares que deben ser considerados teniendo en cuenta que, como mantiene SPANO, la indefinición o falta de concreción de la finalidad de la pena se debe en gran parte a que el debate sobre la política penal ha sido considerado tradicionalmente exclusivo de ámbito doméstico<sup>31</sup>. Precisamente debido a ello, el contenido de los Convenios Internacionales se dirige a limitar u orientar el uso de la sanción penal por parte de los Estados soberanos frente a la comisión de delitos comunes e internacionales. Por el contrario, el contenido de los estatutos internacionales, con independencia de la influencia del derecho nacional, es el resultado de un consenso internacional que aplican órganos internacionales frente a la comisión de delitos de naturaleza internacional.

En términos generales se puede afirmar que los textos internacionales no prescriben una finalidad concreta de la pena. Siguiendo un orden cronológico, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 se limita a prohibir la tortura y tratos inhumanos y degradantes<sup>32</sup> en términos muy similares a los previstos en el art. 3 CEDH de 1950. Con respecto a este último es preciso señalar no sólo la importante jurisprudencia en la materia desarrollada de manera muy profusa durante las últimas décadas<sup>33</sup>, sino también, el contenido específico en algunos de sus Protocolos adicionales. Así, por ejemplo, el art. 1 de su Protocolo número 4 establece la prohibición de la prisión por deudas<sup>34</sup>, mientras que el número 6 y el número 13 hacen lo propio con la abolición de la pena de muerte<sup>35</sup>.

Las *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (1957) se limitaron a establecer los estándares mínimos relativos al tratamiento de los prisioneros, concretamente los rela-

<sup>31</sup> SPANO, R., «Deprivation of liberty and human dignity in the case-law of the European Court of Human Rights», ob., cit, p. 150.

<sup>32</sup> Asamblea General de la ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre 1948, 217 A (III), art. 5.

<sup>33</sup> VAN ZYL SMIT, D., «International Imprisonment», en *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 54, 2, p. 363.

<sup>34</sup> *Protocolo n.º 4 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades públicas además de los que ya figuran en Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo n.º 11*, de 16 de noviembre de 1963.

<sup>35</sup> *Protocolo n.º 6 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas relativo a la abolición de la pena de muerte*, de 28 de abril de 1983 y el n.º 13 relativo a la *Públicas relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia*, de 3 de mayo de 2002.

tivos a higiene, alimentación, asistencia médica, ejercicio físico, comunicaciones con el exterior, formación...<sup>36</sup> Sin embargo, aunque no se pronunciaron sobre la imposición de penas perpetuas, destacaron la necesidad de prever las medidas necesarias para que el condenado disfrute de un retorno gradual a la vida en sociedad antes del cumplimiento definitivo de la sentencia. Esta medida se puede articular a través de mecanismos de semi o pre-libertad en la misma u otras instituciones o la puesta en libertad bajo algún tipo de supervisión no asignada a fuerzas policiales<sup>37</sup>.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (PIDCP)<sup>38</sup> ofrece algún criterio de interpretación de la sanción penal, básicamente a través de la limitación de la pena de muerte<sup>39</sup> y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes<sup>40</sup>. Sin embargo, y del mismo modo que nuestro texto constitucional, orienta el régimen penitenciario a «*la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*» (art. 10.3). Las previsiones se completan con el contenido del Segundo Protocolo del PIDCP sobre la abolición de la pena de muerte que, no admite reservas salvo la formulada en el momento de ratificación o adhesión al protocolo. Ésta excepción permite la «*aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra*» (art. 2.1)<sup>41</sup>. Finalmente, la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969)<sup>42</sup> tampoco consagra fines específicos de la pena, pero sí limita de manera clara los aspectos más extremos de la retribución a través de la limitación

<sup>36</sup> *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2075 (LXII) of 13 May 1977*. La única excepción que se prevé al respecto es la recomendación de evitar la imposición de sanciones privativas de libertad para menores de edad (Observaciones Preliminares, 5.2).

<sup>37</sup> *Ibidem*, Principio 60(2).

<sup>38</sup> Asamblea General de la ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre 1966.

<sup>39</sup> El art. 6 sólo permite la aplicación de la pena capital a los delitos más graves que la tengan prevista con anterioridad a la entrada en vigor del Pacto y que no sean contrarias a la *Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio* (art. 6.2), supuesto para el que se prevé excepción (art. 6.3). Tampoco se aplicará a menores de 18 años ni a mujeres embarazadas (art. 6.5).

<sup>40</sup> Art. 10. 1: «*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*».

<sup>41</sup> Asamblea General de la ONU, *Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinando a abolir la pena de muerte*, Resolución 44/128 de 15 diciembre 1989.

<sup>42</sup> ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* (B 32), Pacto de San José, 22 Enero 1969.

de la pena de muerte en términos muy similares a los del PIDCP<sup>43</sup>. En el marco del Consejo de Europa, las *European Prison Rules* ofrecen elementos de interpretación aunque no prescriben fines específicos de la sanción<sup>44</sup>. No obstante, es importante señalar que, en su Principio Básico tercero señalan la proporcionalidad como elemento limitador y legitimador de la pena.

En el marco de los Tribunales Internacionales, la ausencia de referencias claras a los fines de la pena se reproduce en sus textos fundamentales. La *Carta de Londres de 1945 por la que se establece el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* permitía al Tribunal imponer la pena de muerte o la que estimase justa junto con la restitución de cualquier bien robado<sup>45</sup>. Poco o nada se establece en la Carta con respecto a cómo debían ejecutarse las sanciones y conforme a qué principios o parámetros, dado que el Tribunal no tuvo si quiera facultades de supervisión de las condenas<sup>46</sup>. La formulación de los *Principios de Nuremberg* (1950) contiene alguna referencia directa a la naturaleza de la sanción, reflejo de parte de las discusiones mantenidas en la Comisión de Derecho Internacional<sup>47</sup>. Éstas se centraron especialmente en la necesidad de que, en el futuro borrador de Código Penal Internacional, la redacción del precepto dedicado a sanciones se ajustara a las exigencias del principio *nulla poena sine lege*<sup>48</sup>. Durante los debates, la Comisión de Derecho Internacional abordó también de manera indirecta a la finalidad de la pena al discutir la conveniencia de crear un tribunal de naturaleza penal para sanción del delito de genocidio, de acuerdo con las previsiones

<sup>43</sup> La Convención no prohíbe expresamente su aplicación pero sí su reintroducción en los Estados que la han abolido (art. 4.3). Su aplicación sólo se prevé para los delitos más graves (art. 4.2) de los que se exceptúan los políticos y comunes conexos a los políticos (art. 4.4). Tampoco podrá imponerse a los menores de 18 años, mayores de 70 y mujeres embarazadas (art. 4.5). A ello hay que añadir la prohibición expresa de aplicar esta pena a delitos que no la tuvieran prevista en el momento de aprobación de la Convención (art. 4.2).

<sup>44</sup> COUNCIL OF EUROPE, *European Prison Rules*, Recommendation (rec) 2006 of the Committee of Ministers of the member states on the European Prison Rules, 11 enero 2006.

<sup>45</sup> Arts. 27 y 28 respectivamente.

<sup>46</sup> VAN ZYL SMIT, D., «International imprisonment», ob. cit., p. 360, señala razones de naturaleza política más que penalógica, las que llevaron a la puesta en libertad de personas condenadas a penas privativas de libertad largas e incluso cadenas perpetuas.

<sup>47</sup> *Principles of International Law recognized in the Charter of Nürnberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal*, adopted by the International Law Commission, second session, 1950, *Yearbook of the International Law Commission*, Summary records, 1950, vol. I, Report by Mr. Siropoulos, pp. 33 y ss.

<sup>48</sup> Postura mantenida por los miembros de la Comisión Ricardo J. Alfaro (Panamá) y Gilberto Amado (Brasil) *Principles of International Law recognized in the Charter of Nürnberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal*..., cit, parág. 43, pp. 62-66. Especialmente interesante resulta también la postura mantenida por segundo, que llegó a calificar de *sistema de penas indeterminado* el contenido del art. 27 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, p. 62, parág. 46.

contenidas en el *Convenio para la prevención y sanción del Genocidio* que acababa de ser aprobado<sup>49</sup>. El debate mantenido por los miembros de la Comisión se circunscribía básicamente a si la jurisdicción penal debía conferirse a una sala penal de la recién creada Corte de Justicia Internacional o si, por el contrario, era necesario crear un órgano diferente<sup>50</sup>. En el marco de esa discusión, los representantes de Siria (El- Khoury) y Colombia (Yepes) se mostraron a favor de la primera opción entendiendo que ello incrementaría el prestigio de la Corte<sup>51</sup>. En el mismo sentido se mostró el representante de China (Hsu), para quien la creación de un órgano internacional de naturaleza penal era un desarrollo necesario debido a su componente moral<sup>52</sup>.

La discusión acerca de la finalidad de pena no desapareció tras la creación de los TTPPII *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR)<sup>53</sup>. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) por las que se crearon ambos Tribunales<sup>54</sup> apostaron por la mera inclusión de la sanción en sus Estatutos, desplazando el debate sobre la finalidad de la pena a la ejecución. Precisamente, la fase de ejecución está resultando ser el elemento determinante en la finalidad de la sanción, especialmente en el caso de los TTPPII *ad hoc* en los que existe una gran divergencia en el tratamiento penitenciario debido a la naturaleza de los Tribunales y al sistema descentralizado de ejecución de sentencias<sup>55</sup>. Este último deja en manos del Estado la commutación de las sentencias e incluso los indultos y puede llegar a crear diferencias notables en el tratamiento en función del país en el que se cumpla la condena<sup>56</sup>. Con todo, gran parte de la

<sup>49</sup> Asamblea General de la ONU, *Convenio para la prevención y sanción del Genocidio*, 9 Diciembre 1948; 260 A (III). El art. V establece la obligación de las Partes contratantes de establecer «sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III».

<sup>50</sup> *Principles of International Law recognized in the Charter of Nürnberg Tribunal and the Judgment of the Tribunal..., Part. IV. Question of International Criminal Jurisdiction /A/ CN.4/R.7/ADD.7/Rev.1* cit, pp. 370-371.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 24, parágs. 10 y 11.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 18, parág. 52.

<sup>53</sup> D'ASCOLI, S., *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad hoc Tribunals and future perspectives for the ICC (Studies in International and Comparative Criminal Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 32 y ss.

<sup>54</sup> S/RES/827, de 25 de mayo de 1993 y S/RES/955 de 8 de noviembre de 1994, respectivamente.

<sup>55</sup> HOLÁ, B. / VAN WIJK, J., «Life after conviction at the International Criminal Tribunals», en *Journal of International Criminal Justice*, 2014, 12, p. 114. El estudio de los autores pone de relieve las diferencias de tratamiento de personas condenadas por los TTPPII *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda en función del país de ejecución y de la legislación concreta en materia penitenciaria. Véase también, KELDER, J. / HOLÁ, B. / VAN WIJK, J., «Rehabilitation and early release of perpetrator of International Crimes: a case study of the ICTY and ICTR» en *International Criminal Law Review*, 2014, 14, pp. 1177-1203. En el mismo sentido, *Vid.* WEINBERG DE ROCA, I. M. / RASSI, C. M., «Sentencing and incarceration in the *ad hoc* Tribunals», en *Stanford Journal of International Law*, 2008, 44, pp. 12-40.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 48-60.

doctrina coincide en señalar la retribución<sup>57</sup> y la prevención general como las finalidades esenciales de las penas impuestas por el TPIY y el TPIR<sup>58</sup>.

El estudio de la jurisprudencia más relevante de TPIY y del TPIR, concretamente de aquellos casos en los que se ha impuesto pena de PPR e incluso penas privativas de libertad por encima de los cuarenta años, pone también de manifiesto la importancia del carácter retributivo de la pena y de su función preventivo-general<sup>59</sup>. Éste fue el parecer del TPIY en asuntos como *The Prosecutor v. Radovan Karadzic* (40 años de prisión)<sup>60</sup>, *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir* (prisión perpetua)<sup>61</sup>, *The Prosecutor v. Popovic et al.*<sup>62</sup> (prisión perpetua), *The Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic*<sup>63</sup> (prisión perpetua el primero de ellos), *The Prosecutor v. Milomir Stakic*<sup>64</sup> (prisión perpetua), *The Prosecutor v. Radislav Krstic* (46 años de prisión) y *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (45 años de prisión)<sup>65</sup>. Especialmente importante es la alusión a la finalidad de la pena en el Derecho Penal internacional contenida en la sentencia de 22 de noviembre de 2017,

<sup>57</sup> Scalia, D., «Long term sentences in International Criminal Law: do they meet the standards set out by the European Court of Human Rights», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 3, p. 674.

<sup>58</sup> Akhavan, P., «The ICTR: the politics and the pragmatics of punishment», en *American Journal of International Law*, 1996, 90, 3, p. 501. El mismo autor en «Beyond impunity: Can International Criminal Justice Prevent future atrocities?» en *American Journal of International Law*, 2001, 95, 1, p. 10.

<sup>59</sup> El argumento resulta de gran interés porque se repite de manera recurrente en las sentencias de PPR a pesar de que se elaboró durante los primeros de fallos en los que no se imponía este tipo de sanción. Vid, por todas IT 96-21-T. *The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Dravko Mucic, Hazim Delic and Esda Landzo*, 16 Nov 1998, parágs. 1231 y 1232. En el fallo, resulta llamativa la formulación del principio de retribución y su limitación al establecimiento del Tribunal como parte de los Acuerdos de Dayton, porque «*la retribución por sí misma no trae la justicia*». Pero también lo es la formulación del principio de resocialización o rehabilitación, que considera que debe ser tenido especialmente en consideración «*cuando se trata de una persona joven, de bajo nivel educativo... entonces se convierte en necesario reintergrarlos en la sociedad y que puedan convertirse en miembros útiles de la misma de forma que se les permitan llevar a cabo una vida normal y productiva tras la puesta en libertad. La edad del acusado, sus circunstancias, su habilidad para ser reeducado y la disponibilidad de facilidades en los centros de internamiento pueden, y deben, ser aspectos relevantes al respecto*» [parág. 1232 a].

<sup>60</sup> IT-95-5/18-T. *The Prosecutor v. Radovan Karadzic*, 24 Mar. 2016, parág. 6025, donde la Sala no sólo reconoce ambos fines como los esenciales de la pena, sino que además vincula ambos con la proporcionalidad de la misma ajustada a la gravedad de la conducta criminal.

<sup>61</sup> IT-05-88/2-T. *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, 12 Dec 2012, parágs. 1209 y 1210, decisión que además, en su parág. 1211 establece expresamente que la finalidad resocializadora o rehabilitadora, con un peso limitado en la finalidad de la pena, debe ser valorada *caso por caso*. Este fallo fue confirmado por IT-05-88/2-A. *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, 8 Apr. 2015.

<sup>62</sup> IT-05-88-T. *The Prosecutor v. Popovic et al.*, 10 June 2010, parágs. 2128-2130. Fallo confirmado por IT-05-88-A. *The Prosecutor v. Popovic et al.*, 30 Jan 2015.

<sup>63</sup> IT-98-32/1-T. *Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic*, 20 July 2009, parág. 1049. Fallo confirmado por IT-98-32/1-A. *Prosecutor v. Milan Lukic & Sredoje Lukic*, 4 Dec 2012.

<sup>64</sup> IT-97-24-T. *Prosecutor v. Milomir Stakic*, 31 Jul 2003, parágs. 900 y 901.

<sup>65</sup> IT-97-24-T. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, 3 Mar 2000, parág. 761.

que condenó a Ratko Mladić a la pena de prisión perpetua. En ella, el Tribunal determina que la retribución y prevención son las dos finalidades de la sanción y que la rehabilitación o resocialización es «*importante aunque menos relevante*». «... la retribución no debe ser interpretada como deseo de venganza, sino como expresión de la comunidad internacional por los delitos cometidos; la retribución, al contrario que la venganza, exige la imposición de un castigo justo y apropiado, y nada más»<sup>66</sup>. Por lo que se refiere a la prevención, tanto general como especial, el TPIY entiende que ambas forman parte de los fines de la pena y que deben ser tenidas en consideración a la hora de determinar la pena concreta. Sin embargo, el Tribunal reconoce que, la probabilidad de que el condenado cometa delitos de esta naturaleza en el futuro es pequeña y ello reduce la importancia de la prevención especial. No obstante, el fallo debe atender a la función de prevención general dirigida especialmente «*a quienes creen estar por encima del Derecho Penal Internacional*»<sup>67</sup>. La retribución y la prevención también han informado la práctica del TPIR en cuanto a la imposición de la PPR, aunque esta sanción ha sido mucho más frecuente en el TPIR<sup>68</sup>. De entre ellas destacan por su importancia la impuesta en *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*<sup>69</sup>, la primera condena internacional por comisión de delito de genocidio desde la aprobación de la Convención de 1948; en *The Prosecutor v. Jean Kambanda*<sup>70</sup>, *The Prosecutor v. C. Kayishema*<sup>71</sup>; *The Prosecutor v. George Rutaganda*<sup>72</sup> y *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*<sup>73</sup>, entre otros.

<sup>66</sup> IT-09-92-T. *Prosecutor v. Ratko Mladić*, 22 Nov 2017, párrgs. 5181 y 5182 y también en IT-95-5/18-T *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, 24 Mar. 2016, párrgs. 6025 y 6026.

<sup>67</sup> IT-09-92-T. *Prosecutor v. Ratko Mladić*, 22 Nov 2017, parág. 5183. La probabilidad de reincidencia no es tenida en cuenta en IT-95-5/18-T. *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, 24 Mar. 2016, parág. 6026. El razonamiento se construye sobre el establecido también en IT 96-21-T. *Prosecutor v. Zejinil Delalić, Dravko Mucić, Hazim Delić and Esda Landzo*, 16 Nov 1998, parág. 1232 d). En él, el Tribunal considera la prevención general la finalidad más importante de la pena en las «*condenas por violación del Internacional Humanitario, ya que además del efecto de disuasorio que la sanción puede tener en el acusado, el efecto esencial debe presumirse con respecto a sujetos que puedan encontrarse en situaciones similares en el futuro. La prevención de los máximos responsables tanto civiles como militares, en el contexto de la Antigua Yugoslavia a través de sentencias apropiadas, es una forma de reconducir al territorio a la paz. A pesar de que las penas privativas de libertad largas no son deseables, en ocasiones son necesarias para contribuir a la estabilidad del área*».

<sup>68</sup> En contestación a las críticas recibidas por la imposición de la prisión perpetua en el TPIR, cfr. WEINBERG DE ROCA, I. M. / RASSI, C. M., «*Sentencing and incarceration in the ad hoc Tribunals*», ob. cit., pp. 11-12.

<sup>69</sup> El fallo fue emitido de manera separada un mes después de la sentencia, práctica seguida por el Tribunal en otros asuntos. *Vid. ICTR-96-4-S*, 2 Oct 1998, parág. 19, en referencia a ICTR 96-4-T. *Prosecutor v. Jean. Paul. Akayesu*, decisión confirmada en ICTR-96-4-A, 23 Nov 2001.

<sup>70</sup> ICTR-97-23-S. *Prosecutor v. Jean Kambanda*, 4 Sept 1998, parág. 28.

<sup>71</sup> ICTR-95-1-T. *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, 21 May 1999, párrgs. 1 y 2.

<sup>72</sup> ICTR-96-3-T. *Prosecutor v. George Rutaganda*, 6 Dec, 1999, parág. 456.

<sup>73</sup> ICTR-98-44A-T. *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, 1 Dec 2003, párrgs. 944 y 945, en los que se alude expresamente al Preámbulo de la resolución que crea el Tribunal, a la

El debate sobre la finalidad de la pena en el Derecho penal Internacional volvió a estar presente durante la creación de la CPI. El estudio de los debates de la Conferencia Diplomática para su establecimiento da cuenta de las diferentes opciones, sensibilidades y sistemas jurídico-penales presentes en la creación del tribunal y, por ende, en la finalidad que se le atribuye a las sanciones<sup>74</sup>. El análisis de las discusiones de mantenidas en los grupos de trabajo creados al efecto y los debates suscitados en el marco de los preparatorios ejemplifica la problemática de encontrar consensos acerca de las sanciones aplicables por la futura CPI y, por consiguiente, de la finalidad de sus sanciones. Para algunas delegaciones la inclusión de la pena más extrema, la capital, era el reflejo de la proporcionalidad del sistema dada la gravedad de los delitos. Por ejemplo, Singapur (Sr. Yee) mantenía la inclusión de esta pena no sólo por estar contemplada en el ordenamiento jurídico de su país, sino porque no estaba prohibida en el Derecho Internacional, específicamente en el art. 6 del PIDCP de 1966. En el mismo sentido, las delegaciones de Trinidad y Tobago (Sr. Maharaj) y Etiopía (Sr. Woldwolde) consideraban inaceptable la exclusión de la pena de muerte por la comisión de delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra<sup>75</sup>. Otras por el contrario, pese a defender su aplicación, optaron por aceptar el compromiso de exclusión de esta pena del *Grupo de Trabajo sobre Penas*<sup>76</sup> si se salvaguardaba el derecho del estado soberano a aplicarla en determinadas circunstancias (básicamente cuando el delito hubiera sido cometido en su territorio). Esta postura fue planteada por Líbano (Sr. Hamdan) y a ella se adhirieron las delegaciones de Ruanda (Sr. Ubalijoro), Emiratos Árabes Unidos (Sr. Al-Gennan), Arabia Saudí (Sr. Abdulmalik Ahmed M. Al Sheikh), Catar (Sr. Al-Amery) e Irak (Sr. Ahmed) entre otras<sup>77</sup>. El resultado de todo ello fue la exclusión de la pena de muerte del ER pero la inclusión de la cláusula contenida en su art. 80: «*Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados*

---

finalidad retributiva y preventiva de la sanción como forma de contribuir al re establecimiento de la paz y de la reconciliación del país.

<sup>74</sup> FIFE, R. E., «Part. 7. Penalties. Art. 77, Applicable penalties», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., A., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary, Third Edition*, München / Oxford, Baden Baden, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1878-1879.

<sup>75</sup> Sobre la adecuación de la propuesta final del Grupo de Trabajo de sobre penas, *Vid. A/CONF. 183/13 (VOL. III)* United Nations, *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court, Rome*, 15 June-17 July 1998, Official Records, cit, pp. 356-357.

<sup>76</sup> A/CONF. 183/C. 1/WGP/L, 14 and Corr. 1 and 2, United Nations, *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court, Rome*, 15 June-17 July 1998, *Report of the Working Group on Penalties*, 4 July, 1998.

<sup>77</sup> A/CONF. 183/13 (VOL. III) United Nations, *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court, Rome*, 15 June-17 July 1998, cit, p. 357. Ruanda, a pesar de posicionarse con Singapur, entendía que la propuesta permitía aplicar la pena capital a los delitos en circunstancias de especial gravedad. Irak, por su parte, señalaba que la falta de previsión en el futuro texto no afectaba a su aplicación en su territorio.

*de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte»*<sup>78</sup>. El texto final salvaguardaba de esta forma, la potestad de los Estados de imponer las penas previstas en sus ordenamientos jurídicos por la comisión de los delitos internacionales, pero también el principio de complementariedad de la CPI<sup>79</sup>.

Desde el 1 de julio de 2002 la CPI ha impuesto dos sentencias condenatorias, aunque en ninguna de ellas PPR. No obstante, el análisis de sus argumentos nos permite extraer conclusiones preliminares acerca de la finalidad de la pena en el sistema de la CPI. El primero de los fallos es el emitido en *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, confirmado por la Sala de Apelaciones. En él, se condenó a 14 años de prisión al dirigente congoleño por el reclutamiento de niños soldados menores de 15 años en República Democrática del Congo. La sentencia alude a la finalidad de las penas impuesta por la CPI parafraseando el Preámbulo del ER, que persigue que «*los delitos más graves que pueden cometerse en el ámbito internacional no queden impunes*». No obstante, al mismo tiempo recuerda la obligación de los Estados Parte de contribuir a este fin a través «*de la prevención de los delitos*»... porque la «*CPI fue establecida con esta finalidad y en beneficio de las generaciones futuras*»<sup>80</sup>. En el mismo sentido se pronuncia en *The Prosecutor v. Germain Katanga*, aunque añade un elemento muy importante a su razonamiento: la necesidad de proveer verdad y justicia para las víctimas y sus familiares<sup>81</sup>.

## 4.2. Delitos internacionales con PPR: posibilidades de imposición

### 4.2.1. Por los TTPPII *ad hoc*

El segundo de los elementos del análisis es el tipo de delitos para los que los Estatutos de los TTPPII de los que España es parte prevé la imposición de una pena perpetua y los términos en los que lo hace. Aunque por razones obvias nos centraremos exclusivamente en el contenido de los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI es importante señalar que

<sup>78</sup> FIFE, R. E., «Article 80. Non-prejudice to national application of penalties and national laws», ob. cit., pp. 1909-1914.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 1914.

<sup>80</sup> ICC-01/04-01/06, *Situation in the Democratic Republic of Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, 10 July 2012, parág. 16. El fallo fue confirmado por la Sala de apelaciones en ICC-01/04-01-06 A 4 A 6, *Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the appeals of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, 10 July 2012, con voto particular del Magistrado Sang-Hyun Song.

<sup>81</sup> ICC-01/04-01/07, *Situation in the Democratic Republic of Congo. In the case of the Prosecutor v. Germain Katanga. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute*, 23 May 2014, parág. 38.

redacción de los tres, especialmente de los dos primeros, refleja una gran influencia de la experiencia de Nuremberg y Tokio.

La prisión perpetua estaba prevista en el art. 27 del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*, de 8 de agosto de 1945, junto con «*la pena de muerte o la que (el Tribunal) estimara conveniente y justa*»<sup>82</sup>. También la *Carta del Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente* en su art. 16 establecía como criterio discrecionalidad absoluta en la imposición de la pena<sup>83</sup>. La formulación en ambos textos resultaba excesivamente genérica y poco acorde al principio de legalidad y taxatividad penal. Sin embargo, como señala VAN ZYL SMIT, estos dos aspectos no fueron especialmente criticados en el periodo codificador que se abrió a partir de entonces, ni subsanados en las Convenciones Internacionales nacidas del mismo<sup>84</sup>.

Las penas susceptibles de ser impuestas por los TTPPII *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda se encuentran contenidas en los arts. 24 y 23 de sus respectivos Estatutos, siendo la privativa de libertad la principal sanción (arts. 24. 1 y 23.1). Además, los textos confieren a los TTPPII la *potestad* de devolver las propiedades, ingresos o ganancias derivadas del delito (arts. 24. 3 y 23.3)<sup>85</sup>. La Regla 101 A) de las *Reglas de Prueba y Procedimiento* (PPR) del TPIY y del TPIR permiten imponer una pena privativa de libertad de hasta el tiempo de vida que le reste al condenado («*the remainder of the convicted person's life*»)<sup>86</sup>. Para su imposición, los Tribunales deberán tener en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado, conforme al art. 24.2 del Estatuto. En el apartado B) de la Regla 101 desarrolla esa previsión, aludiendo entre otras, a las circunstancias agravantes y atenuantes, a la cooperación con la Fiscalía, a la práctica seguida por los Estados terri-

<sup>82</sup> Como pena accesoria, el art. 28 permitía al Tribunal a privar «*a la persona condenada de cualquier bien robado y ordenar su entrega al Consejo de Control para Alemania además de la pena que imponga*».

<sup>83</sup> BOISTER, N. / CRYER, R., *The Tokyo International Military Tribunal: a reappraisal*, Oxford University Press, 2008, p. 247.

<sup>84</sup> VAN ZYL SMIT, D., «*International punishment*», ob. cit., p. 360, quien señala que, lejos de cumplir con los principios de taxatividad y legalidad penal, la *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 1948 se limitó a señalar la naturaleza internacional del delito y la necesidad de prevenirlo y castigarlo (art. I).

<sup>85</sup> Las adquisiciones de propiedades y terrenos (*land*) se consideran nulas. Cfr. SECURITY COUNCIL S/ 25704, 3 May 1993, *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council resolution 808*, cit, p. 28, parág. 114. Junto a la privación de libertad, podrá ordenar la restitución de los bienes o recursos a los propietarios que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluidos la coerción (art. 24.3). En los mismos términos se regula la imposición de penas en el art. 23 del Estatuto del TPIR, si bien la práctica general será la de los tribunales de Ruanda, pero limitándolas exclusivamente a las penas privativas de libertad.

<sup>86</sup> *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, adopted on 11 February 1994, as amended on 10 July 2015* y *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda, adopted on 29 June 1995, as amended on 13 May 2015*.

toriales y a las penas impuestas por otros tribunales por la comisión de delitos internacionales<sup>87</sup>.

Uno de los aspectos más significativos de la regulación es la posibilidad de acudir a *práctica general* seguida por los Tribunales de la Antigua Yugoslavia y de Ruanda para la determinación de la pena. La previsión, que *a priori* buscaba acerca la imposición de la sanción a los Estados territoriales, fue objeto de arduo debate en el caso del TPIR dado que la práctica nacional en ese momento permitía la aplicación de la pena capital por la comisión de los delitos más graves. La selección de los delitos sometidos a investigación y enjuiciamiento por parte del órgano internacional podría llevar, según el entonces Gobierno Ruandés, a que los máximos dirigentes investigados y juzgados por el TPIR fueran condenados a penas privativas de libertad y los civiles juzgados por tribunales nacionales a pena de muerte<sup>88</sup>. En el caso del TPIY, el efecto era el contrario porque la pena máxima prevista para esos delitos en el antiguo Código Penal de la entonces República Socialista de Yugoslavia era de veinte años al haber sido abolida la pena capital. Esta contradicción se puso de manifiesto en el seno de ambos tribunales<sup>89</sup> y la conclusión a la que se llegó en ambas instituciones fue la misma: la remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales prevista en los Estatutos ofrecía elementos a tener en cuenta en la determinación de la sentencia, pero no era un criterio *vinculante* en la imposición de las penas por Tribunales que ejercen *jurisdicciones internacionales*<sup>90</sup>.

Los términos de la regulación son poco precisos y dejan gran margen de discrecionalidad a los TTPPII *ad hoc* para determinar la gravedad de los hechos que justifique la imposición de PPR. La jurisprudencia de ambos Tribunales ha tenido en cuenta circunstancias tales como el grado y la forma de participación, el abuso de superioridad del autor y la vulnerabilidad de la víctimas, entre otros<sup>91</sup>. Todo ello en un contexto de *selección* de delitos y sobre todo de presuntos responsables, establecido por los propios

<sup>87</sup> Regla 101, A) iv) en relación con el art. 10.3 del Estatuto del TPIY y art. 9.3 del TPIR.

<sup>88</sup> SHRAGA, D. / ZACLIN, R., «The International Criminal Tribunal for Rwanda. Symposium towards an International Criminal Court», en *European Journal of International Law*, 1996, 7, pp. 510-511. La prohibición expresa de la aplicación de la pena de muerte de entre las sanciones aplicables por el TPIY se contiene, por ejemplo en SECURITY COUNCIL S/ 25704, 3 may, *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council resolution 808 (1993)*, p. 28, parág. 112.

<sup>89</sup> En el ámbito del TPIY, *Vid. IT 96-22-T. The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 29 Nov 1996, parágs. 34 y ss. y también *IT 96-21-T. Prosecutor v. Zejnil Delalic*, *Dravko Masic*, *Hazim Delic* and *Esda Landzo*, 16 Nov 1998, parágs. 1196 y ss. En el ámbito del TPIR, *Vid. ICTR-97-23-S. Prosecutor v. Jean Kambanda*, 4 Sept 1998, parág. 23, que recuerda la prohibición expresa de la aplicación de la pena de muerte en el ámbito del TPIR.

<sup>90</sup> *Vid. por todos, IT 96-21-T. Prosecutor v. Zejnil Delalic*, *Dravko Masic*, *Hazim Delic* and *Esda Landzo*, 16 Nov 1998, parágs. 1201 y 1202.

<sup>91</sup> *IT-09-92-T. Prosecutor v. Ratko Mladić*, 22 Nov 2017, parág. 5185-5188. En el mismo sentido en *IT-95-5/18-T. Prosecutor v. Radovan Karadzic*, 24 Mar. 2016, parag. 6025.

Estatutos. La posición o la relevancia del autor y su capacidad de mando o autoridad es el primer elemento no sólo para valorar la aplicación de esta pena, sino para determinar la posible jurisdicción preferente y excluyente de los propios órganos. En definitiva, la imposición de la PPR en el ámbito de los TTPPII *ad hoc* ni es obligatoria ni se establece para una categoría específica de delitos. Acertadamente, autores como SCALIA han mantenido que, al no existir jerarquía entre los delitos contenidos en los Estatutos, resulta difícil poder prever el sentido de las decisiones<sup>92</sup>. La ausencia de cualquier tipo de directriz relativa a la revisión o la ejecución de dichas penas por parte de los órganos impedirá además prever el desarrollo concreto de cada una de ellas y, sobre todo, garantizar un tratamiento homogéneo de los reos condenados a PPR (*Vid. INFRA*).

#### 4.2.2. Por la CPI

La inclusión de la PPR en el ER y su concreta regulación es fruto de la influencia de los diversos ordenamientos jurídicos en la institución, de la competencia subsidiaria de la CPI y, sobre todo, de la renuncia a la aplicación de la pena de muerte frente a la comisión de las modalidades más graves. Al contrario que las experiencias previas, el debate acerca de la inclusión de las penas en el texto se convirtió en una exigencia irrenunciable del principio *nulla poena sine lege*<sup>93</sup>. Superado el debate sobre la pena capital, los esfuerzos se centraron en alcanzar un consenso acerca del establecimiento de una prisión permanente y de los mecanismos de revisión. El resultado final de estas discusiones es el contenido del art. 77 ER, que establece que la CPI podrá imponer como penas principales la reclusión no superior a 30 años (art. 77.1.a) o a perpetuidad cuando «*lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del autor*» (art 77.1.b). Podrá hacerlo ante la comisión de cualquiera de los delitos contenidos en el art. 5 ER sobre los que tiene jurisdicción (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra)<sup>94</sup>. Junto

<sup>92</sup> SCALIA, D., «Long term sentences in International Criminal Law: do they meet the standards set out by the European Court of Human Rights», ob. cit., p. 681.

<sup>93</sup> Entre ellas destacan las observaciones de Uruguay (Sr. Opertti), Ecuador (Sr. Larrea Dávila) y República Dominicana (Sr. Aguiar). Cfr. A/CONF. 183/13 (VOL. III) United Nations, *Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Official Records, Reports and other Documents*, New York, 2002, Vol. II, pp. 112, 118 y 285, respectivamente.

<sup>94</sup> Incluyendo la activación de la jurisdicción sobre el delito de agresión el 17 de julio de 2018. Cfr. ICC-ASP 16/10/L.10, *Draft resolution proposed by the Vice-Presidents of the Assembly. Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression*, de 14 de diciembre de 2017. Para los delitos contra la Administración de Justicia de la CPI del art. 70 ER el propio precepto establece penas de reclusión no superiores a cinco años, multa o ambas, de acuerdo con lo establecido en las RPP. Las faltas de conducta del art. 71 ER llevarán aparejadas penas de multa u otro tipo de medidas como la expulsión temporal o permanente de la Sala.

a las penas privativas de libertad está prevista la imposición de multa (art. 77.2.a) y el decomiso del producto, de los bienes y de los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (art. 77. 2.b). Estas dos últimas sanciones tienen carácter accesorio y potestativo.

La fórmula adoptada por los Estados Parte en materia de imposición y determinación de penas presenta importantes similitudes con la de los TPPPI *ad hoc*. En primer lugar porque aunque las penas se regulan en el ER, se reenvía también a las *Reglas de Prueba y Procedimiento* (RPP)<sup>95</sup>. En segundo lugar porque tampoco se establece una pena o marco penal concreto para cada delito o categoría delictiva, sino que, *a priori*, a todos y cada uno de los delitos sobre los que la CPI ejerce su jurisdicción se les reconoce la misma gravedad. Es decir, los magistrados de la CPI tienen discrecionalidad a la hora de determinar qué pena y en qué extensión se impone, sin perjuicio de la necesaria motivación de la sentencia.

Los parámetros a los que debe atender la CPI en la determinación de la sanción son exterma gravedad y a las condiciones del condenado (art. 77.1.b) ER). El fallo debe establecer la pena concreta para cada uno de los delitos cometidos si concurrieren más de uno y la total a cumplir. Ésta no podrá ser inferior a la más grave que se haya impuesto ni superar los límites establecidos en el art. 77 ER, es decir, 30 años o prisión permanente (art. 78.3 ER). En el caso concreto de la prisión permanente, las RPP establecen que «*podrá imponerse la pena a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes*»<sup>96</sup>. Qué deba entenderse por *extrema gravedad* del crimen será determinado por los jueces. Junto a ello valorarán también las circunstancias personales del condenado reflejadas a través de las agravantes previstas en la regla 145.2 (b). Entre ellas se encuentran la existencia de antecedentes penales por los mismos delitos o por delitos de naturaleza similar [145.2 b) i]; el abuso de poder o de cargo oficial [145.2 b) ii]; especial indefensión de la víctima [145.2 b) iii]; la crueldad empleada o el número de víctimas [145.2 b) iv]; la comisión por motivos discriminatorios [145.2 b) v]<sup>97</sup>; otras causas semejantes a las anteriores [145.2 b) vi]. A fecha de hoy, tal y como se ha visto, las sentencias impuestas por CPI (Lubanga Dyilo y Katanga) no han estimado la concurrencia de estas dos condiciones (*Vid. SUPRA*).

<sup>95</sup> ICC-ASP/ 1/3 and Corr. 1, 2002, *Rules of Procedure and Evidence*.

<sup>96</sup> Regla 145 (3).

<sup>97</sup> En este aspecto el precepto remite expresamente a los motivos de discriminación del art. 21.3 ER, que son edad, raza, color, idioma, religión o credo, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

El elemento esencial en la regulación de la prisión permanente del ER es la posibilidad de *reducción* tras el procedimiento de *revisión* previsto en el art. 110 ER. La revisión de la sentencia sólo puede llevarla a cabo la propia Corte (art. 110.2 ER) una vez cumplidos los periodos establecidos en el art. 110.3 ER. El precepto exige el cumplimiento de dos tercios de la condena en el caso de las penas privativas de libertad y de 25 años en el caso de prisión permanente. La revisión no será posible antes del cumplimiento de esos plazos. El artículo establece una revisión automática pero no una puesta en libertad automática<sup>98</sup>, ya que son varios los factores a tener en cuenta a la hora de poder adoptar esta medida<sup>99</sup>. Entre ellos figuran la voluntad del condenado en la ejecución de las decisiones y órdenes de la CPI en «*otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas*» u otros factores que, «*de acuerdo con las RPP supongan un cambio claro y significativo de las circunstancias como para justificar una reducción de pena*» [art. 110 ER c)].

La Regla 223 detalla otro tipo de factores o circunstancias a valorar por la Sala de Apelaciones en la revisión. Esos factores son de naturaleza objetiva, subjetiva y mixta. Entre los primeros se encuentran la posibilidad de que la reducción de la condena y, por lo tanto, la puesta en libertad del condenado, diera lugar a un aumento de la inestabilidad social [Regla 223 c)], así como factores relativos a la salud físico-psíquica del reo [Regla 223 e)]. Entre los factores de naturaleza subjetiva encontramos la conducta del sujeto durante la detención y las posibles iniciativas que haya puesto en marcha para compensar o reparar a las víctimas [Regla 223 a) y d)]. Con respecto al comportamiento durante la detención, el precepto exige que éste muestre una auténtica disociación del delito o delitos cometidos. Los factores de naturaleza mixta son el pronóstico de resocialización del penado [Regla 223 b)] y el impacto en las víctimas y en sus familiares de la puesta en libertad [Regla 223 d)]. Como puede observarse, ambos factores hacen depender la decisión de circunstancias difícilmente verificables en el momento de la evaluación, especialmente porque hay elementos que, en su caso, escaparían al control o decisión del penado. Por ejemplo, el pronóstico de resocialización depende en gran medida, no sólo del tipo de delito cometido sino de la situación política, social y económica en la que se pudiera encontrar el territorio y el conflicto en el momento de la excarcelación<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> FIFE, R. E., «Part. 7. Penalties. Art. 77, Applicable penalties», ob. cit., p. 1886.

<sup>99</sup> STRIJARDS, G.A / HARMSSEN, R.O. «Article 110. Review of the concerning reduction of sentence», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., A., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, ob. cit., pp. 2210-2213, para quienes redacción del precepto es un claro síntoma del modelo penitenciario de la CPI durante la fase de ejecución.

<sup>100</sup> Estas circunstancias estarán lógicamente fuera del alcance del reo y dependerán de factores políticos y del mecanismo utilizado en la finalización del conflicto y en la

El procedimiento de revisión está regulado en la Regla 224 y es competencia de la Sala de Apelaciones. Este órgano celebrará una vista oral al efecto (*hearing*), salvo que por razones excepcionales decidiera lo contrario. En ella participarán el condenado, que podrá estar asistido por abogado e intérprete, el Fiscal de la CPI, el Estado de ejecución de la pena y cualquier otro Estado en el que deban ejecutarse cualquier multa del art. 77 ER o reparación del art. 75 ER, así como las víctimas o sus representantes legales. Se prevé también que las partes puedan presentar sus observaciones por escrito y que la sesión se celebre por videoconferencia con el Estado de ejecución en presencia de un Magistrado delegado por la CPI (Regla 224.1). En caso de denegación de la reducción, la solicitud podrá volverse a plantear cada tres años (art. 110.5 ER) o incluso en períodos de tiempo inferiores si se produjera una cambio significativo en las circunstancias y así lo determinaran los Magistrados (Regla 224.4). El procedimiento será de la misma naturaleza que el de la revisión inicial y en él participarán las víctimas, la Fiscalía de la CPI y el Estado de ejecución (Regla 224.4 y 5).

La única condena de la CPI objeto de revisión hasta ahora ha sido la impuesta a Thomas Lubanga Dyilo<sup>101</sup>. Con independencia de que la revisión recaiga sobre un fallo que no impuso PPR, los argumentos utilizados por los Magistrados en la interpretación de los preceptos del ER y de las RPP resultan de gran importancia. En primer lugar, porque la CPI reconoce que la revisión de la sentencia es un mecanismo *automático* que no necesita de la activación de parte. Sin embargo, la decisión acerca de la reducción es *discrecional*. La simple presencia de elementos que deben ser tenidos en cuenta para la reducción no implica una reducción automática<sup>102</sup>. Los elementos que analizaron los Magistrados fueron el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, la gravedad de los delitos y otras circunstancias de naturaleza personal y no personal. Con respecto a la primera, actúa como requisito para proceder a la revisión pero no la condiciona. La discusión de este argumento en la decisión de la CPI resulta de gran interés, ya que el condenado alegó que, de acuerdo con la práctica y la jurisprudencia de otros tribunales internacionales,

---

pacificación de la zona. Lo llamativo del precepto es que asume que la persona, una vez liberada, no volverá a la comunidad o región en la que se perpetraron los delitos independientemente de que provenga de allí o no. Este aspecto es muy significativo porque uno de los elementos que se regula con mayor detalle en los acuerdos de cumplimiento de sentencias entre la CPI y los Estados Parte es precisamente el traslado del reo a otro Estado una vez cumplida la sentencia.

<sup>101</sup> ICC-01/04-01/06, *Situation in the Democratic Republic of Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Scheduling order for the review concerning reduction of the sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo*, 15 june 2015, en el que se decide establecer una vista para el examen de los argumentos presentados por las partes.

<sup>102</sup> ICC-01/04-01/06-3173. *Situation in the Democratic Republic of Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the review concerning reduction of the sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo*, 22 September 2015, págrs. 20 a 22.

este hecho suponía la reducción automática de la sentencia<sup>103</sup>. En este punto, la Sala recordó que la CPI tiene, conforme al art. 21 ER, su propio sistema de fuentes y ello le obliga a aplicar el ER y las RPP. Con respecto al segundo, la gravedad del delito, los Magistrados entendieron que no era un elemento a tener en cuenta en la posible reducción de la sentencia<sup>104</sup>. Finalmente, en la evaluación de otras circunstancias de naturaleza personal y no personal, se consideraron tanto la actitud y la disposición del condenado, como las alegaciones de las víctimas y de la República Democrática del Congo. Entre las primeras se incluyeron la situación familiar del condenado y su voluntad de iniciar estudios universitarios. Sin embargo, la Fiscalía de la CPI puso de manifiesto la participación del condenado en la revelación de información confidencial relativa al *asunto Ntaganda*, todavía pendiente de resolver. Por parte de las víctimas y del Estado territorial, se alegó la posible inestabilidad que podría crear en la zona la reducción de condena y la puesta en libertad del condenado. Ello, unido a la inexistencia de circunstancias excepcionales con respecto a la situación o actitud hacia las víctimas por parte del acusado, determinó a los Magistrados a denegar la reducción de la condena pese a reconocer la existencia un *pronóstico favorable de reinserción del condenado*<sup>105</sup>. La segunda revisión de la sentencia se produjo el 3 de noviembre de 2017 y la CPI volvió a denegar la reducción alegando la inexistencia de cambios sustanciales en la situación del condenado. Además, la Sala estimó que no procedía fijar una nueva revisión dado que la condena se extinguirá el 15 de marzo de 2020. Todo ello, sin perjuicio del derecho que le asiste al Sr. Lubanga Dyilo a solicitar una nueva revisión de su condena<sup>106</sup>.

#### 4.3. Los TTPPII y su relación con los Estados Parte

El análisis de la relación entre TTPPII y Estados Parte es esencial para determinar la naturaleza de las sentencias impuestas por los primeros y las obligaciones de los segundos. Dejando a un lado el problemático ejercicio de la jurisdicción y los criterios de resolución de los conflictos jurisdiccionales, la concreta naturaleza de los TTPPII determina las relaciones de cooperación entre estos y los Estados Parte. Su estructura y funcionamiento ha variado de forma significativa ya que, si en un primer momento los órganos internacionales eran *ad hoc* o temporales, desde el año 2002 existe la CPI con carácter permanente. Este elemento es esencial en la ejecución de las penas impuestas por los primeros, en la nor-

<sup>103</sup> *Ibidem*, párrgs. 26 y 35.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párrgs. 24 y 26.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párrgs. 77 y ss.

<sup>106</sup> ICC-01/04-01/06-3175. *Situation in the Democratic Republic of Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the review concerning reduction of the sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo*, 3 November 2017, parág. 95.

mativa aplicable al proceso y en las facultades conferidas a los Estados en los que se cumplen las sentencias.

#### 4.3.1. Con los TPPPII *ad hoc*

Los TPPPII *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) creados en 1993 y 1994 respectivamente, fueron la respuesta de la Comunidad Internacional a las atrocidades cometidas en el marco de dos conflictos internacionales de gran magnitud acaecidos durante los años noventa del siglo pasado. Desde el punto de vista jurídico constituyen dos experimentos de depuración de responsabilidades penales por la comisión de delitos internacionales que, desde su creación, trataron de marcar distancia con los precedentes<sup>107</sup>. Ambas instituciones se crearon mediante el mecanismo previsto en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas<sup>108</sup>. El proceso cumplió en gran parte con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal, ya que la codificación inciada por la ONU tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial había cristalizado en la aprobación del *Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio* de 1948 y en los *Convenios de Ginebra* de 1949<sup>109</sup> y sus *Protocolos Facultativos* de 8 de junio de 1977<sup>110</sup> y de 8 de

<sup>107</sup> Las críticas al establecimiento y funcionamiento de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio han sido constantes a lo largo del s. xx. En primer lugar, por su creación *ex post* como parte de los acuerdos entre las partes vencedoras: el *Acuerdo de Londres* (1945) en el caso de Nuremberg y el *Decreto del General Mac Arthur* de 19 de enero de 1946, en el del *Tribunal Penal Internacional para el Lejano Oriente* (Tokio). En segundo lugar, por la particular interpretación del principio de legalidad interna y el papel conferido a la costumbre internacional. En tercer lugar, por el carácter absolutamente *selectivo* y, por tanto parcial, de los hechos e individuos enjuiciados. Finalmente, por las deficientes garantías procesales que abarcaron desde la vulneración del derecho fundamental al recurso efectivo en un proceso penal hasta la falta de parcialidad objetiva del juzgador. El carácter temporal de los tribunales y su obligada disolución tras la finalización de los procesos llevó a dejar en manos del Consejo del Control Aliado la ejecución de las penas y la confiscación de los bienes. La *Ley 10 del Consejo del Control Aliado*, dado que el tribunal tendría carácter temporal y se disolvería al final los juicios, sin ni siquiera atender a los posibles recursos, derecho no previsto en la Carta. Cfr. CASSESE, A., *International Criminal Law, Third Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 257-258. En el mismo sentido, WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3.º edición, 2017, pp. 43-50.

<sup>108</sup> Concretamente, en aplicación de lo establecidos en los arts. 39 y ss. El TIPY por resolución S/RES/827, de 25 de mayo de 1993. El segundo, el TPIR, por resolución S/RES/955 de 8 de noviembre de 1994.

<sup>109</sup> *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y Convenio de Ginebra relativo al trato debido a las personas civiles en tiempo de guerra*, todos ellos aprobados el 12 de agosto de 1949.

<sup>110</sup> *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados internacionales. Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados sin carácter internacional*.

diciembre de 2005<sup>111</sup>. Sin embargo, no consiguieron evitar el carácter selectivo y las implicaciones políticas ínsitas al propio mecanismo de creación<sup>112</sup>. En palabras de ESCOBAR HERNÁNDEZ ello se produce porque ambos tribunales ejercen jurisdicciones especiales y temporales, «que no pueden mantenerse indefinidamente sin afectar muy negativamente al modelo de jurisdicción arbitrado por el Consejo de Seguridad y sin perjudicar igualmente, en forma muy grave, al principio de eficacia que debe inspirar la actuación de toda institución al servicio de la justicia»<sup>113</sup>.

Las características esenciales de los TTPPII pueden resumirse en tres. En primer lugar, su naturaleza temporal, dado que el ejercicio de su jurisdicción está limitado en el tiempo<sup>114</sup>. En segundo lugar, el carácter preferente de la misma frente a la que pudieran ejercer los tribunales nacionales<sup>115</sup>. Finalmente, la cooperación obligatoria de todos los Estados miembros de la ONU en la investigación y el enjuiciamiento de los delitos<sup>116</sup>. La

<sup>111</sup> *Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional.*

<sup>112</sup> SLUITER, G., «Ad hoc International Criminal Tribunals: Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leone», en SCHABAS, W.A (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 117-137.

<sup>113</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el «mecanismo residual internacional», en PÉREZ GONZÁLEZ, M. / AZNAR GÓMEZ, M. J., et al. (ed.), *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al profesor Manuel Pérez González*, 2012, Vol. I, Tomo I, pp. 541-542.

<sup>114</sup> En el caso del TPIY esta fecha no figura en la resolución, Cfr. S/RES/827, de 25 de mayo de 1993, art. 1: «*El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia según las disposiciones del presente Estatuto*». Por su parte, la del TPIR se rige por lo dispuesto en la S/RES/955 de 8 de noviembre de 1994, art. 1: «*El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994*».

<sup>115</sup> Pese a reconocer la jurisdicción concurrente de los tribunales de los estados territoriales, ambos textos establecen el carácter preferente de la jurisdicción sobre la nacional y la obligación de esta última de remitir las actuaciones a aquéllos en cualquier fase del procedimiento. *Vid.* S/RES/827 (1993), de 25 de mayo, art. 9.2 y S/RES/955 (1994), de 8 de noviembre art. 8.1.

<sup>116</sup> La cooperación de los Estados Parte con los TTPPII se regula en los arts. 28 y 29 de los Estatutos del TPIY y TPIR, respectivamente. Estos preceptos establecen un mecanismo obligatorio en la investigación y el enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido graves violaciones de derecho internacional humanitario. Del mismo modo, determina que los Estados deberán atender sin demora alguna las peticiones de asistencia que reciban y cumplir con las resoluciones de los Tribunales relativas a identificación, localización y entrega de personas; deposición de testigos y presentación de pruebas, tramitación de documentos y entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal. Los posibles conflictos entre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la cooperación del los Estados con el Tribunal y entre aquéllos y otros Estados deberán resolverse de acuerdo con lo establecido en el art. 103 de la Carta ONU. Éste establece la prevalencia de las obligaciones derivadas de la Carta frente a otro tipo de acuerdos inter-

estructura de los Tribunales es idéntica hasta el punto de llegar a compartir su Fiscalía y, tras su cierre la nueva arquitectura del Mecanismo Residual<sup>117</sup>.

El ejercicio de la jurisdicción del TPIY está limitado a los delitos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, según el Estatuto contenido en el anexo de la resolución<sup>118</sup>. Por su parte, la del TPIR se extiende desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994<sup>119</sup>. Pese a reconocer la jurisdicción concurrente de los tribunales de los estados territoriales, ambas resoluciones establecen el carácter preferente de la jurisdicción internacional sobre la que pudieran ejercer los nacionales y la obligación de estos últimos de remitir las actuaciones a aquél en cualquier fase del procedimiento (arts. 9.2 y 8.1 de las citadas resoluciones). Las relaciones entre los TTPPII *ad hoc* y los tribunales nacionales se rigen, además de por las citadas resoluciones del CSNU, por sus respectivas leyes de cooperación. A diferencia del carácter obligatorio que informa la cooperación de los Estados con los TTPPII en materia de auxilio judicial, el cumplimiento de las sentencias, como se verá (*Vid. INFRA*), se rige por la declaración expresa realizada por el Estado y, en su caso, por el acuerdo específico firmado entre el Estado y Naciones Unidas. Desde el 1 de julio de 2012 para el TIPR y el 1 de julio de 2013 para el TPIY, el órgano encargado de la supervisión y revisión de las sentencias es el Mecanismo Residual.

El Mecanismo Residual fue el órgano creado en el marco del proceso de conclusión o cierre de los TTPPII, que comenzó a plantearse de manera informal años después de su creación<sup>120</sup>. Sin embargo, no sería hasta la aprobación de las resoluciones S/RES/1503 de 28 de agosto de 2003 y 1534 de 26 de mayo de 2005 cuando el CSNU empeza a urgir a los Estados una mayor cooperación en la detención y

---

nacionales, por ejemplo, en acuerdos de carácter bilateral e incluso en normas de Derecho Internacional como el reconocimiento y respeto de inmunidades procesales.

<sup>117</sup> S/RES/1966 (2010), de 22 de diciembre.

<sup>118</sup> Art. 1 S/RES/827, de 25 de mayo de 1993.

<sup>119</sup> Art. 7 S/RES/955 de 8 de noviembre de 1994.

<sup>120</sup> Sobre la elección del mecanismo, véanse también BINGHAM, L., «Strategy or process? Closing the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda», en *Berkeley Journal of International Law*, 2006, 24, 2 pp. 687-717; DENIS, C., «Critical Overview of the Residual Functions of the Mechanism and its Date of Commencement (Including Transitional Arrangements) Current Events: The Residual Mechanism: Bringing the Work of the Ad Hoc International Criminal Tribunals to Completion», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 4, pp. 819-837. Acerca de la experiencia del Mecanismo Residual de la Corte Especial para Sierra Leona, *Vid. MANSARAY, B. / SANUSI, S.*, «Residual matters of ad hoc Courts and Tribunals: the SCSL experience», en *Commonwealth Law Bulletin*, 2010, 36, 3, pp. 593-605 y DONLON, F., «The transition of responsibilities of the Special Court to the Residual Special Court for Sierra Leone: challenges and lessons learned for other International Tribunals», en *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 11, 4, pp. 857-874.

entrega de las personas requeridas por los TTPPII como paso necesario para articular mecanismos de finalización e incluso de continuación de aquéllos<sup>121</sup>. Por ello, mediante resolución de 22 de diciembre de 2010, el CSNU creó el *Mecanismo Internacional Residual de Tribunales*, conocido en un primer momento como «*Estrategia de conclusión*», llamado a finalizar los procedimientos en curso y a resolver los recursos de apelación de las sentencias dictadas por los TTPPII<sup>122</sup>. Esta medida se sumó a la estrategia de remisión de procedimientos a tribunales nacionales puesta en marcha años antes a través del *Outreach Program o Programa de Compromiso con la Comunidad* de los TTPPII, previsto en las *Reglas de Procedimiento y Prueba*<sup>123</sup>. En el marco de ese programa de compromiso se crearon, por ejemplo, las *Salas Especiales para Crímenes de Guerra* en Bosnia Herzegovina y en el *Tribunal de Distrito de Belgado* (Serbia) en 2005. Estos órganos han resuelto recursos de apelación e incluso han iniciado procedimientos en base a la prueba practicada en fase de investigación por los TTPPII<sup>124</sup>. La puesta en marcha de estos procedimientos no ha supuesto una desvinculación automática o una falta de supervisión por parte de los organismos internacionales, ya que es la Fiscalía de los TTPPII, ahora del *Mecanismo Residual*, quien se encarga de la supervisión en colaboración con Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). La resolución de 22 de diciembre de 2010 creó un órgano con una «*estructura pequeña, de carácter transitorio y cuyas funciones irán disminuyendo con el paso del tiempo*». El CSNU estableció un periodo de funcionamiento del Mecanismo de cuatro años desde su puesta en marcha, prorrogable por periodos dos años en función de las necesidades específicas. El Mecanismo consta de dos divisiones que han venido funcionando de manera paralela a los tribunales desde el 1 de julio de 2012 en el caso del TPIR (cerrado el 31 de diciembre de 2015) y desde el 1 de julio de 2013 en el del TPIY (cerrado el 31 diciembre de 2017).

Con respecto a los Estados, la resolución del CSNU estableció su obligación de cooperar con el Mecanismo en los términos establecidos en ella y en el Estatuto, reproduciendo el sistema creado al efecto para

<sup>121</sup> PITTMAN, T. W., «Road to the Establishment of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals: From Completion to Continuation, The Current Events: The Residual Mechanism: Bringing the Work of the Ad Hoc International Criminal Tribunals to Completion», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 4, pp. 797-817.

<sup>122</sup> Anexo. del Estatuto del Mecanismo. Art. 1.

<sup>123</sup> IT/32/Rev.50. UNITED NATIONS, *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, original version, 11 February 1994, IT/32/Rev. 50, July 8, 2015, Amendements of 15 July 2015.

<sup>124</sup> POCAR, F., «Completion or continuation? Appraising problems and possible developments in building the legacy of the ICTY», en *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 6, p. 660.

los TPPII<sup>125</sup>. En este aspecto el Mecanismo «se beneficia, además, de la continuidad de los acuerdos internacionales y contratos celebrados en su día con las Naciones Unidas en relación con los Tribunales *ad hoc*»<sup>126</sup>. Por lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción del Mecanismo, entiende ESCOBAR HERNÁNDEZ que nos encontramos ante «nueva jurisdicción internacional que sustituye y sucede a los Tribunales *ad hoc*», que se asienta en «aplicación de un principio de continuidad anclado en la necesidad de asegurar el efectivo enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia y Ruanda». Por ello, el Estatuto establece el carácter preferente de la jurisdicción del Mecanismo en caso de conflicto (art. 5.2), si bien reconoce la concurrente de ambos (art. 5.1), hecho éste que se diferencia de la regulación de la jurisdicción de los TPPII. En aquellos procedimientos en los que el acusado sea alguno de los sujetos previstos en el art. 1.2 del Estatuto (máximos responsables de los delitos cometido) se faculta al Mecanismo (podrá) a «pedir oficialmente a los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Mecanismo de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Mecanismo». Además, el art. 6 del Estatuto permite al Mecanismo remitir a las autoridades nacionales procedimientos contra personas que no sean dirigentes del más alto nivel (arts. 1.2 y 6.1 Estatuto) y por delitos contra la Administración de

<sup>125</sup> Art. 28 Estatuto. *Cooperación y asistencia judicial*. El contenido de la cooperación comprende igualmente la localización, la identificación y la entrega de personas; las deposiciones de testigos, la presentación de pruebas, la localización de fugitivos, etc. Los incumplimientos de los Estados en materia de cooperación se remiten al CSNU para que sea éste quien determine, en su caso, la sanción aplicable. Se utiliza de nuevo, el cauce previsto en los Estatutos de los TPPII. Véase, por ejemplo, *Appeals Chamber. Decision on Turkey's non-compliance with its obligation to cooperate with the Mechanism. Prosecutor v. Agustín Ngirabatware*, 6 March 2017.

<sup>126</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el «mecanismo residual internacional», ob. cit., p. 553. Sobre la necesidad de desarrollo de Ley Orgánica para la ejecución del contenido de las resoluciones adoptadas por el CSNU, se pronunció expresamente el Consejo de Estado en su *Consulta sobre la introducción en el Derecho Interno Español de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre el Tribunal Penal Inetrnacional para el castigo de los crímenes internacionales en la antigua Yugoslavia* (núm. 984), de 9 de septiembre de 1993. Según el criterio del órgano consultivo y lo dispuesto en los arts. 93, segundo párrafo y 96.1 CE, la incorporación de las resoluciones de Organizaciones Internacionales al Ordenamiento Jurídico español se produce en los mismos términos que para los tratados internacionales, es decir, «una vez que se han perfeccionado en la esfera internacional» y se publican en el BOE. Sin embargo, la ejecución del contenido de la misma sí requiere, a juicio del Consejo de Estado, la adopción de una norma de carácter orgánico que «recoja todos los elementos de la Resolución 827 (1993), y del Estatuto del Tribunal Internacional, que resulten necesarios para asegurar que la Resolución se hace cumplir por los Juzgados y los Tribunales españoles. Tal norma debería ser una ley, ya que recaería sobre materia procesal y de extradición. Y, por otra parte, procedería que, a la par que dicha ley, se publicara la Resolución de referencia y el Estatuto del Tribunal Internacional que por su medio se aprueba».

Justicia (arts. 1.4 y 6.1). Será la propia Sala de Primera Instancia del Mecanismo la que determine la remisión a las autoridades nacionales<sup>127</sup>. El mecanismo establece «*un cuidado equilibrio entre el interés de favorecer la remisión de las causas de segundo orden a las jurisdicciones nacionales y la necesidad de preservar la primacía de una jurisdicción internacional creada por el Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta*»<sup>128</sup>. El Estatuto no prevé el inicio de nuevas investigaciones por parte del Mecanismo, reflejo sin duda de la voluntad del CSNU de finalizar con los procedimientos y de las dificultades de orden financiero y político a la que se enfrenta la institución<sup>129</sup>. Todo ello influirá en los procedimientos de ejecución de las sentencias por los Estados Parte.

#### 4.3.2. Con la CPI

La aprobación del *Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional* (ER) el 17 de julio de 1998 y su posterior entrada en vigor el 1 de julio de 2002 constituye un hito en el reconocimiento formal de la Justicia Universal. La naturaleza de la CPI difiere notablemente de la de los TTPPII *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda y, con ello, su funcionamiento, su sistema de cooperación y el mecanismo de cumplimiento de sentencias. Al contrario que los tribunales *ad hoc* previos, la CPI no es el resultado de una resolución del CSNU, sino de un tratado de carácter multilateral que crea una institución con personalidad jurídica propia. Nace con voluntad de permanencia y no como respuesta a una situación concreta de amenaza o quebrantamiento de la paz o actos de agresión. No obstante, su independencia del CSNU no es absoluta y la solución a la que se llegó

<sup>127</sup> Se prevé la remisión al Estado en *cuyo territorio se ha cometido el delito* (art. 6.2 i)), en el que *haya sido detenido el acusado* (art. 6.2.ii) o *que tenga jurisdicción y esté dispuesto y adecuadamente para aceptar dicha causa, de manera que dichas autoridades puedan inmediatamente remitir la causa al tribunal que corresponda para proceder al enjuiciamiento en ese Estado* (art. 6.2 iii)). El propio precepto determina el cauce a seguir para la remisión, pero también otro paralelo que, en su caso, permitiría su revocación (art. 6.5).

<sup>128</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el «mecanismo residual internacional», ob. cit., p. 556. Para procedimientos iniciados y/o planteados antes de la entrada en funcionamiento del Mecanismo será necesario atender a los establecidos en los *Arreglos de transición* del Estatuto. En ellos se configura un sistema de reparto de competencias entre el Mecanismo Residual y los TTPPII durante la existencia de ambas instituciones. En algunos casos habrá de tenerse en cuenta la fecha de detención de los sujetos.

<sup>129</sup> ACQUAVIVA, G., «Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary Current Events: The Residual Mechanism: Bringing the Work of the Ad Hoc International Criminal Tribunals to Completion», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 4, pp. 789-796.

en la *Conferencia de Roma* de 1998 tiene importantes repercusiones en su funcionamiento<sup>130</sup>.

La especial relación entre la CPI y el CSNU tiene como consecuencia la constitución de varios sistemas de cooperación. La obligación del cumplimiento de las resoluciones emanadas de la CPI tendrá mayor o menor alcance según la forma de iniciación del procedimiento<sup>131</sup>. Los incumplimientos de cooperación por parte de los Estados se remitirán a la Asamblea de Estados Partes [art. 112.2 f)] o al CSNU [art. 87.5 b) ER] atendiendo precisamente a la forma de iniciación del procedimiento.

Finalmente, los Estados Parte cooperan con la CPI en la ejecución de las sentencias dictadas por éste. El sistema, regulado en la Parte X del ER (arts. 103 a 111), descansa no obstante en el carácter absoluta-

<sup>130</sup> Las prerrogativas concedidas al CSNU permiten a éste, a través de resoluciones del Capítulo VII de la Carta ONU, estar presente en aspectos muy importantes del funcionamiento de la institución. En materia de investigación, el CSNU puede remitir situaciones a la CPI de acuerdo con lo establecido en el art. 13 b) ER. Esta última podrá ejercer su competencia sobre los delitos contenidos en el art. 5 ER si «*El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes*». El reverso de esta prerrogativa es la facultad conferida también al CSNU, más conocida como «*derecho de voto*», de paralizar las investigaciones o los procedimientos de la CPI por un periodo de 12 meses renovable. Así se establece en el art 16 ER al determinar que ..«*en caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones*». El mecanismo utilizado para crear los TPPII ad hoc sirve aquí para iniciar investigaciones pero también para paralizarlas al constituir, en un caso y en el contrario, amenazas para la paz o quebrantamiento de las mismas. Ambas actuaciones, adoptadas en virtud del art. 41 de la Carta ONU, pueden suponer importantes distorsiones en el funcionamiento de la institución pero, sobre todo, en la problemática interpretación del principio «*en interés de la justicia*», utilizado por el ER. Cfr. BERMAN, F., «*The relationship between the International Criminal Court and the Security Council*», en Ellis, M. S. / Goldstone, R. J. (eds), *The International Criminal Court: challenges to achieving justice and accountability in the 21st Century*, New York, The International Debate Education Association, 2008, pp. 277-278.

<sup>131</sup> Si éste se inició conforme al art. 13 b) ER, la especial naturaleza de la resolución descansará en el art. 25 de la Carta ONU y por tanto crearán obligaciones de cooperación para Estados parte y no parte del ER. Así lo determina el precepto al establecer que «*los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta*». El posible conflicto entre esta obligación y otras derivadas de acuerdos y convenios entre Estados ni siquiera es oponible para justificar un incumplimiento del contenido de las resoluciones del CSNU. Claramente lo establece la Carta ONU cuando, en su art. 103, determina que «*en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*».

mente voluntario de esta cooperación. Siguiendo el precedente de los TTPPII *ad hoc*, la CPI elegirá el país de cumplimiento de la condena de entre una lista de Estados que hayan comunicado previamente a ésta su voluntad de acoger las personas condenadas (art. 103.1 a) ER). En el caso concreto de España, las obligaciones relativas a la cooperación con la CPI se establecen en la LO 18/2003, de 10 de diciembre, *de Cooperación con la Corte Penal Internacional*. Aunque la mayoría del articulado se ocupa de regular los posibles conflictos de jurisdicción entre los Tribunales españoles y la CPI, en el texto se regulan también las modalidades de cooperación *pasiva* (art. 2) y *activa* (art. 3) de los Tribunales españoles con la CPI<sup>132</sup>. En los arts. 11 a 21 se regulan los procedimientos de detención y libertad provisional (arts. 11 y 12); las entregas (art. 13) tanto simplificadas (art. 15) como temporales (art. 18) a la CPI de personas detenidas en España (arts. 13 y 15); la solicitud de órdenes de comparecencia (art. 14); las actuaciones posteriores a la entrega cuando se produzcan solicitudes concurrentes (art. 19) y otras formas de cooperación previstas fundamentalmente en el art. 93 ER (art. 20).

#### *4.4. La ejecución de las sentencias internacionales: modelos, acuerdos y límites*

##### *4.4.1. Con los TTPPII *ad hoc**

La ejecución de las sentencias impuestas por los TTPPII *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda se regula en los arts. 27 y 26 de sus respectivos Estatutos y en las RPP 103 y 104. En ellos establece un mecanismo de cooperación *voluntario* en virtud de la disponibilidad de los Estados Parte. Para ello, ambos preceptos prevén la elaboración de una lista de países que hayan comunicado su voluntad de aceptar a los condenados en sus establecimientos penitenciarios. En este punto existe una pequeña pero importante diferencia: mientras que en el caso de las sentencias impuestas por el TPIY las sentencias se ejecutarán en Estados distintos al territorial<sup>133</sup>, en el caso de los fallos del TPIR la

<sup>132</sup> Sobre cuya adecuación al ER el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos: «*Dado, por otra parte que los aludidos términos de cooperación «pasiva» y «activa» no vienen exigidos por el Estatuto, entiende este Consejo que convendría desecharlos y buscar una fórmula alternativa más expresiva que la «cooperación pasiva», cual podría ser la de cooperación plena» a que alude el mencionado artículo 86 del Estatuto y tratar unilateralmente la cooperación con la Corte Penal Internacional en un único artículo de la proyectada legislación, que refundiese los actuales 2 y 3 del Anteproyecto*». Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Dictamen 639/2003, de 12 de junio, relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional.

<sup>133</sup> El art. 27 y la Regla 103 A) regulan la ejecución de la sentencia. Ésta se llevará a cabo «en un Estado designado por el Tribunal sobre la lista de Estados que hayan hecho

Regla 103 establece que estos se cumplirán preferentemente en Ruanda<sup>134</sup>. Aunque hay autores que señalan al hecho de que, en el momento de adopción de las RRP el conflicto de los Balcanes no había finalizado<sup>135</sup>, otros se inclinan por apuntar que fue la contraprestación a Ruanda por aceptar la exclusión de la pena capital de las sanciones aplicables y una medida para garantizar cierta uniformidad en la ejecución de las penas<sup>136</sup>.

La designación del país de cumplimiento se realiza por la Presidencia de los Tribunales de entre la lista de Estados que tienen firmado acuerdo con estos. La simple existencia de un acuerdo no implica la designación, ya que ésta se realiza de manera individualizada, atendiendo a las reservas u observaciones que pudieran haberse realizado en el momento de conclusión<sup>137</sup>. Los Estados que actualmente tienen firmados acuerdos de cumplimiento de sentencias con el TPIY son Albania<sup>138</sup>, Polonia<sup>139</sup>, Eslovaquia<sup>140</sup>, Estonia<sup>141</sup>, Ucrania<sup>142</sup>, Bélgica<sup>143</sup>, Portu-

---

*saber al Consejo de Seguridad que están dispuestos a recibir a los condenados. La reclusión estará sometida a las reglas nacionales del Estado concernido bajo el control del Tribunal Internacional».*

<sup>134</sup> En este sentido, es significativa la obligación del Presidente del TPIR de notificar al Gobierno de Ruanda la elección del Estado de ejecución. Cfr. ICTR, *Practice Directions on the procedure of the designation of the state in which a convicted person is to serve his/her sentence of imprisonment*, as revised and amended on 23 September 2008, art. 4.

<sup>135</sup> HOLÁ, B. / VAN WIJK, J., «Life after conviction at the International Criminal Tribunals», en *Journal of International Criminal Justice*, 2014, 12, p. 113.

<sup>136</sup> SHRAGA, D / ZACLIN, R., «The International Criminal Tribunal for Rwanda. Symposium towards an International Criminal Court», ob. cit., pp. 511 y S/1995/134, *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 5 of the Security Council resolution 955* (1994) 13 February 1995, parág. 19.

<sup>137</sup> Sobre el proceso de conclusión de los acuerdos con el TPIY y las declaraciones y reservas realizadas por los Estados, *Vid.* KLIP, A., «Enforcement of sanctions imposed by the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, pp. 148 y ss.

<sup>138</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Albania and the United Nations on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, September 19, 2008.

<sup>139</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Poland and the United Nations on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, September 18, 2008.

<sup>140</sup> *Agreement between the Slovak Republic of Eslovaquia and the United Nations on the enforcement of sentences imposed by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, April 7, 2008.

<sup>141</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Estonia and the United Nations on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, February 11, 2008.

<sup>142</sup> *Agreement between the United Nations and Ukraine on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, August 7, 2008.

<sup>143</sup> *Agreement between the United Nations and Government of the Kingdom of Belgium on the enforcement of sentences handed down by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, May 2, 2007.

gal<sup>144</sup> Reino Unido<sup>145</sup>, Dinamarca<sup>146</sup>, España<sup>147</sup>, Francia<sup>148</sup>, Suecia<sup>149</sup>, Austria<sup>150</sup>, Noruega<sup>151</sup>, Finlandia<sup>152</sup>, Italia<sup>153</sup>. Alemania ha firmado cuatro acuerdos *ad hoc* aceptando el cumplimiento de sentencia de cuatro condenados: *Tarčulovski*<sup>154</sup>, *Galíc*<sup>155</sup>, *Kunarac*<sup>156</sup> y *Tadić*<sup>157</sup>. La estructura y el contenido de los acuerdos bilaterales se ajusta al modelo (*MEA, Model of Agreement*) adoptado por el propio TPIY<sup>158</sup>. Europa ha sido la región donde se han cumplido la mayor parte de

<sup>144</sup> *Agreement between the United Nations and the Portuguese Republic on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, December 19, 2007.

<sup>145</sup> *Agreement between the United Nations and Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, March 11, 2007.

<sup>146</sup> *Agreement between the United Nations and the Kingdom of Denmark on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, June 4, 2002.

<sup>147</sup> *Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas sobre la ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, hecho en La Haya, March 28, 2000.

<sup>148</sup> *Agreement between the United Nations and the Government of the French Republic on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, February 25, 2000.

<sup>149</sup> *Agreement between the United Nations and the Government of Sweden on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, February 23, 1999.

<sup>150</sup> *Agreement between the United Nations and the Federal Government of Austria on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, July 23, 1999.

<sup>151</sup> *Agreement between the United Nations and the Government of Norway on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, April 24, 1998.

<sup>152</sup> *Agreement between the United Nations and the Government of Finland on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, May 7, 1997.

<sup>153</sup> *Agreement between the United Nations and the Government of the Italian Republic on the enforcement of sentences of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, February 6, 1997.

<sup>154</sup> *Agreement between the Mechanism for the International Criminal Tribunal and the Federal Republic of Germany concerning the conditions under which the Mr. Tarčulovski prison sentence shall be enforced*, June 16, 2011.

<sup>155</sup> *Agreement between the Mechanism for the International Criminal Tribunal and the Federal Republic of Germany concerning the conditions under which Mr. Galíc prison sentence shall be enforced*, December 16, 2008.

<sup>156</sup> *Agreement between the Mechanism for the International Criminal Tribunal and the Federal Republic of Germany concerning the conditions under which Mr. Kurancac prison sentence shall be enforced*, November 14, 2002.

<sup>157</sup> *Agreement between the Mechanism for the International Criminal Tribunal and the Federal Republic of Germany concerning the conditions under which Mr. Tadić prison sentence shall be enforced*, October 17, 2000.

<sup>158</sup> *Vid. ICTY, Yearbook 1996*, The Netherlands, United Nationsl, ICTY, 1996 y TOLBERT, D., «The International Tribunal for the Former Yugoslavia and the enforcement of sentences», en *Leiden Journal of International Law*, 1998, 11, pp. 655-669.

las sentencias impuestas por el TPIY dada su proximidad geográfica<sup>159</sup>. Con respecto al TPIR, tiene firmados acuerdos bilaterales con Senegal<sup>160</sup>, Ruanda<sup>161</sup>, Suecia<sup>162</sup>, Italia<sup>163</sup>, Francia<sup>164</sup>, Swazilandia<sup>165</sup>, Benín<sup>166</sup> y Mali<sup>167</sup>.

Como se ha señalado anteriormente, tras el cierre de ambos Tribunales, el control sobre la ejecución de la sentencias queda en manos del Mecanismo Residual. Ello ha supuesto la adopción de nuevas directrices que regulan la relación entre el Mecanismo y los Estados<sup>168</sup> y la celebración de nuevos acuerdos bilaterales la ejecución de las penas. El propio Mecanismo determina que, de no celebrarse un nuevo acuerdo con los Estados, se aplican *mutatis mutandis*, los celebrados con el TPIY y el TPIR<sup>169</sup>. Al tratarse de sen-

<sup>159</sup> STRIJARDS, G.A / HARMSEN, R.O. «Part. 10. Enforcement. Article 103. Role of the States in enforcement of sentences of imprisonment», ob. cit., p. 2181.

<sup>160</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Senegal and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, November 22, 2010.

<sup>161</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, March 4, 2008.

<sup>162</sup> *Agreement between the Government of Sweden and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, April 27, 2004.

<sup>163</sup> *Agreement between the Italian Republic and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, March 17, 2004.

<sup>164</sup> *Accord entre le Gouvernement de la République Française et L'Organisation des Nations Unies concernant l'executions des peines prononcées par le Tribunal Pénal International pour le Rwanda*, Mars 14, 2004.

<sup>165</sup> *Agreement between the Kingdom of Swaziland and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, August 30, 2000.

<sup>166</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Benin and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, August 26, 1999.

<sup>167</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Mali and the United Nations on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, February 12, 1999.

<sup>168</sup> Así por ejemplo, se han adoptado nuevas reglas en materia de designación de Estados y de cumplimiento de sentencias. *Vid. MICT/2 Rev. 1. Practice Directions on the procedure for the determination of the State in which a convicted person is to serve his/her sentence of imprisonment*, 24 April 2014 y *MICT/3, Practice directions on the procedure for the determination of the applications for pardon, commutation of sentence, and early release of persons convicted by the International Tribunal*, 5 July 2012. En materia de designación de Estado de cumplimiento sigue manteniéndose como criterio relevante el estado civil del condenado y la existencia de familiares o cónyuge a su cargo, así como su lugar de residencia.

<sup>169</sup> Entre ellos, *Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of Benin on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda* or the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, 12 May, 2017; *Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of Mali on the enforcement of sentences pronounced by the International Criminal Tribunal for Rwanda* or the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, 30 June, 2016. A ellos hay que

tencias impuestas por tribunales *ad hoc*, es decir temporales, los Estatutos permiten que la pena se cumpla con arreglo a la legislación del país receptor e incluso la concesión de indultos o commutaciones de pena a propuesta del Estado de ejecución, siempre bajo la supervisión de los TPPII. No prevé, sin embargo, cómo proceder en aquellos casos en los que la condena se prolongue más allá de la vida del propio Tribunal. Implícitamente, los textos parecen asumir la existencia de un órgano que tenga encomendada esta función a lo largo de toda la fase de ejecución de la pena<sup>170</sup>.

Con carácter general se puede afirmar que el cumplimiento de las condenas depende en gran medida de la normativa y del sistema penitenciario del país de ejecución. Esta circunstancia ha llevado a parte de la doctrina a mantener que han existido y existen grandes diferencias entre el cumplimiento del mismo tipo de sentencias (de prisión permanente) por parte del TPIY y del TPIR<sup>171</sup>. Ello se debe no solamente a que la normativa específica en materia de cumplimiento de penas permanentes sea distinta, sino también al hecho de que las circunstancias específicas en las que se desarrolla el cumplimiento varían de manera significativa en función de los países y, sobre todo, de las regiones. Así, por ejemplo, el estudio desarrollado por HOLA y VAN WIJK analiza las condiciones de cumplimiento de las sentencias impuestas por los TPPII *ad hoc* en diversos países atendiendo a elementos como la disponibilidad de programas específicos de resocialización<sup>172</sup>.

El marco general en materia de ejecución de las penas se encuentra en los preceptos señalados de los Estatutos de los Tribunales y en las RPP 123 a 125. A ello hay que añadir el contenido de *las Directrices Generales sobre las peticiones de indulto, reducción y commutación de sentencias* impuestas por el TPIY, el TPIR o el Mecanismo Residual, aprobadas en 2012, que vienen a unificar las establecidas para ambos Tribunales desde la entrada en funcionamiento del Mecanismo Residual<sup>173</sup>. El procedi-

añadir tres acuerdos *ad hoc* firmados con Alemania. Entre ellos, el relativo al cumplimiento de la sentencia impuesta a Stanislav Galić en 2009 y el *Agreement between the Mechanism for the International Criminal Tribunal and the Federal Republic of Germany concerning the conditions under which Mr. Dordevic's prison sentence shall be enforced*, July 28, 2014.

<sup>170</sup> PENROSE, M.M., «Lest We fail: the importance of enforcement in International Criminal Law», en *American University International Law Review*, 15, 2, p. 389.

<sup>171</sup> WEINBERG DE ROCA, I. M. / RASSI, C. M., «Sentencing and incarceration in the ad hoc Tribunals», en *Stanford Journal of International Law*, 2008, 44, p. 50 y KLIP, A., «Enforcement of sanctions imposed by the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, pp. 158 y ss.

<sup>172</sup> Los autores comparan las condiciones de cumplimiento de condenas del TPIY en Noruega y Suecia y las del TPIR en Benín y Mali. HOLA, B. / VAN WIJK, J., «Life after conviction at the International Criminal Tribunals», ob. cit., pp. 118 y ss.

<sup>173</sup> MICT/3, *Practice Directions on the procedure for the determination of the applications for pardon, commutation of sentence, and early release of persons convicted by the International Tribunal*, 5 July 2012.

miento a seguir en ambos casos es prácticamente el mismo y se inicia a través de la notificación al Tribunal por parte del Estado de ejecución de la posibilidad de que el condenado, de acuerdo con la legislación nacional, pueda acogerse a indulto, conmutación o reducción de pena o, en su caso, excarcelación (Regla 123). El Presidente del Tribunal, consulta a los Magistrados de la Sala o a los permanentes que hubieran sido parte del Tribunal sentenciador acerca de la conveniencia de la petición (Regla 124). La decisión debe tomarse atendiendo a los estándares generales establecidos en la Regla 125, a saber: la gravedad del delito, el tratamiento que han recibido previamente reos condenados por delitos similares, elementos que demuestren la rehabilitación del penado y la cooperación con la Fiscalía. En caso de denegación, el Presidente del TPIY fijará en su decisión la fecha en la que se volverá a plantear la evaluación del penado si ésta no se establece en la legislación nacional. Esta decisión no será susceptible de recurso alguno. La decisión será ejecutada por el Estado de cumplimiento y transmitida también otras partes interesadas en el proceso. En el caso de considerarse apropiado, se notificará también a las personas que actuaron como testigos en el procedimiento<sup>174</sup>.

#### 4.4.2. Con la CPI

El cumplimiento de las sentencias dictadas por la CPI se regula de manera detallada en los arts. 103 a 111 ER (Parte X ER) y en las reglas 198 a 216 de las RPP<sup>175</sup>. Los preceptos no establecen un modelo penitenciario concreto y hacen descansar todo el sistema de ejecución de las penas en la voluntad concreta de los Estados Parte<sup>176</sup>, bajo la vigilancia de la Presidencia de la CPI (Regla 199). El contenido y los límites de la ejecución se rige por lo establecido en las declaraciones realizadas en el momento de la firma o ratificación del ER<sup>177</sup> o en las leyes de cooperación de los Estados

<sup>174</sup> MICT/3, *Practice Directions on the procedure for the determination of the applications for pardon, commutation of sentence, and early release of persons convicted by the International Tribunal*, cit, 9, 12, 13 y 14, respectivamente.

<sup>175</sup> Chapter 2. Enforcement. Section I. Role of States in enforcement of sentences and change in designation of State of enforcement under articles 103 and 104.

<sup>176</sup> STRIJARDS, G.A / HARMSEN, R.O. «Part. 10. Enforcement. Article 103. Role of the States in enforcement of sentences of imprisonment», en TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., A., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary, Third Edition*, ob. cit., p. 2180.

<sup>177</sup> Véanse las realizadas, entre otras, por Suiza, Eslovaquia, Luxemburgo, Lituania, República Checa, España y Andorra en UN TREATY COLLECTIONS, *Multilateral Treaties Deposit with the Secretary General, Chapter XVIII: Penal Matters, Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, Declarations and reservations*, pp. 3-17 e INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS., *Issues raised regarding the Rome Statute of the ICC by National Constitutional Courts, Supreme Courts and Councils of State*, Advisory Services of International Humanitarian Law Geneva, 1/2010. Cfr. también BROOMHALL, B. / KRESS, C., «Implementing cooperation duties under the Rome Statute», en BROOMHALL, B. / KRESS, C. / LATANZI, F. / SANTORI, V., *The Rome Statute and Domestic Legal orders: constitutional issues*,

Parte y en el acuerdo concreto entre el Estado y la CPI. En las primeras los Estados pueden establecer restricciones o limitaciones específicas [art. 103.1 b) ER] que, de existir, suelen regular con mayor detalle en el acuerdo bilateral<sup>178</sup>. La celebración de un acuerdo de naturaleza bilateral no es obligatoria, pero sí facilita la creación de un marco general de cumplimiento de las sentencias entre el Estado y la CPI (Regla 200.5).

Los acuerdos de cumplimiento de sentencias con la CPI se empezaron a celebrar años después de la entrada en vigor del ER. Hasta la fecha, y pese a que el número de Estados Parte de la CPI supera ampliamente la centena<sup>179</sup>, sólo once de ellos han celebrado un acuerdo de este tipo con la institución<sup>180</sup>. El contenido es prácticamente el mismo porque todos se ajustan al *Modelo de Acuerdo (Model of Enforcement Agreement o MEA)* elaborado por la Presidencia<sup>181</sup> y básicamente se

---

*cooperation and enforcement*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, pp. 536 y 537. Con carácter general, véase igualmente, LEE, R. S (ed.), *States' responses to issues arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2005.

<sup>178</sup> *Vid. INFRA*, el caso concreto de España relativo al máximo de pena establecida por la CPI.

<sup>179</sup> A fecha de enero de 2018, el número de Estados Parte de la CPI es de 123, siendo El Salvador, el último en convertirse en parte del ER.

<sup>180</sup> ICC-PRES-A103-AT-5 *Agreement between the International Criminal Court and the Federal Government of Austria on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, October 10, 2005; ICC-PRES/04-01-07 *Agreement between the Government of the United Kingdom of the Great Britain and the North of Ireland and the International Criminal Court on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, November 8, 2007; ICC-PRES/16-03-14 *Agreement between the International Criminal Court and the Government of the Kingdom of Belgium on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, June 1, 2010; ICC-PRES/12-02-12 *Agreement between the International Criminal Court and the Kingdom of Denmark on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, June 1, 2010; ICC-PRES/07-01-11 *Agreement between the International Criminal Court and the Republic of Finland on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, June 1, 2010; ICC-PRES/09-03-11 *Agreement between the International Criminal Court and the Republic of Serbia on the Enforcement of Sentences of the International Criminal*, January 20, 2011; *Acuerdo entre la República de Colombia y la Corte Penal Internacional sobre la ejecución de las penas*, Mayo 17, 2011; ICC-PRES/18-02-16 *Agreement between the International Criminal Court and the Kingdom of Norway on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, July 7, 2016. A ellos hay que añadir otros dos de naturaleza *ad hoc* para el cumplimiento de las penas impuestas por la CPI a Thomas Lubanga Dyilo y Germain Katanga. *Vid. Agreement between the Government of the Democratic Republic of Congo and the International Criminal Court on the enforcement of Sentence imposed by the International Criminal Court imposed on Mr Thomas Lubanga Dyilo* y el *Agreement between the Government of the Democratic Republic of Congo and the International Criminal Court on the enforcement of Sentence imposed by the International Criminal Court imposed on Mr. Germain Katanga*, ambos de 24 de noviembre de 2015.

<sup>181</sup> ABTAHI, H. / ARRIGG KOH, S., «The emerging enforcement practice of the International Criminal Court», en *Cornell International Law Journal*, 2012, 45, 1, pp. 7-8. Autores como STRIJARDS y HARMSEN señalan la importancia de esta práctica desarrollada en el marco del cumplimiento de sentencias del TPIY. *Vid. STRIJARDS, G.A / HARMSEN, R.O. «Part. 10. Enforcement. Article 103. Role of the States in enforcement of sentences of imprisonment»*, ob. cit., p. 2180.

limitan a reproducir los previsto en el ER y las RPP, estructurándose en tres grandes bloques. El primero, el relativo a aspectos formales tales como el propósito y ámbito de aplicación del acuerdo, procedimiento de traslado, costes, la designación de los órganos que actúan como interlocutores y las condiciones de finalización del acuerdo. El segundo, de mayor calado, regula las condiciones por las que se rige el cumplimiento de las condena, el derecho aplicable, los mecanismos de revisión y el proceso de comunicación entre los órganos nacionales y la CPI. La obligación esencial del país de acogida es ejecutar la sentencia en los términos previstos en el fallo sin posibilidad alguna de modificarlos de manera unilateral. La supervisión corresponde a la Presidencia de la CPI, quien puede recabar información de expertos nacionales (Regla 211). Por lo que respecta a las condiciones de la ejecución, los acuerdos determinan la aplicación de la ley nacional, si bien para garantizar el principio de igualdad, todos los Estados asumen el cumplimiento de los estándares mínimos internacionalmente aceptados en el tratamiento de los prisioneros, sin posibilidad de distinción de trato entre los condenados por la CPI y los nacionales (art. 106 ER)<sup>182</sup>. El tercer y último bloque estaría comprendido por una serie de disposiciones que tienden a resolver los posibles conflictos que pudieran surgir entre la CPI y el Estado durante la ejecución, pero también a establecer prohibiciones relativas aperturas de investigaciones o procedimientos en el Estado por los mismos delitos y a prohibir la reextradicción del penado a un tercer Estado.

Al contrario que con las obligaciones de cooperación contenidas en la Parte IX del ER (*Cooperación internacional y asistencia judicial*), en materia de ejecución de sentencias la regulación del ER se basa en la voluntariedad de los Estados Parte para celebrar acuerdos de esta naturaleza y también para modificar, en cualquier momento, las condiciones específicas de cumplimiento por parte del Estado (Regla 200.3). Esa voluntariedad tiene un claro reflejo en las RPP y en los acuerdos concretos firmados por los Estados Parte, hasta el punto de llegar a configurar un verdadero mecanismo que busca «*evitar conflictos*». Por eso permite, en cualquier momento del cumplimiento de la pena, trasladar al penado a otro Estado en caso de presentarse problemas «*técnicos o legales que escapen del control del país y que hagan imposible el cumplimiento de la sentencia*». De producirse, el Estado Parte deberá informar de inmediato a la Presidencia, que dispondrá el traslado del penado a otro país (Art. 104

<sup>182</sup> En el caso del acuerdo de cumplimiento de sentencias celebrado entre la CPI y el Reino Unido de la Gran Bretaña y del Norte de Irlanda es muy significativo la mención expresa realizada en el art. 5. En éste se reconoce que entre los estándares internacionales se incluyen expresamente las asumidas por el Reino Unido conforme al CEDH *tal y como se aplican en su territorio*. *Vid. ICC-PRES/04-01-07 Agreement between the Government of the United Kingdom of the Great Britain and the North of Ireland and the International Criminal Court on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, November 8, 2007.

ER y Reglas 209 y 210)<sup>183</sup>. El contenido de este precepto es el mismo en todos los acuerdos vigentes, con ligeras variaciones relativas al periodo concedido por el Estados Parte a la CPI para llevar a cabo el traslado<sup>184</sup>.

Los términos de cumplimiento de la sentencia los establece la CPI, sin que exista posibilidad alguna de que el país de cumplimiento los modifique unilateralmente (art. 105.1 ER). La revisión o reducción de las condenas es competencia exclusiva de la CPI (art. 110 ER)<sup>185</sup>. Especial atención recibe también la regulación del procedimiento a seguir tras el cumplimiento de la pena en caso de que el penado no sea nacional del Estado de ejecución (art. 107 ER) y la prohibición de procesarle o extraditarle a un tercer Estado por delitos cometidos con anterioridad mientras se encuentre cumpliendo condena o no se cuente con la autorización de la CPI (art. 108 ER). Esta prohibición cesará si el condenado, una vez cumplida la condena, permanece de manera voluntaria más de treinta días en el Estado de ejecución de la sentencia (art. 108 ER). En palabras de SCHABAS, el contenido del art. 108 ER configura un verdadero *derecho individual* del condenado frente a las reclamaciones de extradición de terceros países<sup>186</sup>.

<sup>183</sup> La negativa del Estado a ser designado como estado de ejecución puede plantease también desde el principio. En ese caso, la Presidencia puede designar a cualquier otro (Regla 205).

<sup>184</sup> La única excepción es el acuerdo celebrado entre Colombia y la CPI, en el que no existe este tipo de disposición *Vid. Acuerdo entre la República de Colombia y la Corte Penal Internacional sobre de la ejecución de las penas*, Mayo 17, 2011. Para el resto, cfr. ICC-PRES-A103-AT-5 *Agreement between the International Criminal Court and the Federal Government of Austria on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, October 10, 2005, art. 16; ICC-PRES/ 04-01-07 *Agreement between the Government of the United Kingdom of the Great Britain and the North of Ireland and the International Criminal Court on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, November 8, 2007, art.15; ICC-RES/07-01-11 *Agreement between the International Criminal Court and the Republic of Finland on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, June 1, 2010, art. 13; ICC-PRES/12-02-12 *Agreement between the International Criminal Court and the Kingdom of Denmark on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, June 1, 2010, art.17; ICC-PRES/16-03-14 *Agreement between the International Criminal Court and the Government of the Kingdom of Belgium on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, June 1, 2010, art.17; ICC-PRES/09-03-11 *Agreement between the International Criminal Court and the Republic of Serbia on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, January 20, 2011, art.16; ICC-PRES/18-02-16 *Agreement between the International Criminal Court and the Kingdom of Norway on the Enforcement of Sentences of the International Criminal Court*, July 7, 2016, p. 14.

<sup>185</sup> Una de las razones por las que la celebración de este tipo de acuerdos es de naturaleza voluntaria es precisamente porque su cumplimiento es vinculante para los Estados Parte en los términos previstos en el mismo. STRIJARDS, G.A / HARMSEN, R.O. «Part. 10. Enforcement. Article 103. Role of the States in enforcement of sentences of imprisonment», ob. cit., p. 2177.

<sup>186</sup> SCHABAS, W., «Article 108. Limitaton on the prosecution or punishment of other offenses», en TRIFFTERER. O. / AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court...*ob. cit., p. 2199.

La diferencia fundamental entre modelo de ejecución de sentencias del ER y el de los TPPPII *ad hoc* es la potestad atribuida al Estado de ejecución. En el primero, el carácter permanente de la CPI permite el seguimiento de la condena desde el principio hasta el final. Esta circunstancia, unida a los presupuestos del ejercicio de la jurisdicción de la CPI, a la existencia de un sistema de fuentes consolidado en el art. 21 ER y, en definitiva, a su creación a través de la elaboración de un tratado de naturaleza multilateral como es el ER, tiene como consecuencia el diseño de un sistema de ejecución de sentencias más amplio y estable. Por el contrario, en el sistema de cumplimiento de las condenas impuestas por los TPPPII *ad hoc*, los Estados de ejecución, bajo la supervisión de aquéllos, aplican su normativa penitenciaria y proponen modificar los términos de cumplimiento de las penas. Son tribunales temporales y, por lo tanto, órganos llamados a disolverse. Este hecho obliga a delegar la ejecución y la supervisión de la pena en los Estados que, en función de la evolución de los acontecimientos, pueden asumir incluso un papel más relevante del que se les atribuyó y modificar términos o principios asumidos en el momento de creación de los propios Tribunales<sup>187</sup>.

#### *4.5. La posición de España en materia de cumplimiento de sentencias de TPPPII*

La cooperación entre España y TPPPII se rige, además de por lo dispuesto en las resoluciones de Naciones Unidas y el ER, por las leyes orgánicas de cooperación con los Tribunales aprobadas en 1994, 1998 y 2000. A ellas hay que añadir un acuerdo específico de cumplimiento de sentencias con el TPIY de 28 de mayo de 2000. Por lo que se refiere las relaciones con el Mecanismo Residual, no existe normativa de desarrollo de ámbito nacional, algo deseable dado que ambos ambos TPPPII *ad hoc* han cesado en su actividad y, actualmente es el Mecanismo en órgano encargado de resolver los recursos pendientes, pero también de designar al Estado de cumplimiento de las sentencias<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> En este sentido es importante recordar la recomendación del Secretario General de la ONU acerca de la necesidad de que las sentencias del TPIY se ejecutaran en territorios distintos a los de la ex-Yugoslavia. *Vid. SECURITY COUNCIL S/ 25704, 3 may, Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council resolution 808 (1993)* cit, parágr. 121. Sobre la contradicción entre esta postura y la RPP11 BIS TPIY, *Vid. AMBOS, K., Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 650, nota 151. Veáñse igualmente las observaciones realizadas en 4.3.1 acerca del Mecanismo de Conclusión de los TPPPII *ad hoc*.

<sup>188</sup> Véanse las observaciones realizadas por ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el «Mecanismo Residual internacional», ob. cit., pp. 554. También las previsiones del propio Mecanismo relativas a la aplicación *mutatis mutandis* de los acuerdos de cumplimiento de sentencias.

El carácter preferente de la jurisdicción de los TTPPII *ad hoc* se observa claramente en las LLOO de cooperación aprobadas por el Legislador español. El art. 4 de la LO 15/1994, de 1 de junio *para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la Ex-Yugoslavia* establece una *cooperación plena* y la necesaria inhibición del juez o tribunal a favor del TPIY una vez recibido el requerimiento por parte éste (art. 4.2). En el mismo sentido se regula en el art. 4, apartados 2 y 4, de la LO 4/1998, de 1 de julio, *para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda*, de 2 de julio de 1998<sup>189</sup>. El contenido de la cooperación debe entenderse referido a las funciones de auxilio judicial de los arts. 28 y 29 de los Estatutos y a la detención y entrega a los Tribunales de las personas que se hallen en territorio español y contra las que se hubiere dictado orden de detención por las Salas de Primera Instancia de los TTPPII *ad hoc* (arts. 6 LLOO 15/1994, de 1-6 y 4/1998, de 1 de julio). También abarcará la necesaria concesión de inmunidad e inviolabilidad de las personas en tránsito para comparecer ante los Tribunales (arts. 7.3 de ambas LLOO).

La cooperación en materia de cumplimiento de sentencias se regula en los arts. 8 y 6 de ambas LLOO (TPIY y TPIR, respectivamente). En su apartado primero se establece la posibilidad de que España realice una declaración afirmativa conforme a lo establecido en los Estatutos de los TTPPII *ad hoc*, especificando que la cooperación a las sentencias se limitará a aquéllas que no excedan de la pena privativa de libertad máxima establecida por el CP español. En su apartado segundo se consigna la obligación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de informar a la Audiencia Nacional y al Ministerio de Justicia sobre cualquier incidencia significativa que pudiera producirse (arts. 8.1 y 2 LLOO). Los apartados 3 comunes a ambas leyes establecen la necesaria consulta a los TTPPII *ad hoc* en aquellos casos en los que el Ministerio de Justicia pudiera iniciar un procedimiento de indulto o commutación de la pena, decisión que no podrá ser tomada sin la correspondiente autorización de aquéllos.

Las previsiones de la LO 15/1994 se complementan con el contenido del *Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas sobre la ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, hecho en La Haya, el 28 de marzo de 2000. Los aspectos más importantes de este acuerdo son los relativos a la aplicación de la legislación española en la ejecución de la sentencia (art. 3.3), la supervi-

<sup>189</sup> Los tribunales españoles pueden ejercer su jurisdicción ordinaria o militar de acuerdo con sus normas orgánicas o procesales en tanto en cuanto no sean requeridos por los TTPPII *ad hoc* (arts. 4.1). En caso de serlo, suspenderán el procedimiento y remitirán lo actuado a la Audiencia Nacional para que dicte la inhibición a favor del Tribunal Internacional. En el caso de la jurisdicción militar, este trámite se realizará a través del Tribunal Militar Central (arts. 4.2). Las LLOO establecen la prohibición específica dirigida a Jueces y Tribunales de plantear conflicto jurisdiccional alguno con los TTPPII (arts. 4.4).

sión de la misma, encargada a una Comisión Paritaria creada al efecto (art. 4) y, sobre todo, la limitación impuesta por España en el art. 3.2. Según este precepto, España sólo considerará la ejecución de sentencias pronunciadas por el Tribunal Internacional cuando la duración de la sentencia no exceda de la máxima pena prevista para cualquier delito la legislación española. La declaración concreta el contenido del art. 8.1 de la LO de cooperación, que establece como límite *«el máximo previsto para las penas privativas de libertad en España»*. Por lo demás, los términos del acuerdos, se ajustan al modelo celebrado entre el TPIY y el resto de Estados.

Hasta la fecha, las cinco personas condenadas por el TPIY que han cumplido condena en nuestro país lo ha hecho por penas que oscilaban entre los 12 y los 18 años de prisión. A todos se les concidió la libertad provisional una vez cumplidas dos terceras partes de la condena<sup>190</sup>, a pesar de haber sido condenados por delitos que, tras la reforma del CP, estarían castigados con PPR. Aquellos condenados por el TPIY a prisión permanente cumplen condena en establecimientos penitenciarios de Estonia y Alemania. Con respecto al TPIR, no existe acuerdo específico de cumplimiento de sentencias entre el Tribunal y España y ninguno de los condenados cumple o ha cumplido condena en nuestro país. Las sentencias del TPIR se han cumplido preferente en Senegal, Mali y Benín, a excepción dos, que lo han hecho en Suecia e Italia<sup>191</sup>.

El marco legal del cumplimiento de las sentencias de CPI en España se rige por lo establecido en la Disposición Adicional Única de la LO 6/2000, de 4 de octubre, *por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*<sup>192</sup>. En esta disposición se establece que *«a efectos de la previsión en el apartado b) del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente declaración: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española»*. Su adopción es necesaria, como señala la propia EM, *«por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad y las medidas de seguri-*

<sup>190</sup> Vid. IT- 95-16-ES. *Prosecutor v. Drago Josipovic. Decision of the President on the application for pardon or commutation of sentence of Drago Josipovic*, 30 January 2006; IT-95-12-ES. *Prosecutor v. Ivica Rajic. Decision of the President on early release of*, 22 August 2011; IT-02-59-ES. *Prosecutor v. Darko Mrda. Decision of the President on early release of Darko Mrda*, 18 December 2013; IT-95-16-ES. *Decision of the President on the application for pardon or commutation of sentence of Vladimir Santic*, 16 February 2009.

<sup>191</sup> ICTR-05-86-S. *The Prosecutor v. Michel Bagaragaza, Sentencing Judgement*, 17 November 2009 en ICTR- 95-32-I. *The Prosecutor v. Georges Ruggiu, Judgement and Sentence*, 1 June 2000. En este último caso, el sujeto era un nacional belga a quien se condenó por incitación pública para cometer delito de genocidio.

<sup>192</sup> BOE núm. 239, de 5 octubre de 2000.

dad estén orientadas a la reinserción y reeducación social del condenado». El Legislador volvió a optar por la misma fórmula pragmática utilizada en las LLOO de cooperación con los TTPPII *ad hoc*<sup>193</sup>.

El desarrollo normativo se completa con los arts. 22 y 23 de la LO 18/2003, de 11 de diciembre, *de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, en los que se regulan la ejecución de las penas en España y otras medidas de reparación. El art. 22 faculta al Ministerio de Justicia a trasladar a la CPI las condiciones impuestas por España para aceptar o denegar el traslado de un condenado a pena privativa de libertad, de «conformidad con el acuerdo que eventualmente se celebre entre España y la Corte y con la disposición única de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre...». No existe actualmente acuerdo sobre el cumplimiento de sentencias entre España y la CPI, si bien del contenido del artículo 22 de la Ley de Cooperación no parece inferirse que el Legislador español lo estime imprescindible<sup>194</sup>, inclinándose más por seguir un modelo de ejecución *ad hoc* («el condenado»). La tramitación parlamentaria de la Ley de Cooperación tampoco puso de manifiesto discrepancias al respecto. Tan sólo encontramos la propuesta de Enmienda n.º 46 (*Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida*) que solicitaba la inclusión de un nuevo apartado 1 al art. 23 para establecer «expresamente la competencia de los Tribunales españoles en la ejecución de sentencias con respecto a las reparticiones de las víctimas». También, la Enmienda n.º 81 del Grupo Parlamentario Calatán (*Convergencia i Unió*). Este último proponía una modificación al art. 22.1 al estimar que, cuando se decidiera que la condena se cumpliera en el establecimiento penitenciario de una Comunidad Autónoma con competencias en materia penitenciaria, fuere necesario el informe previo de aquélla<sup>195</sup>.

El estudio de la adecuación constitucional del sistema de ejecución de penas del ER fue abordado por el Consejo de Estado en su Dictamen 1374/1999, de 22 de julio. Su análisis resulta clarificador porque también incluye el de la PPR del art. 77 ER y ambas instituciones se evalúan conforme al art. 25.2 CE. El razonamiento mantenido por el Consejo de Estado parecía estar dirigido a esquivar la ejecución en nuestro país de una PRR impuesta por la CPI. En primer lugar porque, admitiendo la posible de colisión constitucional, consideró que el contenido del art. 80 ER actúa como cláusula de salvaguardia y que España, «como Estado de

<sup>193</sup> VAN ZYL SMIT, D., «International imprisonment», en *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54, 2, pp. 371, nota al pie 83.

<sup>194</sup> En la EM se mantiene que, en materia de cumplimiento de sentencias se «introducen desarrollos normativos mínimos siendo aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte», siempre teniendo en cuenta la limitación temporal realizada en la declaración contenida en la Disposición Adicional Única de la LO 6/2000, de 4 de octubre.

<sup>195</sup> BOCCGG. Congreso de los Diputados, *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado*. Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, n.º 156-98, VII Legislatura, de 19 de septiembre de 2003, pp. 41 y 50, respectivamente.

*ejecución, no vería afectados los principios constitucionales previstos en el artículo 25.2 que —en su entendimiento más extremo y sin tener en cuenta otros mecanismos de interrupción de la ejecución de las penas— podrían conducir a rechazar penas perpetuas por colisionar con la reeducación y reinserción social de los condenados». En segundo lugar porque, la posibilidad de realizar declaraciones conforme al art. 103.1 b) ER permitiría evitar también el posible conflicto constitucional. Finalmente porque, aun en el caso de imposición de PPR, la existencia del mecanismo de revisión del ER «denota una posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas (cabe recordar que en diversos ordenamientos la reclusión perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, sin colisionar, por tanto, con una ejecución de la pena orientada a la reeducación y reinserción social)»<sup>196</sup>.*

A nuestro juicio, la interpretación que de esos argumentos que realizaron el Legislador y el Prelegislador durante la tramitación de la LO 1/2015, de 30 marzo fue equivocada e interesada. En primer lugar porque el Consejo de Estado incurrió un error de planteamiento al confundir el ámbito y las posibilidades de aplicación del derecho nacional. Como se expuso anteriormente, el art. 80 ER no rige en materia de ejecución de penas impuestas por la CPI, sino que salvaguarda la potestad de los Estados soberanos para castigar con penas distintas los delitos previstos en el ER cuando sea el propio Estado el que los enjuicie conforme a su código penal. Éste, por ejemplo, era el caso de los arts. 607 y 607 bis CP hasta la LO 1/2015, de 30 de marzo, que castigaban con pena de prisión de 15 a 20 años conductas que tras la reforma han pasado a ser sancionadas con PPR. Además, es preciso recordar que la ejecución de las condenas de la CPI se regula en la Parte X del ER, no en la IX, relativa a cooperación y asistencia judicial, que cuenta con mecanismos de control que no se aplican a la ejecución. En materia de ejecución, como se ha visto anteriormente (*Vid. SUPRA*), rige el principio de *voluntariedad* de los Estados.

En segundo lugar, porque cuando el órgano consultivo aludía al mecanismo revisión, a la existencia de la PPR en otros Estados y a la reinserción y reeducación social, no lo hacía para defender la constitucionalidad interna de la pena, sino para salvar una posible *vulneración indirecta* de la CE en los mismos términos que en la extradición de nacionales. La lectura reposada del razonamiento pone de manifiesto que el Consejo de

<sup>196</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1374/1999, de 22 de julio. Asunto: *Expediente relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional*, letra C) segundo párrafo: «... Es más, el artículo 103.1.b) del Estatuto admite que, “en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte” y el mismo artículo, en el párrafo e) de su apartado 3, establece que la Corte, al ejercer su facultad discrecional de efectuar la designación prevista en el 1, tendrá en cuenta «otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución».

Estado estaba justificando el encaje constitucional de la imposición de la PPR por la CPI a un *nacional español* y su cumplimiento en un Estado distinto a España. Por eso, mantuvo que «... *Aunque podría dudarse de que los anteriores preceptos permitieran evitar a todo trance la imposición de penas a perpetuidad a nacionales españoles (especialmente si España no es el Estado de cumplimiento), parece que esta eventualidad —y su posible fricción con el aludido artículo de la Constitución española— encuentra una flexibilización suficiente en la reducción de las penas prevista en el artículo 110 del Estatuto, cuya revisión —que en todo caso deberá plantearse a los 25 años de prisión en caso de cadena perpetua y podrá volverse a suscitar— denota una posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas (cabe recordar que en diversos ordenamientos la reclusión perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, sin colisionar, por tanto, con una ejecución de la pena orientada a la reeducación y reinserción social).*

## 5. Conclusiones

La existencia de una pena de PPR en el ER de la CPI de 1998 y su firma y ratificación por España no resulta *per se* un argumento válido para poder afirmar la constitucionalidad de la PPR aprobada en 2015. Del mismo modo que ocurre con la formulación de la PRR contenida actualmente en el CP, en el caso de los TPPPII, incluidos el TPIY y el TPIR, es necesario ir más allá de su mera formulación para comprender su alcance y sus implicaciones. El análisis detallado de este argumento pone de manifiesto la imposibilidad de equiparar la PPR prevista a nivel internacional y la acogida en nuestro CP. En primer lugar porque la finalidad de esta pena en el ámbito internacional adolece del carácter *resocializador* o *rehabilitador* que el art. 25.2 CE atribuye a las penas y medidas de seguridad. En el Derecho Penal internacional la pena despliega de manera inequívoca sus efectos retributivos y preventivo-generales como en ninguna otra disciplina. Además, en el ámbito internacional se aplica un criterio de *selección* en el enjuiciamiento de hechos y personas que hace que los órganos judiciales internacionales dirijan su actuación únicamente contra los máximos responsables. Esta posibilidad no se prevé en el CP español.

En segundo lugar, porque entre los delitos a los que se aplica de la PRR en el CP se encuentran las modalidades más graves de genocidio (art. 607.1, 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> CP) y lesa humanidad (art. 607 bis 2.1.<sup>º</sup> CP), así como la muerte de Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado (art. 605.1 CP). A excepción de los últimos que no están contemplados, los delitos internacionales *pueden*, conforme a los Estatutos de los TPPPII, castigarse con PPR. No obstante, su imposición no sólo no es obligatoria, sino que debe imponerse única y exclusivamente en los susuestos más graves y constatadas unas cir-

cunstancias específicas a valorar *discrecionalmente* por el Tribunal. En el caso de la PPR del CP, la fórmula elegida por el Legislador no sólo se aleja de este sistema sino que además no prevé, como ocurre en el resto de los delitos, un marco penal con un límite mínimo y uno máximo. Las conductas descritas anteriormente tienen señalada como pena única la PPR. Es decir, lo que en el ámbito internacional es *potestativo*, en el nacional es *compulsivo* y la consecuencia jurídica es única porque no se puede imponer una pena distinta a la PPR.

En tercer lugar, es necesario atender a la naturaleza del órgano internacional que la impone y a la relación que rige entre éste y los Estados Parte, especialmente en materia de ejercicio de la jurisdicción. En el caso de los TTPPII *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda queda claro que el carácter preferente y excluyente de su jurisdicción ha limitado la actuación de los Estados Parte y relegado su papel a la cooperación activa y pasiva con los Tribunales. Sin embargo, su propia naturaleza les otorgó una función extraordinariamente importante en la ejecución de sus sentencias, función para la que se les dotó de mecanismos flexibles que no sólo les permiten aplicar su legislación penitenciaria, sino también negociar y replantear con el órgano internacional los límites de su cooperación en la materia.

En el caso concreto de la CPI, argumento que utilizaron expresamente el Legislador español y los órganos consultivos para evitar una reforma constitucional por la firma y ratificación del tratado, no fue muy distinto al usado en la adopción de las LLOO de cooperación con los TTPPII *ad hoc*. La diferencia esencial entre la primera y los segundos se produce por su carácter permanente y por la primacía en el ejercicio de la jurisdicción de los Estados Parte en el caso de los *ad hoc*. Sin embargo, el sistema de ejecución de sentencias del ER reproduce de manera muy similar el aplicado por TPIY y TPIR. Por un lado, porque el papel de los Estados Parte es prestar su infraestructura para hacer ejecutar lo juzgado por la CPI aplicando su legislación penitenciaria pero *siempre* sometido a lo dispuesto por el ER y las RPP de la CPI. En este aspecto, su margen de actuación en materia de ejecución de penas es mucho más limitado que con los TTPPII *ad hoc*. En segundo lugar, porque el sistema de ejecución de penas diseñado en la Parte X ER y desarrollado ampliamente en las RPP de la CPI se basa en el principio de absoluta *voluntariedad* de los Estados Parte. Las previsiones buscan evitar conflictos con los Estados *ab initio* incluso durante el desarrollo de la ejecución, de manera que en cualquier momento el Estado pueda solicitar a la Presidencia de la CPI el traslado del reo a otro país.

En cuarto lugar, la escasa experiencia en materia de ejecución de sentencias de la CPI no permite extraer a día de hoy conclusiones relevantes, pero sí realizar un pronóstico de futuro a la luz del sistema de ejecución de penas y de la inclusión de la PRR en nuestro CP. El análisis detallado de las previsiones relativas a la PRR en el ER resulta ser mucho menos

gravoso que el que ha implantado el Legislador español. En ambos casos, la revisión prevista a los 25 años de cumplimiento es obligatoria. Sin embargo, mientras que en el sistema de CPI la pena se *reduce*, conforme al CP se *suspende*. Esta suspensión podrá ser revocada de acuerdo con el art. CP. Además, la concreta regulación de la PPR convierte a nuestro país en un destino, *a priori* idóneo para la ejecución de las condenas de PRR impuestas por la CPI. Si la declaración realizada por España en la firma del ER limitaba su cooperación en materia de ejecución a que la pena no excediera del máximo permitido por la legislación española, la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo ha venido a invalidar esta declaración, ya que nuestro sistema actual es mucho más gravoso que el previsto internacionalmente. Si a ello le sumamos el hecho de que las modalidades más graves de los delitos internacionales actualmente están castigados con mayor pena en el CP español que en el ER, la negativa a convertirnos en Estado Parte preferente en la ejecución de este tipo de condenas no resultaría justificada.

En definitiva, la simple alusión o comparación a la previsión de una pena de PPR en los Estatutos de los TTPPII de los que España es parte, concretamente en el ER, no resulta argumento válido para declarar la adecuación constitucional de la pena. El Legislador acude frecuentemente al ordenamiento jurídico internacional, a la firma de tratados internacionales y la jurisprudencia de instancias supranacionales como el TEDH en sus pronunciamientos sobre el art. 3 CEDH. Sin embargo, sería preciso que reparase en que el propio art. 25.2 CE resulta ser más garantista que el marco internacional y supranacional.

## Bibliografía

- ABTAHI, H. / ARRIGG KOH, S., «The emerging enforcement practice of the International Criminal Court», en *Cornell International Law Journal*, 2012, 45, 1, pp. 1-24.
- ACQUAVIVA, G., «Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary Current Events: The Residual Mechanism: Bringing the Work of the Ad Hoc International Criminal Tribunals to Completion», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 4, pp. 789-796.
- AKHAVAN, P., «The ICTR: the politics and the pragmatics of punishment», en *American Journal of International Law*, 1996, 90, 3, p. 501-510.
- , «Beyond impunity: Can International Criminal Justice Prevent future atrocities?» en *American Journal of International Law*, 2001, 95, 1, pp. 7- 31.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- ARROYO ZAPATERO, L. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A / PÉREZ MANZANO, M. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Colección de Estudios Penales Marino Barbero Santos, 2016.
- BOISTER, N. / CRYER, R., *The Tokyo International Military Tribunal: a reappraisal*, Oxford University Press, 2008.
- BROOMHALL, B. / KRESS, C. / LATTANZI, F. / SANTORI, V., *The Rome Statute and Domestic Legal orders: constitutional issues, cooperation and enforcement*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.
- CASSESE, A., *International Criminal Law, Third Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- D'ASCOLI, S., *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad hoc Tribunals and future perspectives for the ICC (Studies in International and Comparative Criminal Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DENIS, C., «Critical Overview of the Residual Functions of the Mechanism and its Date of Commencement (Including Transitional Arrangements) Current Events: The Residual Mechanism: Bringing the Work of the Ad Hoc International Criminal Tribunals to Completion», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 4, pp. 819-837.
- DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012, de reforma del Código Penal (1)», *Diario La Ley*, 2013, 8004, pp. 1-31.
- DUFFY, H., «National Constitutional Compability and the International Criminal Court», en *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2011, 11, pp. 5-38.
- FROMMANN, M., «The reception of ECtHR Decision by German Criminal Courts-Illustrated by means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention», en *Hanse Law Review*, 2012, 8,1, pp. 81-99.
- GRIFFIN, D. / O'DONNELL, I., «The life sentence and parole», en *Bristish Journal of Criminology*, 2012, 52, 3, pp. 611-629.
- HOLA, B. / VAN WIJK, J., «Life after conviction at the International Criminal Tribunals», en *Journal of International Criminal Justice*, 2014, 12, 109-132.
- HOLE, A., «The sentencing provisions of the International Criminal Court», en *International Sentencing Provisions of the International Criminal Court*, 2005, 1, 1, pp. 37-69.
- KLIP, A., «Enforcement of sanctions imposed by the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, 5, 2, pp. 144-164.

- KRESS, C., «Penalties, enforcement and cooperation in International Criminal Court Statute (Parts. VII, IX, X), en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, 6, pp. 442-460.
- LEE, R.S. (ed.), *States' responses to issues arising from the ICC Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2005.
- LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001.
- McCUTCHEON, P.J / Coffey, G., «Life sentences in Ireland and the European Convention of Human Rights», en *Irish Yearbook of International Law*, 2006, 1, pp. 101-108.
- MUJUZI, J.D., «Is there a need for the ICTY to clarify the difference (s) between life imprisonment and imprisonment for the remainder of the offender's life? The Galic' and Lukic' decisions», en *International Criminal Law Review*, 2010, 10, pp. 855-864.
- MULGREW, R. «On the enforcement of sentences imposed by International Court», en *Journal of International Crime and Justice*, 2009, 7, pp. 373-396.
- PENROSE, M. M., «Lest We fail: the importance of enforcement in International Criminal Law», en *American University International Law Review*, 1999, 15, 2, pp. 321-394.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. / AZNAR GÓMEZ, M. J., et al. (ed.), *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, Vol. I, Tomo I, pp. 539-560.
- PITTMAN, T.W., «Road to the Establishment of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals: From Completion to Continuation, The Current Events: The Residual Mechanism: Bringing the Work of the Ad Hoc International Criminal Tribunals to Completion», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 4, pp. 797-817.
- RICCARDI, A., *Sentencing at the International Criminal Court. From Nuremberg to the Hague*, Torino, Evelen International Publishing, 2016.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales ad hoc y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, 14, pp. 1-24.
- ROTMAN, E., «Do criminal offenders have a constitutional right to rehabilitation?», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1986, 77, 4, pp. 1023-1068.
- SCALIA, D., «Long term sentences in International Criminal Law: do they meet the standards set out by the European Court of Human Rights», en *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9, 3, pp. 669-687.

- SCHABAS, W. A (ED.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- , «Life, death and the crime of crimes: supreme penalties and the International Criminal Court Statute», en *Punishment and Society*, 2000, 2,3, pp. 263-285.
- SHRAGA, D / ZACLIN, R., «The International Criminal Tribunal for Rwanda. Symposium towards an International Criminal Court», en *European Journal of International Law*, 1996, 7, pp. 501-518.
- SPANO, R., «Deprivation of liberty and human dignity in the case-law of the European Court of Human Rights», en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, 4, 2, pp. 150-166.
- STROB, D., «State cooperation with the international Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda», en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, 5, pp. 249-283.
- TOLBERT, D., «The International Tribunal for the Former Yugoslavia and the enforcement of sentences», en *Leiden Journal of International Law*, 1998, 11, pp. 655-669.
- TRIFFTERER, O. / AMBOS, K., A., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary, Third Edition*, München / Oxford, Baden Baden, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016.
- VAN ZYL SMIT, D. / WEATHERBY, P. / CREIGHTON, S., «Whole life sentences and the tide of the European Court of Human Rights Jurisprudence», en *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 1, pp. 59-84.
- VAN ZYL SMIT, D., «Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe on the Brink?», en *Federal Sentencing Reporting*, 2010, 23, 1, pp. 39-48.
- , «Life imprisonment: recent issues in national and international law», en *International Journal of Law and Psychiatry*, 2006, 5, pp. 405-421.
- , «International imprisonment», en *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 54, 2, pp. 357-385.
- , «Punishment and human rights in International Criminal Justice», en *Human Rights Law Review*, 2002, 2, 1, pp. 1-17.
- WEINBERG DE ROCA, I. M. / RASSI, C. M., «Sentencing and incarceration in the ad hoc Tribunals», en *Stanford Journal of International Law*, 2008, 44, pp. 1-62
- WERLE, G. / JESSBERGER, F., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3.<sup>º</sup> edición, 2017.