

El principio de justicia universal contra la impunidad de crímenes internacionales

Un estudio histórico y comparado
con especial referencia
a la situación española

Elena Díez Rodríguez



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO
E050
D473d
V.4

Díez Rodríguez, Elena, autor

El principio de justicia universal contra la impunidad de crímenes internacionales : un estudio histórico y comparado con especial referencia a la situación española / Elena Díez Rodríguez ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Carmen Lamarca Pérez]. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

xxii, 533 páginas ; 24 cm. -- (Serie derecho constitucional comparado ; 4)

ISBN 978-607-630-318-4

1. Derecho Constitucional Comparado – Evolución – Estudios 2. Justicia universal – Impunidad – Delitos internacionales 3. Jurisdicción internacional – Doctrina – Derecho comparado – Evolución – España 4. Instrumentos internacionales I. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo II. Lamarca Pérez, Carmen, escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales IV. título V. serie
LC KZ8010

Primera edición: mayo de 2018

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva del autor y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El principio de justicia universal contra la impunidad de crímenes internacionales

Un estudio histórico y comparado
con especial referencia
a la situación española

Elena Díez Rodríguez



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

* Una versión de esta obra se presentó en abril 2017 con el título: *La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales. Análisis histórico y comparado con especial referencia a la situación española*, como Tesis doctoral en el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España; teniendo como directora a la Profesora Carmen Lamarca Pérez.

** Maestra y Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: e.diezro@gmail.com

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

Contenido

PRESENTACIÓN	XIII
PRÓLOGO	XV
ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS	XIX
AGRADECIMIENTOS	XXI
INTRODUCCION	1
Capítulo 1. Antecedentes y evolución histórica del principio de jurisdicción universal	17
1. Orígenes remotos	19
1.1. Referencias a la historia antigua y medieval: los crímenes de guerra y el bandolerismo	19
1.2. Las fundamentaciones filosóficas relevantes de la Edad Moderna. Persecución de la piratería y el tráfico de esclavos	22
2. Los grandes avances del siglo XX	30
2.1. Desarrollo del derecho penal internacional hasta la Segunda Guerra Mundial	30
2.2. Los Tribunales internacionales de Núremberg y de Tokio y los procesos celebrados en jurisdicciones nacionales tras la Segunda Guerra Mundial	35

2.2.1. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg.....	35
2.2.2. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.....	43
2.2.2.1. Los juicios celebrados en Alemania en aplicación de la Ley número 10 del Consejo del Control Aliado.....	45
2.3. El período de la Guerra Fría, el juicio de Eichmann y los primeros intentos codificadores	47
2.4. Los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.....	51
2.4.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.	51
2.4.2. Tribunal Internacional para Ruanda.....	56
2.5. El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Penal Internacional.	60
2.6. Los Tribunales mixtos o internacionalizados.	74
2.6.1. El Tribunal Especial para Sierra Leona.	75
2.6.2. El Tribunal Especial de Camboya.	75
2.6.3. El Tribunal Especial para Líbano.	76
2.6.4. El Tribunal Especial de Timor Leste.....	77
2.6.5. La Sala para los Crímenes de Guerra de Bosnia Herzegovina.....	78
2.6.6. Tribunal Especial de Irak.	78
2.6.7. Salas Africanas Extraordinarias de Senegal.	79
Capítulo 2. Concepto, fundamento y límites del principio de jurisdicción universal	83
1. Los diferentes títulos de jurisdicción.....	85
1.1. Principio de territorialidad	86
1.2. Principio de personalidad	87
1.3. Principio real o de protección de intereses.....	90
1.4. Principio de jurisdicción o justicia universal	91
1.4.1. La soberanía estatal en la sociedad internacional contemporánea...	92
1.4.2. Concepto de jurisdicción universal	95
1.4.3. El principio de juzgar o extraditar (<i>aut dedere aut judicare</i>)	101
2. El fundamento de la jurisdicción universal	105
2.1. Teorías sobre el fundamento del principio de jurisdicción universal	105
2.2. Los crímenes internacionales y las normas de <i>ius cogens</i>	108

3. Los principales límites del principio de jurisdicción universal	119
3.1. El principio de legalidad.....	120
3.2. Las leyes de amnistía	133
3.3. La inmunidad de jurisdicción	141
Capítulo 3. El principio de jurisdicción universal en el derecho comparado.....	151
1. Consideraciones generales	153
2. Regulación en el derecho comparado	156
2.1. Alemania.....	156
2.2. Argentina.....	165
2.3. Bélgica.....	172
2.4. Estados Unidos	181
2.5. Francia.....	191
2.6. Países Bajos.....	202
2.7. Reino Unido.....	208
2.8. Senegal	213
Capítulo 4. El principio de jurisdicción universal en el derecho internacional.....	215
1. El principio de jurisdicción universal en los tratados internacionales.....	217
1.1. Aspectos generales sobre los tratados internacionales y su relación con el derecho interno español.....	217
2. El reconocimiento convencional del principio de jurisdicción universal.....	226
3. Tratados sobre crímenes internacionales calificados como "más graves" por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional	229
3.1. Genocidio.....	229
3.2. Crímenes de lesa humanidad.....	235
3.3. Crímenes de guerra.....	238
3.4. Crimen de agresión	246
4. Tratados sobre otros crímenes internacionales.....	251
4.1. Piratería	251
4.2. Esclavitud y tráfico de personas.....	253
4.3. Delitos de tortura y desapariciones forzadas	256
4.4. Terrorismo	260
4.5. Tráfico ilegal de drogas y estupefacientes	266

5. El principio de jurisdicción universal como derecho internacional consuetudinario	267
Capítulo 5. La primera etapa del principio de jurisdicción universal en España (1985-2005)	277
1. La antigua Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870.....	279
2. El artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1o de julio, del Poder Judicial.....	281
2.1. El art. 23 LOPJ en su redacción inicial	281
2.2. La introducción de nuevos delitos objeto de persecución universal: los delitos de prostitución y corrupción de menores, de mutilación genital femenina y de tráfico ilegal o inmigración de personas.....	286
3. Primeras actuaciones judiciales para el enjuiciamiento de crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal: España se convierte en referente mundial en la lucha contra la impunidad.....	289
3.1. El célebre caso Pinochet.....	291
3.2. El inicio de los desencuentros entre Tribunales por la aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso Guatemala	305
3.2.1. La postura de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.....	305
3.2.2. Las desavenencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: STC 237/2005, de 26 de septiembre	309
3.3. Avances en los casos <i>Argentina</i> y <i>Chile</i> . La sentencia de la Audiencia Nacional relativa al caso <i>Scilingo</i>	312
3.4. Los comienzos del caso <i>Couso</i>	324
3.5. La primera etapa del caso <i>Falun Gong</i>	326
4. La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional como primera limitación del principio de jurisdicción universal por vía legislativa	329
4.1. Aspectos generales de la Ley, fuentes normativas y órganos de cooperación	329
4.2. La cooperación en actos de investigación	331
4.3. Cooperación para la celebración del juicio oral y la ejecución	335
4.4 El principio de complementariedad en las relaciones entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales.....	336

Capítulo 6. La segunda etapa del principio de jurisdicción universal en España (2005-2017)	341
1. La actividad de los Tribunales españoles entre 2005 y 2009	343
1.1. Nuevos asuntos en la Audiencia Nacional tras la Sentencia constitucional sobre el caso <i>Guatemala</i>	343
1.2. Las inadmisiones de los casos <i>Atenco</i> y <i>Gaza</i>	351
2. La desnaturalización del principio de jurisdicción universal operada por la Ley 1/2009	352
2.1. Antecedentes y consideraciones generales de la reforma	352
2.2. Introducción de puntos de conexión con España	356
2.3. Consagración del principio de subsidiariedad	360
2.4. Valoraciones de la doctrina y la sociedad civil sobre la reforma.....	363
2.5. La aplicación del nuevo texto legislativo por parte de los Tribunales españoles	367
3. La última reforma del principio de jurisdicción universal: Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1o. de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal	376
3.1. La Exposición de Motivos de la nueva Ley.....	377
3.2. Los nuevos requisitos del artículo 23.4 LOPJ.....	380
3.3. El principio de subsidiariedad de la jurisdicción española en la redacción del nuevo precepto.....	385
3.4. El sobreseimiento automático de las investigaciones en curso y la supresión de la acción popular.....	388
3.5. Reacciones a la reforma	391
3.5.1. Críticas doctrinales y de las organizaciones de defensa de los derechos humanos.....	391
3.5.2. Aplicación de la reforma por los Tribunales.....	396
4. Perspectivas de futuro: ¿la LO 1/2014 supone el fin del principio de la jurisdicción universal en España?	413
CONCLUSIONES	421

ANEXOS

Anexo 1. El art. 23.4 LOPJ en sus diferentes versiones.....	447
Anexo 2. Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.....	463
Anexo 3. Dossier de resoluciones judiciales españolas sobre crímenes internacionales.....	481

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN 495

I. Monografías y artículos.....	495
II. Informes de ONG y entidades públicas	
III. Instrumentos de organizaciones internacionales.....	512
IV. Legislación.....	516
V. Jurisprudencia internacional.....	526

Presentación

Las discusiones sobre el ámbito territorial de aplicación de la ley penal cuando se trata de crímenes graves no son nuevas. Durante mucho tiempo se ha debatido si el territorio de los Estados es un límite infranqueable para la persecución de infracciones graves, por ejemplo, al derecho internacional humanitario. Esta controversia se ha desarrollado en escenarios múltiples, complejos e interrelacionados que incluyen al derecho penal, al derecho internacional público, a los derechos humanos y a sus manifestaciones convencionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales, entre otras.

Un cruce de caminos en la reflexión sobre estos asuntos se encuentra entre, por un lado, la determinación de las fuentes obligacionales y la tipicidad de esas violaciones, y, por el otro, en la definición de las instancias competentes para investigar y juzgar las conductas consideradas como violatorias de bienes jurídicos fundamentales para la dignidad humana. Han surgido respuestas diversas a los desafíos diferenciados, derivadas del diálogo y consenso internacional relativo sobre el punto. Entre ellas podemos encontrar instrumentos, tanto internacionales como regionales, comisiones y cortes internacionales para la persecución de violaciones a derechos humanos, así como la Corte Penal Internacional.

La justicia universal es uno de los temas principales que se derivan de la deliberación sobre conductas que lesionan a la humanidad. Este principio junto a los Tribunales competen-

tes para su protección han sido entendidos como herramientas básicas en las luchas contra la impunidad. Estos dos elementos, el principio de justicia y los Tribunales, son la base de un sistema penal internacional que pretende responder a las demandas de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Debido a la importancia y actualidad del debate sobre el fundamento y alcance del principio de justicia universal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del Centro de Estudios Constitucionales, ha querido contribuir al diálogo doctrinal y académico con la publicación de un texto que aborda de manera integral y minuciosa este tema. Se trata de un libro que, además de plantear de manera clara la posición de la autora sobre el debate que existe a nivel internacional, ofrece información y elementos de juicio necesarios y suficientes para comprender las complejidades que se derivan del punto de reflexión y que el lector esté en posibilidades de formar una posición propia.

La presentación extensa y detallada de la historia del principio de jurisdicción universal, su análisis conceptual y doctrinal, el estudio estricto de su desarrollo en el derecho internacional, en el derecho comparado y, especialmente, en España, hacen de este texto un material de consulta fundamental para los operadores jurídicos y académicos interesados en estos temas mencionados.

La justicia universal como herramienta contra la impunidad de los crímenes internacionales será, sin dudas, una obra de referencia necesaria para incentivar el diálogo y la reflexión tanto en términos comparativos, como de la propia experiencia nacional sobre la tipificación, procesamiento y castigo de los delitos que afectan los bienes jurídicos básicos de los ordenamientos nacional e internacional. Por todo lo anterior, es un honor para la Suprema Corte de Justicia de la Nación participar con la publicación de este texto en el diálogo nacional sobre estos asuntos básicos.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Prólogo

Como se pone de manifiesto desde el mismo título de este libro que tengo el honor de prologar, el reconocimiento del principio de justicia universal constituye sin duda alguna la más eficaz de las armas con que puede contar un Estado o la Comunidad Internacional para luchar contra la impunidad de los crímenes más graves.

A finales del siglo XX y comienzos del presente, es sabido que la justicia universal sufrió un notable auge, permitiendo que en algunos territorios, y muy singularmente en España, se iniciara la persecución de hechos tan graves como las desapariciones bajo las dictaduras argentina o chilena, los casos Couso, Tibet o Gaza y no cabe olvidar, en el ámbito internacional, la labor realizada por los tribunales que enjuiciaron los genocidios de Ruanda o la antigua Yugoslavia y, en especial, la creación de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, no es menos cierto que desde hace algunas décadas se registran importantes retrocesos en esta materia con el establecimiento de numerosas limitaciones en las jurisdicciones nacionales y un escaso avance en la de ámbito internacional, quizás por ello este era el momento más oportuno para pasar revista en profundidad, como hace este trabajo, a una institución jurídica que no es ajena a los avatares políticos de las naciones. Porque resulta indudable que la cuestión de la jurisdicción es una cuestión política, pero también es verdad que el ejercicio de la jurisdicción, incluso cuando se aplica el principio general de territorialidad, no

consiste sólo en un mero acto de soberanía, se trata, sobre todo, de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva y la defensa de los derechos humanos.

Desde de estos presupuestos, la obra que nos presenta la doctora Elena Díez Rodríguez aborda todas las cuestiones relacionadas con este instituto jurídico, partiendo de los orígenes y antecedentes de la justicia universal así como del necesario estudio de su conexión con el derecho internacional que desemboca en el examen de los crímenes internacionales; dentro de este análisis, quizás hay que destacar el examen del que ha sido objeto el crimen internacional por excelencia, el tipo de genocidio, cuyo mayor obstáculo para su aplicación lo constituye sin duda su limitación a la protección de determinadas agrupaciones humanas, los tradicionales grupos nacionales, étnicos, religiosos y raciales, sin que haya podido tener cabida, entre otros, la persecución por motivos políticos, una motivación que prevalece, por ejemplo, en los casos de las dictaduras de Argentina, Chile o en tantos otros supuestos, hasta el punto que cabe decir que es la causa última de casi todas las persecuciones. En este sentido, es de destacar la ampliación operada por la legislación penal española que extiende el tipo de genocidio a la defensa del grupo de los discapacitados pero que tampoco resulta plenamente satisfactoria al quedar fuera muchos otros colectivos merecedores de esta protección; por ello quizás habría que postular que las víctimas del delito de genocidio puedan estar constituidas por cualquier agrupación humana, lo que vendría a destacar su carácter de máximo exponente de la discriminación.

Una de las aportaciones más novedosas e interesantes de este trabajo consiste en el análisis, realizado en extensión y profundidad, de los diferentes casos que se han planteado ante la jurisdicción española al amparo de este criterio de atribución de competencia y que ha dado lugar a diferentes e incluso a veces contradictorias resoluciones judiciales y que, en algún supuesto, aún siguen en tramitación como, por ejemplo, el procedimiento seguido por la muerte en El Salvador de los Jesuitas de la UCA. Sin embargo, y como es sabido, sólo una de las querrelas presentadas –el denominado *Caso Scilingo*– ha llegado a culminar todo el proceso penal y, precisamente, la sentencia dictada por la Audiencia Nacional planteó una de las cuestiones más interesantes de estos procedimientos, que también se analiza en esta obra, como es la necesaria compatibilidad de la justicia universal con el principio de legalidad, un principio ineludible para la aplicación del derecho penal interno de los Estados, pero que también hay que reclamar en el ámbito internacional como cada día sucede en mayor medida.

Pero como señalábamos al inicio, el principio de justicia universal ha venido sufriendo en los últimos años importantes limitaciones a su aplicación en el Derecho español, unas limitaciones que han planteado significativos problemas interpretativos y que han supuesto que la doctrina llegara incluso a hablar de la muerte de la justicia universal. El trabajo termina así analizando críticamente las reformas operadas en la legislación española; unas reformas que han venido a establecer requisitos tan incompatibles con este principio como la nacionalidad española de las víctimas, la residencia en España del presunto culpable o la exigencia de un punto de conexión con los intereses nacionales. Sin embargo y, como se reitera a lo largo de todo el trabajo, el único punto de conexión que cabe exigir para el ejercicio de la jurisdicción al amparo de este principio es la gravedad de los delitos, único punto que enlaza con el fundamento de la justicia universal que no defiende ningún interés estatal y de ahí su grandeza. Porque la mayor legitimidad moral del reconocimiento por un Estado del principio de justicia universal reside precisamente en que no está basado en la defensa de intereses propios; se trata de garantizar la realización del valor de la justicia que, como señala nuestro propio texto constitucional, constituye un valor superior que vincula la actuación no sólo de los jueces sino incluso, del propio legislador.

Finalmente, quiero manifestar que presentar la obra de la doctora Díez, querida discípula, constituye para mí una gran satisfacción porque la misma no sólo alcanza los niveles máximos de excelencia investigadora, sino especialmente porque su trabajo se inscribe en la defensa de una institución como es la justicia universal que se endereza a la protección de las víctimas, es decir, de los más débiles, lo que, como señalara Ferrajoli, constituye la única justificación de la intervención penal.

Carmen Lamarca Pérez
Catedrática de Derecho Penal

Abreviaturas y siglas utilizadas

AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AEP	Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional
AN	Audiencia Nacional
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CE	Constitución española
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CPSDG	Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

EL	Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional de Núremberg
ER	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
EM	EM
FGE	Fiscalía General del Estado
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
JCI	Juzgado Central de Instrucción
LOCCPI	Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TC	Tribunal Constitucional
TEC	Tribunal Especial de Camboya
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TIR	Tribunal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UA	Unión Africana

Agradecimientos

Son muchas las personas e instituciones a las que agradecer el apoyo prestado durante los años que ha durado la investigación que culmina con esta publicación.

En primer lugar, quiero dar las gracias muy sinceramente a Carmen Lamarca, mi Directora de Tesis Doctoral, quien desde el primer momento me dio toda su confianza y decidió tutelar mi trabajo. Siempre le agradeceré el tiempo que me dedicó y me sigue dedicando, su amabilidad y cercanía.

En este plano académico, sería injusto no hacer una mención a mis anteriores etapas como estudiante, prácticamente todas ellas desempeñadas en la Universidad Carlos III de Madrid, donde no solo estudié mi Licenciatura sino, posteriormente, el Título de Experto en Prevención y Gestión de Crisis Internacionales y con carácter previo a mi Doctorado, el Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. En todas ellas me encontré con valiosísimos Profesores y Profesoras así como con compañeros/as e incluso amigos/as, cuyas aportaciones a mi formación quiero agradecer de forma sincera.

Tampoco puedo pasar esta oportunidad sin hacer referencia a los dos programas de prácticas en los que he participado, tanto en la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como en el Tribunal Constitucional español. Las dos experiencias,

impagables tanto desde el punto de vista formativo como humano, sirvieron, en mi opinión, como el perfecto complemento a mi carrera académica.

He de mencionar, por otro lado, que durante varios años he sido voluntaria de la ONG Amnistía Internacional, primero en el equipo de mujeres y después en el jurídico. Las experiencias vividas durante este período, que no han hecho sino reforzar mi compromiso con la defensa de los derechos humanos, han sido especialmente valiosas para mí, tanto desde el punto de vista personal, como desde el académico.

No puedo obviar, por otra parte, que durante todo el proceso de elaboración de esta obra he tenido la oportunidad de trabajar en dos órganos judiciales españoles, como son la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, donde sigo prestando servicios en la actualidad. Mi paso por la Biblioteca de la Audiencia Nacional así como por la Vicepresidencia del Tribunal Supremo me han permitido acercarme a la jurisprudencia y, sobre todo, al trabajo diario de ambos organismos y, en definitiva, a la aplicación práctica del derecho penal internacional. En este punto, debo dar las gracias al Vicepresidente del Tribunal Supremo, Ángel Juanes, por haberme dado la oportunidad de acompañarle, por los consejos, así como por el interés y apoyo constante a lo largo de esta investigación. Debo reconocer asimismo muy especialmente la ayuda prestada por el personal de la Biblioteca, de cuya generosidad y buen hacer he abusado asiduamente durante estos años para documentarme, así como por la Oficina de Prensa, que varias veces me ha ayudado con la localización e identificación de sentencias.

Un espacio destacado merece, por supuesto, mi sincero agradecimiento al Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México, por la confianza depositada en esta obra, cuya publicación ha tenido el interés de llevar a cabo.

Por último, debo hacer una mención en estos agradecimientos a las víctimas de crímenes internacionales, a sus familias y a las organizaciones de derechos humanos, que han impulsado la inmensa mayoría de los procedimientos judiciales que han sido objeto de estudio en este trabajo, en muchas ocasiones con pocos recursos y ningún apoyo institucional. Por su esfuerzo y su lucha decidida contra la impunidad, muchas gracias.

A Julia, a Jose y a lo que está por venir.

Introducción

La justicia universal como herramienta para la lucha contra la impunidad es, junto con la actividad de los Tribunales internacionales, uno de los pilares sobre los que se asienta el sistema de derecho penal internacional y uno de los mecanismos más eficaces para satisfacer las demandas de justicia de las víctimas de las más graves violaciones de los derechos humanos. En este contexto, no cabe duda del papel jugado durante las últimas décadas por España –y más en concreto por la Audiencia Nacional (AN)– a la hora de configurar el concepto de los Tribunales nacionales como garantes del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

Cuando inicié este trabajo, en 2013, el panorama legislativo sobre la jurisdicción universal en España era muy diferente del actual. El Estado español seguía siendo, a pesar de la reforma restrictiva operada en 2009, un referente mundial en la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales. Por tal motivo, me pareció interesante realizar un estudio en profundidad sobre las aportaciones de la justicia nacional que viniese precedido por un recorrido histórico del principio de jurisdicción universal, desde sus orígenes hasta la actualidad, seguido de un análisis doctrinal sobre el concepto, fundamento y límites de este, así como un examen del tratamiento de esta herramienta procesal tanto por parte del derecho internacional como del derecho comparado. El trabajo concluiría, tal como lo tenía proyectado, con un análisis más pormenorizado de la regulación legislativa del principio de jurisdicción universal en España

y, sobre todo, con un estudio de los principales casos sobre el tema, tramitados principalmente por la AN, pero con interesantes intervenciones puntuales tanto del Tribunal Supremo (TS) como del Tribunal Constitucional (TC).

Sin embargo, al poco tiempo de haber iniciado mi investigación, un acontecimiento legislativo marcó de forma absolutamente determinante el concepto de justicia universal en España: la aprobación de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Sin querer adelantar demasiado en este punto el contenido de la reforma legislativa, solo avanzaré que con ella se redujo drásticamente, hasta prácticamente hacer desaparecer, las posibilidades de nuestros Jueces y Tribunales de perseguir crímenes internacionales cometidos más allá de las fronteras nacionales.

Existe, pues, un antes y un después en el tratamiento del principio de jurisdicción universal en España, como también existe un antes y un después en el objeto principal de esta investigación. En efecto, tras la entrada en vigor de la LO 1/2014, si bien mantuve la estructura principal de mi trabajo, me vi obligada a enfocar el mismo al futuro, a cuál es el pronóstico para los próximos años y, especialmente, si existe un futuro para el principio de jurisdicción universal en España. Obviamente, para cumplir tal propósito seguía resultando imprescindible el estudio previo del recorrido histórico del principio de jurisdicción universal, de su concepto y fundamento así como de la regulación del mismo en otros países y en el derecho internacional. De igual forma, es indudable la necesidad de llevar a cabo un repaso a la legislación española en materia de jurisdicción universal, con sus correspondientes reformas, y a los principales asuntos tratados por los Tribunales, habiendo alcanzado algunos de ellos una gran notoriedad a nivel mundial. Todo ello, para llegar a la cuestión que nos surgió a todos los interesados en la materia desde 2014: ¿supone la nueva reforma el fin del principio de jurisdicción universal? Espero que mi trabajo contribuya en la medida de lo posible a responder a esta y otras cuestiones que indudablemente surgen en torno a esta compleja materia.

Esta obra comienza con un primer capítulo dedicado a repasar la evolución histórica del derecho penal internacional y de la justicia universal en particular, que me parece importante conocer para de esta forma comprender mejor el propio concepto de justicia universal. El repaso se inicia con las primeras manifestaciones muy remotas de internacionalización del reproche penal, durante la Historia antigua y medieval, época en la que podemos encontrar atisbos de

regulación jurídica de los conflictos armados, constituyendo una referencia obligada en este sentido la relativa al Tribunal de Breisach, en 1474, primer ejemplo de exigencia judicial de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales.

Posteriormente, la llegada de la Edad Moderna traerá consigo las primeras obras doctrinales de importancia en relación con la materia, destacando muy especialmente el trabajo de Hugo Grocio, padre del universalismo, a quien se atribuye el concepto de juzgar o extraditar, así como el trabajo de sus sucesores doctrinales. También se hará referencia a la corriente doctrinal absolutista que impregnó el pensamiento europeo desde finales del siglo XVII, propia de autores como Beccaria, suponiendo un paso atrás para el desarrollo del derecho penal internacional.

Un repaso a los antecedentes remotos del principio de jurisdicción universal no puede ser llevado a cabo sin una referencia a la piratería y al tráfico de esclavos, pues es de común acuerdo que las dificultades en la represión de este tipo de delitos, que se cometen en alta mar y que afectan a los intereses de todos los Estados, fueron determinantes en la extensión de la jurisdicción penal más allá de las fronteras de cada país.

Sin embargo, hasta la llegada de las dos grandes guerras mundiales no puede hablarse en puridad de primeros pasos del principio de jurisdicción universal. En este contexto, se analizará el fracasado intento de creación de un Tribunal internacional previsto por el Tratado de Versalles tras la Primera Guerra Mundial, así como el caso *Lotus*, dirimido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, por la importancia doctrinal que presenta como primera decisión judicial internacional que admite la jurisdicción extraterritorial. Este impulso universalista se vuelve especialmente evidente a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y los horrores cometidos en su transcurso, cuando la sociedad internacional cambia de rumbo de forma determinante, reflejándose este cambio de paradigma en el desarrollo del derecho penal internacional.

La creación de los Tribunales penales militares de Núremberg y de Tokio, como se estudiará con detenimiento, ya que estos constituyen, a pesar de las razonables críticas doctrinales que se expondrán, el gran hito del siglo XX en materia de justicia universal. Tampoco podemos olvidar en este sentido los interesantes procesos seguidos ante Tribunales nacionales en aplicación de los principios consagrados en los juicios de ambas instancias internacionales,

destacando entre ellos especialmente los celebrados en territorio alemán bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado (*Kontrollratsgesetz*), de 20 de diciembre de 1945, pues la importancia doctrinal de los mismos como precedente del principio de jurisdicción universal es innegable al haber otorgado prioridad al derecho internacional sobre el derecho nacional en caso de conflicto.

A continuación, la Guerra Fría traerá el caso Eichmann, celebrado en Israel, como única experiencia de jurisdicción universal destacable. Una vez concluido este período, dos nuevos conflictos bélicos impulsan un nuevo avance del derecho penal internacional: la creación de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. Estos Tribunales serán el germen de lo que poco tiempo más tarde constituirá el gran hito del derecho penal internacional del siglo XXI: la Corte Penal Internacional. Se estudiarán brevemente los primeros pasos dados desde la creación de la CPI, tomándose en cuenta no solo los avances llevados a cabo, sino también los problemas a los que este Tribunal internacional ha debido enfrentarse desde su creación, tanto por las limitaciones que contiene su propio Estatuto como por la falta de aceptación del mismo por parte de varios Estados de la comunidad internacional.

El repaso concluirá con una mención a cada uno de los Tribunales híbridos o internacionalizados surgidos en los últimos años –en Sierra Leona, Camboya, Líbano, Timor Leste, Yakarta, Bosnia Herzegovina, Irak y Senegal– al objeto de superar las críticas anteriormente vertidas contra los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda mediante una mayor participación de la administración de justicia local. Este recorrido histórico espera mostrar cómo el paso del tiempo ha ido trasladando el fundamento del principio de jurisdicción universal, inicialmente identificado de forma exclusiva con cuestiones prácticas relacionadas con la dificultad de represión de los crímenes perseguidos, para pasar a venir determinado más bien por la gravedad de los mismos.

El capítulo 2 se centra en el estudio del concepto, el fundamento y los límites del principio de jurisdicción universal. Con carácter previo al análisis de las definiciones doctrinales de distintos autores así como la propuesta a título personal, es preciso llevar a cabo un repaso de los distintos títulos de jurisdicción: el principio de territorialidad, el de personalidad activa y pasiva, el de protección real o de intereses y el principio de jurisdicción universal; haciendo especial énfasis en el diferente fundamento de cada uno de ellos. Se incluirá, además, un apartado

dedicado a aclarar en la medida de lo posible las diferencias conceptuales entre el principio de jurisdicción universal y el de juzgar o extraditar (*aut dedere aut judicare*), dada la generalizada confusión entre ambos, tanto en la doctrina como en varios instrumentos normativos nacionales e internacionales sobre la materia.

A continuación, se estudiarán las diferentes teorías sobre el fundamento del principio de jurisdicción universal, algunas de ellas más idealistas y otras, en cambio, de carácter más pragmático. Se puede adelantar en este punto que la mayor parte de estas teorías relacionan de alguna u otra forma el fundamento de la jurisdicción universal con la gravedad de los crímenes internacionales objeto del mismo. Así pues, a continuación resulta obligado un pequeño estudio sobre los crímenes internacionales: su concepto, su contenido y las consecuencias derivadas de la comisión de los mismos. En este punto, será indispensable realizar una pequeña exposición sobre el concepto de normas imperativas o de *ius cogens* del derecho internacional así como de las obligaciones *erga omnes* que se derivan de estas y que resultan, en definitiva, en la obligatoriedad para todos los Estados de la comunidad internacional de tipificar, investigar y enjuiciar la comisión de estos crímenes. Como consecuencia clara de lo anterior surgirá el planteamiento de la siguiente cuestión: ¿esta obligación general de enjuiciamiento de los crímenes internacionales implica una obligación de enjuiciamiento con base en el principio de jurisdicción universal; es decir, sin la existencia de ningún vínculo de conexión entre el Estado en cuestión y el crimen cometido? Trataré de dar una respuesta fundamentada a esta pregunta, pues del contenido de la misma derivarán importantes consecuencias sobre el contenido del principio universal y, yendo más allá, sobre la compatibilidad de la regulación legal española con el derecho internacional. A continuación, solo restaría por determinar qué delitos en concreto deben ser considerados como crímenes internacionales. A tal efecto, se expondrán varias propuestas doctrinales para acabar defendiendo una propia al respecto.

El capítulo 2 concluye con un estudio de los principales límites aplicables al principio de jurisdicción universal, todos ellos derivados de reglas y principios tanto del derecho internacional como del derecho interno, necesarios para el normal desarrollo de las relaciones diplomáticas así como de la necesaria paz social. Me refiero a principios como el de *ne bis in idem*, instituciones como la de la prescripción de las infracciones penales o a la problemática que presenta la concurrencias de varias jurisdicciones, nacionales o internacionales, sobre los mismos hechos delictivos. Sin embargo, me detendré de manera más intensa en tres aspectos fundamentales que, como grandes límites al principio de jurisdicción universal, entiendo que es

necesario dedicar una especial atención: el principio de legalidad de los delitos y de las penas, las leyes de amnistía existentes en determinados Estados y la inmunidad de jurisdicción por razón de determinados cargos públicos.

Respecto al primero de los puntos, el relativo al principio de legalidad, el estudio sobre el mismo abarcará tanto a las estrictas características propias del sistema europeo continental como a las más laxas del derecho internacional y de los países anglosajones; destacando precisamente los puntos de desencuentro entre ambos conceptos y las implicaciones de estas divergencias a la hora de juzgar ciertos crímenes internacionales no tipificados en la legislación de un determinado país. Se expondrán diversas opiniones doctrinales alertando tanto sobre los peligros de una excesiva flexibilización del principio de legalidad formal propia de nuestra tradición jurídica como sobre los riesgos de una aplicación excesivamente rigorista del mismo y se tratará de defender una postura equilibrada al respecto.

En cuanto a las leyes de amnistía como límite al principio de jurisdicción universal, me detendré en primer lugar en la lógica limitación a la soberanía nacional que ha supuesto la irrupción de la dignidad humana y de la protección de los derechos humanos como principios centrales del derecho internacional. A continuación se tratarán de exponer los posibles efectos que estas leyes de amnistía, prohibidas por el derecho internacional cuando su objeto son los crímenes internacionales de primer grado, puedan tener para terceros Estados que pretendan juzgar este tipo de delitos con base en el principio de jurisdicción universal.

Concluiré el capítulo 2 tratando el tema de la inmunidad de jurisdicción como expresión de la soberanía estatal, cuyo concepto ha evolucionado desde uno muy amplio al actual, mucho más restringido para evitar que esta figura termine convirtiéndose en una vía para la impunidad de los crímenes internacionales, generalmente cometidos por altos representantes gubernamentales. Se expondrán los principales casos resueltos al respecto, tanto por Tribunales nacionales como internacionales, con especial atención al caso *Yerodia*, resuelto por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), de amplia repercusión mundial. Trataré finalmente de defender mi postura acerca de la adecuada convivencia entre el principio de jurisdicción universal y el régimen de inmunidades de jurisdicción.

Nos adentramos a continuación en el capítulo 3, que versa sobre el tratamiento del principio de jurisdicción universal en el derecho comparado. En cuanto al posicionamiento de este

capítulo, que se ubica, de forma un tanto inusual, con anterioridad a la exposición sobre las normas de derecho internacional sobre la materia, me gustaría aclarar que, a mi parecer, el derecho comparado debe ser analizado con carácter previo al objeto de contar con un opinión fundada a la hora de hablar sobre la existencia o no de una práctica estatal generalizada, elemento clave para poder afirmar la existencia de una costumbre de derecho internacional. Valga decir que este capítulo me ha supuesto un notable esfuerzo de investigación, como no podría ser de otra manera, dadas las barreras geográficas y lingüísticas a las que todo jurista se enfrenta a la hora de analizar derecho comparado. En todo caso, he llevado a cabo el trabajo con el máximo respeto, tratando de captar la esencia de cada país estudiado, siempre con las limitaciones descritas.

Dicho lo anterior, el inicio del capítulo 3 contiene unas reflexiones preliminares sobre la situación general que puede observarse a nivel mundial en cuanto a la regulación y al tratamiento judicial de los crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal, con especial incidencia en los mecanismos de investigación ya en funcionamiento en algunos países que pueden servir de inspiración a España. El objetivo principal ha consistido en extraer la tendencia que sigue la comunidad internacional en el tratamiento de este tipo de casos, ¿apunta esta a una expansión generalizada o bien se están restringiendo las posibilidades de actuación del principio de jurisdicción universal?, ¿qué repercusiones ha tenido a este respecto la puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI)? Se responderá a estas dos cuestiones.

A continuación sigue un estudio de ciertos países, a mi juicio los más representativos o que mejor pueden contribuir a la formación de una opinión global sobre el fenómeno de la justicia universal en el derecho comparado: Argentina, Alemania, Bélgica, Francia, Estados Unidos, Países Bajos, Reino Unido y Senegal. Sobre cada uno de estos Estados se ha tratado de llevar a cabo un análisis tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, con mención a otro tipo de mecanismos mixtos, como pueden ser las unidades especializadas de investigación de crímenes internacionales, que puedan existir en algunos de ellos.

El capítulo 4 está dedicado a un aspecto crucial en relación con el principio de jurisdicción universal: el tratamiento del mismo por parte del derecho internacional. Dadas las peculiaridades del derecho internacional, que se nutre no solo de fuentes escritas sino también, y de forma esencial, en la costumbre, este capítulo se divide, a su vez, en dos bloques: dedicado el

primero de ellos al derecho internacional de tipo convencional y el segundo al derecho internacional consuetudinario. En cuanto al primero de estos bloques, he decidido que el estudio de los tratados internacionales sobre crímenes internacionales venga precedido de un apartado dedicado al estudio de los aspectos generales de estos instrumentos y, más en concreto, de su relación con el derecho constitucional español, ya que, a mi entender, resulta esencial este aspecto a la hora de comprender la importancia de la regulación internacional del principio de jurisdicción universal. A este objeto, se hace referencia a la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes español, su eficacia y su valor en el ordenamiento jurídico español, también como criterio interpretativo, haciendo un especial hincapié en las consecuencias derivadas de una posible contradicción entre lo dispuesto en un tratado internacional ratificado por España y una disposición legislativa interna, o incluso la propia Constitución, así como en las consecuencias del propio incumplimiento de un tratado en la esfera internacional.

También se tratará, como no podría ser de otra forma, el tema de la interpretación de los tratados internacionales, haciendo mención a los criterios que, según el propio derecho internacional, deben guiar esta labor. La cuestión no resulta baladí en cuanto al tema que nos ocupa, pues son numerosas las ocasiones en las que los tratados que tipifican crímenes internacionales no son claros sobre la obligatoriedad del enjuiciamiento de determinados delitos por parte de los tribunales nacionales en virtud del principio de jurisdicción universal.

Seguidamente, se abordará el tema del propio reconocimiento convencional del principio de jurisdicción universal, analizando el tratamiento de este aspecto por parte de los diferentes tratados, al objeto último de determinar la conformidad de la legislación española y la jurisprudencia de nuestros tribunales con los mismos. Se extraerá una pauta general sobre el tema de la jurisdicción universal en los tratados, en caso de existir esta, y también se abordarán aquellos supuestos en los que una legislación nacional no reconoce el principio de jurisdicción universal para un determinado crimen internacional, mientras que el tratado internacional que regula el mismo sí prevé la jurisdicción universal para el mismo.

La parte central del capítulo 4 está dedicada a examinar los tratados que regulan cada uno de los principales crímenes internacionales. Por razones sistemáticas, se ha decidido clasificar los instrumentos legislativos en función del delito regulado, dividiendo los mismos en dos grupos: los tratados sobre crímenes calificados como muy graves por el Estatuto de Roma –el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen

de agresión— y el resto de tratados, incluyéndose entre ellos los que regulan los delitos de piratería, esclavitud y tráfico de personas, torturas, desapariciones forzadas, terrorismo y tráfico ilegal de drogas y estupefacientes. El objeto de este análisis de los tratados consiste en determinar con claridad si los mismos contienen o no alguna disposición sobre el principio de jurisdicción universal o sobre el principio de juzgar y extraditar y, en caso afirmativo, si se trata esta de una cláusula facultativa u obligatoria.

Después del repaso por la regulación del principio de jurisdicción universal en los principales tratados que tipifican los crímenes internacionales, la última parte del capítulo 4 está dedicada a un tema que considero esencial: la posible consideración del principio de jurisdicción universal como principio de derecho internacional consuetudinario, más allá de la existencia de una convicción en sentido general de perseguir y sancionar los crímenes internacionales. Se trata este de un tema que hay que estudiar con rigor ya que, a mi juicio, con demasiada frecuencia se califica el principio de jurisdicción cosmopolita como derecho consuetudinario con excesiva ligereza. Por tal motivo, examinaré en primer lugar el propio concepto de derecho internacional consuetudinario así como el proceso de formación del mismo para, a continuación, tratar de determinar si concurren o no los requisitos necesarios para la creación de una costumbre internacional: la práctica estatal homogénea y generalizada y la convicción de obligatoriedad entre los Estados. El objeto último de este capítulo será poder aportar una respuesta fundamentada a la gran cuestión: ¿el carácter de *ius cogens* de las normas que tipifican los crímenes internacionales impone a los Estados la obligación de perseguir y enjuiciar estos con base en el principio de jurisdicción universal?

Después de haber respondido a este, así como a otros interrogantes que han ido surgiendo hasta llegar al capítulo 5 y que nos han ayudado a comprender el concepto y el fundamento del principio de jurisdicción universal así como la regulación del mismo en otros países de nuestro entorno y en el propio derecho internacional, llega el momento de pasar a estudiar el tratamiento de esta herramienta por parte de la jurisprudencia y la legislación españolas.

Los capítulos 5 y 6 consisten en un estudio evolutivo cronológico tanto de la normativa como de la actuación de los Tribunales españoles en torno a la jurisdicción universal, dedicándose el primero de ellos a la etapa comprendida entre 1985 y 2005, mientras que el capítulo final se centra en los últimos años hasta la actualidad. El capítulo 5 comienza con una breve referencia, a modo de antecedente, a la primera regulación procesal que incluyó el principio de juris-

dicción universal en la legislación española, la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870. A continuación, sigue un análisis pormenorizado de la redacción inicial del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dedicado a los títulos de competencia de los Tribunales españoles –principio de territorialidad, principio de personalidad y principio de protección real o de intereses–, con especial dedicación al apartado cuarto, dedicado a la jurisdicción universal. Se hará mención a los delitos originalmente incluidos en el ámbito de aplicación de este precepto así como a las posiciones doctrinales más relevantes sobre algunos aspectos controvertidos de su redacción. También se expondrán las tres primeras reformas de poco calado, llevadas a cabo en 1999, 2005 y 2007, al objeto de introducir otros crímenes como consecuencia de nuevos compromisos internacionales suscritos por España.

A continuación sigue un repaso por las primeras actuaciones de los Tribunales españoles en aplicación a la previamente analizada normativa. Esta primera actividad jurisprudencial, como es sabido, convirtió a nuestro país en un verdadero referente en la lucha contra la impunidad, desde la misma admisión a trámite de la denuncia interpuesta contra Augusto Pinochet por parte del Juzgado Instructor de la AN. Como no puede ser de otra forma, se describirán en profundidad las vicisitudes del *caso Pinochet*, que, si bien es cierto que ha sido ampliamente analizado con anterioridad, comprende pronunciamientos de gran calado sobre el fundamento y los límites de la jurisdicción universal. Para ello, se expondrán las diferentes etapas procesales del caso, con las consiguientes diferencias de criterio entre la Fiscalía y los órganos judiciales, finalizando con la clausura del mismo ante las autoridades británicas.

Poco tiempo después, la tramitación del *caso Guatemala* dará lugar a los primeros desencuentros entre los Tribunales españoles en torno a la justicia universal. Así, se expondrán las diferentes posturas representadas por la AN y el TS, de una parte, y el TC de otra, sobre la necesidad de la existencia o no de puntos de conexión con los hechos delictivos en orden a activar la competencia de los Tribunales españoles con base en la justicia universal.

Se comentarán los avances procesales de otros casos, también de origen latinoamericano, en concreto los relativos a Ricardo Miguel Cavallo y a Hernán Julio Brady Roche, hasta llegar a otro de los más célebres: el *caso Scilingo*. Como veremos, este caso no solo es conocido por constituir la primera sentencia condenatoria en España por la comisión de crímenes internacionales en aplicación del principio de jurisdicción universal sino también, y muy especialmente, porque las diferencias doctrinales mantenidas entre la AN y el TS fueron un reflejo fiel de los

intensos debates doctrinales entre penalistas e internacionalistas, aún vigentes a día de hoy, en relación con conceptos jurídicos tan esenciales como el principio de legalidad o el propio valor y eficacia del derecho internacional y, más en concreto, el derecho internacional consuetudinario.

Continúa este repaso de la primera etapa de la jurisdicción universal en España con los pasos procesales iniciales de los primeros casos en los que los Tribunales de nuestro país se vieron involucrados en asuntos relacionados con grandes y poderosas potencias mundiales. Nos referimos a los casos *Couso* y *Falung Gong*, cuyos presuntos responsables ostentan, como se sabe, nacionalidades estadounidense y china, que han tenido un recorrido procesal largo y complicado que culminará en el último capítulo.

El capítulo 5 concluye con un breve análisis de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, como primera limitación del principio de jurisdicción universal por vía legislativa. Este análisis se centrará en primer lugar en aspectos más generales de la ley, haciendo especial hincapié en las fuentes normativas así como en los órganos nacionales de cooperación con la CPI, para a continuación entrar más al detalle sobre el procedimiento a seguir para la cooperación en los actos de investigación así como en los actos de celebración de juicio oral y de ejecución. Por último, nos ocuparemos del aspecto más controvertido de la Ley de Cooperación con la CPI: el concepto plasmado en la misma sobre el principio de complementariedad de este instrumento internacional en relación con las jurisdicciones nacionales, específicamente en relación con la jurisdicción española. Este punto ha sido, sin lugar a dudas, el de mayor trascendencia doctrinal y el que mayor polémica suscitó en su día con ocasión de la aprobación de la Ley, pues, adelantemos, esta pareció acogerse a un concepto de complementariedad que no concuerda con el diseñado por el propio Estatuto de Roma (ER) de la CPI. Veremos las posibles implicaciones y consecuencias de esta visión "particular" que el Poder Legislativo español sostiene sobre el principio de complementariedad.

El capítulo 6, por último, está enfocado en la segunda etapa de la jurisdicción universal en España, que situamos entre el año 2005 y el momento actual. En primer lugar, se expondrán los numerosos asuntos admitidos a trámite en la AN entre 2005 y 2009 al calor de la sentencia constitucional relativa al caso *Guatemala*. Así, se destacarán los principales hitos procesales relacionados con los casos *Ruanda*, *Tíbet*, *Sáhara*, *vuelos de la CIA*, *Ellacuría* y *Mauthausen*. Además, se hará mención a dos sonadas inadmisiones que datan de la misma época, dada la gran importancia de los dos casos. Nos referimos a la inadmisión del caso *Atenco* –primera vez en la

que un Tribunal español se pronunció de forma específica sobre crímenes de género en aplicación de la justicia universal— así como a la inadmisión del caso *Gaza*.

Tras esta breve exposición de casos, llegaremos al acontecimiento que, en mi opinión, constituye el verdadero detonante del cambio de paradigma experimentado en España en relación con el principio de jurisdicción universal: la aprobación de la reforma de 2009. Tras una serie de consideraciones generales sobre la reforma, haciendo especial hincapié en la actividad jurisprudencial que la precedió así como a su inusual proceso de aprobación y al contenido de su Exposición de Motivos (EM), se analizarán los dos elementos centrales de la modificación legislativa: de un lado, la introducción de puntos de conexión en el art. 23.4 LOPJ como requisito para activar la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de crímenes internacionales, y, de otro, la consagración del principio de subsidiariedad.

En efecto, que la nueva legislación exigiese la presencia de los presuntos responsables en España así como la existencia de víctimas de nacionalidad española o que se verificase la existencia de un vínculo relevante de los hechos denunciados con España, supuso un antes y un después en el propio concepto de la jurisdicción universal de nuestro país. Se expondrán las reacciones doctrinales que surgieron a raíz de la reforma, no solo en relación con los nuevos puntos de conexión sino también, por supuesto, con la plasmación del principio de subsidiariedad de los Tribunales españoles y la consiguiente negación del principio de concurrencia de jurisdicciones, prescrito por el ER. De igual forma, se expondrán también las reacciones de diversos operadores jurídicos y de la propia sociedad civil, esta última la gran olvidada en los análisis y valoraciones sobre el tema, cuando realmente son las víctimas de las grandes violaciones de los derechos humanos las principales afectadas por las modificaciones legislativas de este tipo.

Para concluir el análisis de la reforma efectuada en 2009, se tratarán de identificar los verdaderos motivos de la aprobación de la misma y, por último, se reseñarán también las reacciones de los Tribunales nacionales al nuevo texto legislativo, muy especialmente, como no podría ser de otra manera, las de la AN. Así, se hará alusión a los tres procedimientos que fueron archivados en aplicación de los nuevos requisitos así como también a los pasos procesales que siguieron dándose en el resto de los casos, que permanecieron abiertos a pesar de la reforma, e incluso también los nuevos asuntos admitidos a trámite a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo art. 23.4 LOPJ.

A continuación, sigue un análisis del último acontecimiento legislativo en España sobre el principio de jurisdicción universal: la aprobación de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, actualmente en vigor. Para dar forma a este análisis, se procederá, con carácter previo, a examinar de forma crítica el contenido de la EM de la Ley, tratando de extraer las motivaciones perseguidas por la reforma y opinando sobre la pertinencia de las mismas.

Seguidamente, nos adentraremos en las modificaciones introducidas por la LO 1/2014 en el art. 23.4 LOPJ relativo al principio de justicia universal. Así, en primer lugar, se expondrán los nuevos requisitos de legitimación, tanto activa como pasiva, que la nueva Ley introduce en el citado precepto. Trataremos en este punto de desenmarañar el complejo régimen generado por la reforma, con diferentes condicionantes en función del tipo de delito, haciendo también alusión a la remisión general que efectúa el texto legislativo a los tratados internacionales así como a la particular interpretación del legislador español en torno al principio de juzgar o extraditar.

Nos detendremos especialmente, como no podría ser de otra manera, en la configuración del principio de subsidiariedad que contiene el art. 23 LOPJ en vigor. Como se ha ido adelantando, las directrices sobre la relaciones entre los Tribunales españoles y los Tribunales internacionales y extranjeros ha ido evolucionando a medida que pasaban los años y, más concretamente, a medida que aparecían los primeros conflictos al respecto. Con la reforma de 2014, el Poder Legislativo ha querido zanjar el asunto, dedicando el apartado quinto del precepto a consagrar la subsidiariedad de los Tribunales españoles. Se desgranará, pues, el contenido de este apartado quinto del art. 23 y se valorará el mismo, aportando también las opiniones al respecto de la doctrina así como de organismos internacionales involucrados.

Continuamos revisando el contenido de la Ley 1/2014 con la Disposición Transitoria Única de la misma, que ordenaba el archivo automático de las causas que en el momento de entrada en vigor de esta se encontraban en tramitación y sus posibles implicaciones sobre la independencia judicial amparada por la Constitución Española (CE). Por último, se analizará el apartado sexto del art. 23, que suprime la posibilidad de inicio de procedimientos relativos a crímenes internacionales de oficio o por medio de la acción popular, sopesando también las posibles implicaciones constitucionales de estas novedades legislativas.

Una vez analizada la nueva redacción del art. 23 LOPJ, solo queda conocer, con carácter previo a mis valoraciones personales sobre la reforma, las consecuencias de la entrada en vigor de este nuevo precepto. Así, en primer lugar, se expondrán las críticas provenientes tanto de la doctrina como de los principales operadores jurídicos así como de las organizaciones de la sociedad civil defensoras de derechos humanos, pudiéndose adelantar que estas han sido numerosas y ya surgieron desde la mera aprobación de la Proposición de Ley, resultando muy difícil, en verdad, encontrar la opinión de autores que hayan respaldado el contenido del nuevo texto.

Mención aparte merece, por otro lado, la reacción de los Tribunales españoles a la entrada en vigor de la reforma. Comenzaremos haciéndonos eco de la controversia surgida entre la AN y el TS sobre el asunto de los narcobarcos, para continuar aludiendo a los numerosos procesos que se encontraban en tramitación en la AN y que fueron sobreesidos al no concurrir en ellos los nuevos requisitos establecidos por la reforma legislativa así como los pronunciamientos del TS en los correspondientes recursos de casación interpuestos contra dichos archivos. También se pondrán de manifiesto los escasísimos casos que han seguido tramitándose a partir de 2014, al haber pasado el estricto filtro que imponen los nuevos requisitos del art. 23.4 LOPJ.

La idea general del apartado con el que concluimos puede resumirse con el interrogante que compone el enunciado del último de los apartados de esta obra y que, como ya he adelantado, constituye, en mi opinión la gran pregunta: ¿supone la reforma de 2014 el fin de la jurisdicción universal en España? Así, en este último epígrafe trataremos de prever cuál será la tendencia en nuestro país a este respecto en los próximos años, comenzando, como no podría ser de otra forma, por las posibilidades reales de que el texto actualmente en vigor pueda volver a ser reformado, de forma más respetuosa con el derecho internacional y con el propio concepto de jurisdicción universal. Al margen de esta posibilidad, más o menos remota, se harán propuestas al objeto de aminorar los efectos de la restrictiva normativa actual, siempre en aras de evitar la impunidad de los crímenes internacionales, destacando de entre estas el refuerzo de la propia CPI y la apuesta por las nuevas iniciativas de cooperación judicial internacional surgidas recientemente en el contexto europeo, pero también sugiriendo la introducción de puntos de mejora en la propia estructura estatal española.

De la forma expuesta, esta obra pretende cumplir con un objetivo claro, que fue el inicialmente propuesto en mi plan de investigación y que ha impregnado todo mi trabajo de los últimos años: extraer conclusiones útiles para establecer una previsión de futuro sobre el principio de

jurisdicción universal y tratar de aportar cierta seguridad y previsibilidad jurídica a la materia a fin de que la respuesta de nuestros Tribunales al respecto sea más predecible ante las demandas cada vez más crecientes a las que deben enfrentarse, especialmente tras la reforma legislativa llevada a cabo recientemente, siempre teniendo presentes a las víctimas de las grandes violaciones de los derechos humanos y a sus legítimas demandas de justicia.

Capítulo 1
Antecedentes y evolución histórica
del principio de jurisdicción universal

1. Orígenes remotos

1.1. Referencias a la historia antigua y medieval: los crímenes de guerra y el bandolerismo

La historia de las grandes violaciones de los derechos humanos, de los abusos y del horror ha transcurrido paralela al propio devenir de la historia de la humanidad y viene repitiéndose desde que el mundo es mundo. Sin embargo, la historia de la justicia internacional, y más en concreto del principio de jurisdicción universal, constituye un fenómeno relativamente reciente cuyos primeros pasos no pueden situarse, en puridad, hasta ya entrado el siglo XX.

Aun así, diversos autores han identificado ciertos hechos que, aun muy lejanos en el tiempo, constituyen antecedentes históricos del actual principio de jurisdicción universal, al representar pequeños esbozos de la extensión de la jurisdicción penal más allá de las fronteras de los lugares de comisión del delito.

Garraud situaba el antecedente más remoto del principio en las propias Sagradas escrituras. Más en concreto, en el pasaje bíblico en el que Caín es condenado a vagar eternamente

sin encontrar asilo.¹ Quintano Ripollés, por su parte, mencionaba ciertos antecedentes en relación con el derecho de guerra, destacando de entre ellos un pasaje del Libro de los Reyes en el que Sedecías, rey de Judá, es juzgado por su vencedor Nabucodonosor de Babilonia. También incluía como primeros pasos del derecho de los conflictos armados los procesos a los que fueron sometidos los generales atenienses vencidos en Sicilia, transmitidos por Diodoro Sículo, o aquel por el que fue procesado Brutulo Papio, en Roma, como culpable de la ruptura del tratado con los derrotados Samnitas. Sin embargo, matizaba el autor que ninguno de estos procesos respondió a la mínima exigencia de internacionalismo "imposible de otra parte en un tiempo en que la comunidad internacional no tenía ni barruntos de conciencia moral y jurídica".²

Donnedieu de Vabres situó, por su parte, los orígenes más remotos de la jurisdicción universal en el siglo VI. Para este autor el sistema de universalidad tiene como punto de partida un texto del Código de Justiniano (C. III, 15, *Ubi de criminibus agi oportet*, 1) que, determinando la competencia en materia penal de los gobernadores del Imperio, otorga la misma al Tribunal del lugar de comisión del delito así como al del lugar de arresto del culpable (*judex deprehensionis*). La posterior interpretación tendenciosa de los glosadores, matizaba Donnedieu de Vabres, sustituyó al *judex deprehensionis* por el *judex domicilli*, no siendo hasta el s. XVI cuando Doneau restableció el verdadero significado del texto del Código, favorable al *forum deprehensionis*. Ayrault, coetáneo de Doneau, se manifestó en el mismo sentido y con posterioridad esta teoría fue seguida y actualizada por diversos autores, entre los que destacan el holandés Paul Voët en el siglo XVIII así como el alemán Henricus de Cocceji.³

Sin embargo, no puede hablarse de verdaderos atisbos de justicia internacional hasta la llegada de la Edad media cristiana, en el marco de la filosofía jurídica agustiniana y tomista, gracias a la existencia efectiva de una autoridad supraestatal: el papado. Durante aquella época surgieron, por iniciativa de la Iglesia, varias normas reguladoras de los conflictos armados, que incluso llegaron a prohibir determinados métodos de combate. Quintano Ripollés menciona

¹ Citado en LAMARCA PÉREZ, Carmen, "El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile", en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.), *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, vol. I, p. 1101 y en OLLÉ SESÉ, Manuel, *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 95.

² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo 1, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, p. 398.

³ DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Les principes modernes du droit pénal international*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2004, p. 136.

algunos ejemplos de sanciones eclesiásticas contra soberanos y particulares culpables de haber infringido normas internacionales. Destaca en este sentido la penitencia que el Obispo San Ambrosio de Milán impuso al Emperador Teodosio el Grande por la brutal represión ejercida contra sus súbditos de Tesalónica en el año 390, identificando el autor en este caso un verdadero precedente de sanción del crimen de genocidio,⁴ así como el Canon XXIX del Sínodo de Narbona, que castigaba con excomunión a quienes violasen la norma de no combatir en las fechas consagradas —a la que se conoció como "Tregua de Dios"—, como antecedente del derecho de la guerra.⁵

A pesar de lo anterior, no será hasta el siglo XV cuando la idea de universalidad impregne el derecho de los conflictos bélicos, y ello con base en tres factores, apuntados por Ollé Sesé: la violación de un código universal, la gravedad de los crímenes así como la falta de un sistema de justicia en lugar de la comisión de los mismos, como en el caso de la piratería.⁶

Data de esta época el acontecimiento histórico que podría ser considerado como la contrapartida medieval del Tribunal de Núremberg: el juicio de Breisach. Este Tribunal, considerado el primero en afirmar el principio de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra, fue constituido en la citada ciudad austríaca en 1474. Compuesto por un panel internacional de Jueces, su misión era la de juzgar a Peter von Hagenbach por las atrocidades cometidas en Breisach mientras estuvo bajo su mando por designación del Duque Carlos de Burgundy. Los Jueces provenían de Austria y países aliados y el Tribunal condenó a muerte a von Hagenbach por asesinato, violación, perjurio y "otros crímenes contra las leyes de Dios y de los hombres".⁷ Las características de este proceso se corresponden con los tres factores expuestos por Ollé Sesé (violación de códigos universales, gravedad de los hechos cometidos e inexistencia de un sistema adecuado para su juzgamiento en el lugar de comisión), constituyendo pues el Tribunal de Breisach un claro ejemplo de precedente de la aplicación del principio de jurisdicción universal a los crímenes de guerra.

⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 387. Resalta el autor el hecho de que se trató de una sanción puramente internacional, pues el Emperador no dependía del Obispo conforme a las normas de legalidad positiva.

⁵ *Ibidem*

⁶ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., p. 100.

⁷ GREPPI, Edoardo, "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 836, 1999, p. 532. Apud. KRAYTMAN, Yana Shy, "Universal Jurisdiction-Historical Roots and Modern Implications", *Brussels Journal of International Studies*, vol. 2, 2005, p. 120 y en SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 48.

Es de destacar que, por otro lado, también durante la Edad Media, el ordenamiento que gobernaba las relaciones entre las Ciudades-Estado del norte de Italia así como en ciertos Estados germánicos, particularmente después de la Guerra de los Treinta Años. Según el derecho que regía los mismos, para determinadas categorías de delincuentes, principalmente autores de prácticas relacionadas con el bandolerismo, la simple presencia en el territorio de un criminal otorgaba competencia a la Ciudad-Estado para conocer del crimen cometido. La más que probable impunidad para los responsables de estos delitos, dada la frecuente ausencia de jurisdicción en el lugar de comisión de los hechos delictivos, que se llevaban a cabo principalmente en ámbitos rurales más allá de los límites jurisdiccionales de las Ciudades, unida a la lesión de intereses comerciales comunes, constituyeron los motivos principales para la aceptación de esta extensión de la jurisdicción penal estatal.⁸ En estos casos, pues, las razones de índole práctico primaron claramente sobre la propia naturaleza y gravedad de los crímenes cometidos a la hora de la determinación de la competencia procesal.

1.2. Las fundamentaciones filosóficas relevantes de la Edad Moderna. Persecución de la piratería y el tráfico de esclavos

La llegada de la Edad Moderna a Europa supuso la aparición de las primeras obras doctrinales destacables en relación con la materia. En particular, existe un acuerdo unánime entre la doctrina al apuntar a la obra de Hugo Grocio como referencia en cuanto a ser la más relevante formulación filosófica del principio. Existe también acuerdo al mencionar como precursores de este autor a representantes de la escuela española como Francisco Suárez o Diego Covarrubias. Este último llegó a afirmar que "cualquier Príncipe o Juez está obligado a dar a cada uno su derecho, que es este el oficio de la Justicia que manifiestamente procede de Ley natural y que tiene fuerza universal,"⁹ reservando este ejercicio de justicia universal exclusivamente para la persecución de los crímenes por él considerados más graves. Por su parte, Suárez afirmó, al

⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Chapter 2: The History of Universal Jurisdiction", en *Universal Jurisdiction: The Duty of Status to Enact and Implement Legislation*, IOR 53/004/2001, Amnesty International Publications, 2001, p. 5.

⁹ Citado en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo II, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, p. 97. También se citan autores del positivismo italiano, como Ferri y Florián, que se pronunciaron sobre la justicia universal en el mismo sentido.

referirse a la guerra contra la piratería, que esta "llama a los hombres a las armas por la violación general del derecho de la humanidad y el mal hecho a la naturaleza humana."¹⁰

Sin embargo, fue efectivamente Grocio, considerado como el primer internacionalista de la historia, el que sentó las bases del principio a nivel mundial gracias a los razonamientos recogidos en su obra *De iure Belli ac Pacis* en 1625. Es célebre el siguiente pasaje: "Los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual al de los soberanos, tienen derecho a castigar no solo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquellas que no les conciernen especialmente pero que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones (...). Los soberanos, junto a la responsabilidad de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general."¹¹

Grocio formuló la conocida "ley de la solidaridad humana". Con base en la misma, el autor defendió la existencia de una sociedad universal de personas (*societas generis humani*). El crimen, entendido como una violación del derecho natural que rige esta sociedad universal, constituiría una ofensa a la humanidad entera. En consecuencia, la obligación de castigar que engendra es, en la teoría de Grocio, universal y se traduce para el Estado en poder del cual el criminal se encuentra en la hoy célebre fórmula alternativa de juzgar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*).

La obra de Grocio parte de una posición universalista derivada de la cosmovisión idealista propia del derecho natural del cristianismo. Esta visión se encuentra impregnada, no obstante, según Bassiouni, de cierto enfoque pragmático. En efecto, Grocio orientó sus teorías a la persecución en alta mar de los enemigos de la humanidad (*hostis humani generis*). Partiendo de que el derecho de navegación en alta mar tenía una aplicación universal, concluyó que una infracción a ese derecho por piratas debería ser castigada universalmente.¹²

¹⁰ Citado en OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., p. 98.

¹¹ Citado en SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41.

¹² BASSIOUNI, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, Otoño, 2001, p. 81. Consultada en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf> (la versión traducida al castellano por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile: "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", pp. 15 y 16).

La influencia de Grocio puede observarse en la doctrina de sus sucesores holandeses, escandinavos o alemanes. De entre ellos destaca Emerich de Vattel, quien defendía una postura muy similar a la de Grocio en su obra de 1758 *The Law of Nations*,

A pesar de que la justicia de cada nación debe en general limitarse al castigo de los crímenes cometidos en su propio territorio, debemos hacer una excepción a esta regla para los villanos que, por la naturaleza y la habitual frecuencia de sus crímenes, violan la seguridad pública y se declaran a sí mismos enemigos de la raza humana. Envenenadores, asesinos e incendiarios de profesión deben ser exterminados allá donde sean apresados; porque éstos atacan y hieren a todas las naciones, pisoteando los cimientos de su seguridad común. Estos piratas son enviados a la horca por la primera en cuyas manos caigan.¹³

No obstante, hay que tener en cuenta que durante el siglo XVII nace otra corriente doctrinal de forma paralela al triunfo del absolutismo y la consecuente exacerbación de la plena soberanía que impregnó en los Estados europeos. La llegada del absolutismo provocó el estancamiento de manera prácticamente fulminante del progreso del incipiente movimiento de desarrollo del derecho penal internacional, en Europa apenas esbozado a partir de entonces, como apunta Quintano Ripollés, en las divagaciones de canonistas y iusfilósofos.¹⁴ Así, la doctrina bodiana, según la cual cada Estado es dueño de los destinos de sus súbditos impregna el pensamiento jurídico del momento y consolida en Europa un movimiento contrario a las ideas de Grocio y favorable al entendimiento del *ius puniendi* del Estado en clave estrictamente territorial.

Uno de los máximos representantes de esta tendencia fue el italiano Cesare Beccaria. Este autor expresa en su célebre obra de 1764 *Dei delitti e delle pene* (*De los delitos y las penas*) una visión universal-idealista, al modo de Grocio, aceptando la existencia de una comunidad de naciones que comparten valores comunes de obligado cumplimiento para todas. Sin embargo,

¹³ DE VATTEL, Emer, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, Liberty Fund, Indiana (Estados Unidos), 2008, pp. 227, 228

¹⁴ En palabras del autor: "Advino entonces la edad de oro del nacionalismo político a ultranza, que en lógica alianza con el positivismo jurídico trasmutó impliamente la idea de la justicia en la de poder, en lo externo como en lo interno, rotos todos los valladares que procuraban limitar de uno u otro modo ante el impulso omnipotente del voluntarismo estatal; en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional...*, op. cit., Tomo I, p. 398.

esta visión universalista no le llevó en absoluto a aceptar la extensión de la jurisdicción universalmente.¹⁵ Así lo demuestra en un conocido pasaje de *De los Delitos y las Penas*

Igualmente creen algunos que una acción cruel hecha, por ejemplo, en Constantinopla, puede ser castigada en París, fundados en la razón abstracta de que quien ofende a la humanidad merece tener toda la humanidad por enemiga y el aborrecimiento universal, como si los Jueces fuesen vengadores de la sensibilidad de los hombres, y no más bien de los pactos que los ligan entre sí. El lugar de la pena es el lugar del delito, porque allí solo se ven precisados los hombres a ofender a un particular para evitar la ofensa pública.¹⁶

El triunfo de esta manera de entender la jurisdicción penal propició que durante siglos, en concreto hasta la llegada del siglo XX, el principio de jurisdicción universal prácticamente solo encontrase aplicación, como veremos, en relación con las prácticas de piratería y, en menor medida, el tráfico de esclavos.

El delito de piratería ha sido ampliamente reconocido como el crimen internacional objeto de aplicación del principio de jurisdicción universal por excelencia. Este fenómeno delictivo se encuentra íntimamente relacionado con la jurisdicción cosmopolita, pues el carácter transfronterizo de este conlleva una excepción al principio general de territorialidad, al ser considerado el mar como patrimonio de la humanidad en su conjunto.¹⁷ El término piratería tiene su origen en la literatura griega, existiendo referencias de este fenómeno en *La Ilíada* y *La Odisea* de Homero así como en la *Historia de la Guerra del Peloponeso* de Tucídides. También se encuentran referencias en la literatura romana. En concreto, a Cicerón se le atribuye la noción de los piratas como enemigos de la humanidad u *hostis humani generis*.¹⁸

Posteriormente, fue Grocio, basándose en el propio Cicerón así como en Aristóteles, quien, como se ha mencionado con anterioridad, hizo referencia a esta teoría de *hostis humani generis* y su aplicación en tiempo de guerra, contexto en el cual la piratería era vista en su época, con un enfoque pragmático. En concreto, Grocio postuló el principio de que las naves en alta mar

¹⁵ BASSIOUNI, M. Ch., "Jurisdicción Universal para Crímenes...", art. cit., p. 15

¹⁶ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, p. 91.

¹⁷ RAMOS KOPRIVITZA, U. S., *El delito de piratería y el principio de justicia universal*. Tesis dirigida por la Profa. Dra. D. Ana Isabel Pérez Cepeda. Defendida en la Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público General en 2014, pp. 251-252.

¹⁸ BASSIOUNI, M. Ch., "Jurisdicción Universal para Crímenes...", art. cit., p. 23.

eran una extensión de la territorialidad del Estado de la bandera. Así, el Estado de la bandera podía ejercer su jurisdicción sobre naves y personas no nacionales por actos de piratería. Según Bassiouni,

El principio según el cual todos y cada uno de los estados podían ejercer su jurisdicción sobre todos y cada uno de los piratas no fue, por tanto, una aplicación de la jurisdicción universal. en lugar de ello, podría decirse que fue el reconocimiento de la aplicación universal de la jurisdicción del estado de la bandera en su derecho a defenderse contra los piratas y eventualmente perseguirlos tanto como una medida preventiva como sancionadora.¹⁹

Tal como recuerda Sánchez Legido,²⁰ no fue casual el hecho de que se admitiese de forma generalizada la jurisdicción universal para los actos de piratería. Dos factores influyeron de forma decisiva en el consenso en cuanto a la extensión de la jurisdicción penal más allá del territorio sobre el que los Estados ejercían su soberanía en relación con este tipo de delitos.

Por un lado, desde la Revolución industrial, los flujos comerciales entre las principales potencias de la época así como los movimientos coloniales dependían de forma crucial de la navegación marítima. Esto propició que el fenómeno de la piratería se convirtiese en un verdadero problema de seguridad a nivel global que, al implicar los intereses básicos de todos los países (y en concreto de las grandes potencias), significó que los piratas pasasen a ser considerados como enemigos del género humano y, en consecuencia, la piratería se convirtió en el paradigma del delito contra el 'derecho de gentes' (*delictum iuris gentium*).

Existe, además, otro factor determinante para la aceptación generalizada de la jurisdicción universal en relación con la piratería y que está muy relacionado con el lugar de desarrollo natural de este tipo de delito: la alta mar. Efectivamente, en este espacio denominado como *res communes omnium* y en el que, por ello, ningún Estado goza de jurisdicción exclusiva sobre el mismo, resultaba casi una necesidad que todos los integrantes de la comunidad internacional pudiesen apresar y juzgar a los presuntos responsables, a fin de evitar la impunidad de este tipo de actos. Así pues, para Sánchez Legido en su origen "la jurisdicción universal ha sido asociada no solo a la presencia de intereses comunes en la supresión de determinadas conductas de

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, op. cit., p. 43.

relevancia internacional, sino también a la existencia de circunstancias específicas vinculadas al lugar de comisión y de las que derivaban tradicionalmente dificultades en orden a su eficaz represión".²¹

Kraytman añade un interesante tercer factor, no tan común entre la doctrina pero al que ella incluso otorga más importancia que al resto: la distinción entre actos privados y oficiales. Así, destaca que la definición de piratería que reproduce el artículo 101 de la Convención de Montego Bay de 1982,²² que a su vez calca la codificada el artículo 15 del Convenio de Ginebra, de 29 de abril de 1958, sobre alta mar, establece que la piratería debe tratarse de un "acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada".²³ Esta distinción fue vital en el derecho de la piratería, puesto que sirvió para limitar los conflictos entre Estados así como para evitar la utilización de la jurisdicción universal sobre los crímenes de piratería como herramienta política y es, en opinión de la autora, la razón por la que la aplicación de la justicia universal a delitos de piratería es prácticamente la única aplicación no controvertida del principio.²⁴

Con toda seguridad el hecho de limitar los delitos de piratería a aquellos cometidos por particulares, obviando con ello las más que frecuentes prácticas de apoyo estatal a la piratería llevadas a cabo en el pasado con el fin de entorpecer los flujos comerciales de potencias enemigas, favoreció la aceptación del principio de justicia universal al no sentir los Estados tan amenazada su propia soberanía de esta manera. Sin embargo, no puede obviarse la contribución de las razones de índole más práctica previamente expuestas (comisión en alta mar y existencia de intereses comunes). La unión de los tres factores ha derivado, seguramente, en la asimilación de la piratería como paradigma de delito de derecho internacional y como base para la extensión de la jurisdicción penal estatal.

El segundo grupo de delitos íntimamente ligado con el nacimiento del principio de jurisdicción universal está relacionado con las prácticas de esclavitud. A este respecto, hay que destacar como un gran hito del movimiento para la abolición de la esclavitud, liderado históri-

²¹ *Ibidem*, p. 44.

²² Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982. Publicado en BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997.

²³ Convención sobre Alta Mar, hecha en Ginebra el 29 de abril de 1958. Publicada en BOE núm. 309, de 27 de diciembre de 1971.

²⁴ KRAYTMAN, Y. S., "Universal Jurisdiction—Historical...", art. cit., p. 105.

camente por el Reino Unido a partir de mitad del siglo XIX, la asociación del tráfico de esclavos con la piratería llevada a cabo en la Declaración anexa al Acta Principal del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815. Así, en la llamada Declaración de las Potencias para la Abolición del Comercio de Negros los países europeos, reunidos con el objetivo de restablecer las fronteras del continente tras la derrota de Napoleón, exteriorizaron por vez primera su rechazo unánime hacia esta práctica.²⁵

Así pues, la prohibición internacional sobre el comercio de esclavos llegó antes que la prohibición de la esclavitud en sí misma porque el primero tenía lugar en alta mar y podía, por lo tanto, ser regulado por el derecho internacional, mientras que la segunda se desarrollaba en la esfera doméstica de cada país. En todo caso, la Declaración para la abolición del comercio de esclavos no constituye más que una declaración de intenciones, dejando expresamente que fuesen los Estados los que dispusieran medidas concretas de carácter interno en aras a hacer efectiva una eventual prohibición de este tipo de negocio.²⁶

En opinión de Bassiouni, la condena universal que se plasmó en la Declaración de 1815, y que después ha sido recogida por varias convenciones sobre la esclavitud y prácticas relacionadas,²⁷ no implicó una correlativa universalidad de jurisdicción en todos los casos.²⁸ En efecto, los Estados seguían siendo reacios a extender el uso de la jurisdicción universal al

²⁵ "(...) Que los hombres justos e ilustrados de todos los siglos han pensado que el comercio conocido con el nombre de tráfico de negros de África es contrario a los principios de la humanidad y de la moral universal (...). En consecuencia, y debidamente autorizados para este acto por la adhesión unánime de sus cortes respectivas, al principio enunciado en el citado artículo separado del tratado de París, declaran a la faz de Europa, que siendo a sus ojos la extinción universal del comercio de negros una disposición digna de su particular atención, conforme al espíritu del siglo y a la magnanimidad de sus augustos soberanos, desean sinceramente concurrir a la pronta y eficaz ejecución de ella con cuantos medios estén a su alcance, y empleándolos con el celo y perseverancia que exige una causa tan grande y justa". Declaración de las potencias para la abolición del comercio de negros, firmada en Viena el 8 de febrero de 1815. Disponible en: <http://www.dipublico.com.ar/16277/declaracion-de-las-potencias-para-la-abolicion-del-comercio-de-negros-firmado-en-viena-el-8-de-febrero-de-1815/> (Consultado el 31 de marzo de 2017).

²⁶ "(...) Sin embargo, conociendo la manera de pensar de sus Augustos Soberanos, no pueden menos de prever que aunque sea muy honroso el fin que se proponen, no procederán sin los justos miramientos que requieren los intereses, las costumbres y aun las preocupaciones de sus súbditos; y por lo tanto dichos plenipotenciarios reconocen al mismo tiempo, que esta declaración general no debe influir en el término que cada potencia en particular juzgue conveniente fijar para la extinción definitiva del comercio de negros (...)" *Ibidem*.

²⁷ Cita Bassiouni el Tratado de Londres de 1841 y el de Washington de 1862, el Convenio de Bruselas de 1890 y el de S. German-en-Laye de 1919. Además, en 1926 la Sociedad de Naciones adoptó un Convenio sobre la esclavitud que prohibió esta práctica así como el tráfico de esclavos en todas sus formas. En 1956 se aprobó el Convenio Suplementario acerca de la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos e Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud. La Carta de las Naciones Unidas la prohíbe expresamente en su artículo 1, párrafo 3o. y lo mismo hacen el artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. BASSIOUNI, M. Cherif, "El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, Fasc. I, enero-abril, 1982, p. 26.

²⁸ *Ibidem*.

enjuiciamiento de barcos apresados en alta mar por ser sospechosos de dedicarse al tráfico de esclavos, sin perjuicio de ciertos tratados bilaterales, principalmente entre el Reino Unido y otras potencias europeas, que sí reconocían la extensión de la jurisdicción penal estatal para tales fines.²⁹

Destaca de entre estas iniciativas bilaterales la creación del Tribunal Mixto Anglo-Español de Sierra Leona, como un antecedente remoto de la aplicación del principio de jurisdicción universal al tráfico de esclavos. Este órgano judicial, instaurado por un Tratado firmado por España y el Reino Unido el 27 de septiembre de 1817 y con sede en Freetown, estaba compuesto por un Juez español y otro inglés a los que se sumaban un comisionado de arbitraje de cada nacionalidad. El mandato del Tribunal consistía en supervisar la legalidad de los apresamientos de barcos sospechosos de transportar a esclavos así como ordenar la libertad de los mismos en caso de ser hallados en ellos.³⁰

Kraytman matiza la citada opinión de Bassiouni, según la cual la prohibición de esclavitud no pasó de ser más que una declaración programática contenida en determinados tratados que no se tradujo en una efectiva universalidad de jurisdicción, afirmando que si bien es cierto que es difícil encontrar instrumentos internacionales que contemplen la jurisdicción universal para el comercio de esclavos, varios estados como Grecia, Nueva Zelanda, Nicaragua o Vanuatu han afirmado desde hace años este principio en relación con la esclavitud sin aparente rechazo por parte de otros países. Incluso Estados Unidos, tradicionalmente tan contrario a aceptar extensiones de jurisdicción que pudieran afectar a sus propios nacionales, ha apoyado esta costumbre. Estas interpretaciones han derivado, en opinión de esta autora, en la asunción de que la prohibición de la esclavitud ha alcanzado el estatus de *ius cogens*.³¹

Ollé Sesé opina en el mismo sentido, al entender que a finales del siglo XIX existía un consenso generalizado en cuanto a la aceptación de la prohibición del comercio de esclavos y que incluso a principios del siglo XX ya se había superado el nexo de la falta de jurisdicción en

²⁹ En este sentido se expresa Sánchez Legido: "No debe ocultarse, sin embargo, que a lo largo del siglo XIX fueron varios los convenios celebrados por Gran Bretaña con otras potencias en los que se extendía el derecho de detención en alta mar propio de la piratería a la trata de esclavos, existiendo asimismo precedentes de detenciones en alta mar y posterior enjuiciamiento de tratantes de esclavos "como si fueran piratas". SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, A., *op. cit.*, pp. 45-46.

³⁰ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia internacional para...*, *op. cit.*, p. 114.

³¹ KRAYTMAN, Y. S., "Universal Jurisdiction—Historical...", *art. cit.*, p. 100

el lugar de comisión por la toma de conciencia de la gravedad de este tipo de crímenes, estando tan extendida la práctica estatal en torno a la prohibición que la misma podría considerarse, efectivamente, como norma imperativa o de *ius cogens*.³²

Para concluir este apartado, y como balance de los orígenes más antiguos del principio de justicia universal, puede afirmarse que, si bien existen justificaciones filosóficas del mismo desde tiempos muy remotos, el verdadero germen de la jurisdicción universal está relacionado de manera especialmente íntima con la persecución de los crímenes de piratería en alta mar. El tráfico de esclavos, estrechamente ligado con las prácticas de piratería por el lugar de comisión de ambos delitos, también presenta cierta relevancia histórica en relación con la jurisdicción universal, si bien este no ha tenido una aceptación tan generalizada en el seno de la comunidad internacional.³³ En cualquier caso, como se verá en el siguiente apartado, no será hasta la llegada del siglo XX, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se produzca el verdadero auge del derecho penal internacional en general y del principio de jurisdicción universal en concreto.

2. Los grandes avances del siglo XX

2.1. Desarrollo del derecho penal internacional hasta la Segunda Guerra Mundial

Con la llegada del siglo XX cuando se produjeron los primeros acontecimientos jurídicos que verdaderamente pueden ser considerados como los primeros pasos del derecho penal internacional contemporáneo y, en concreto, de la aplicación del principio de jurisdicción universal tal como lo conocemos en la actualidad.

³² OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., p. 111.

³³ En palabras de Ollé Sesé: "(...) de la evolución de los crímenes internacionales contrarios al *ius cogens*, la jurisdicción universal ha sido pacíficamente reconocida en el ámbito del derecho internacional consuetudinario respecto del delito de piratería, al ser considerado como el crimen internacional por antonomasia al que se aplica el principio de universalidad. No sucede lo mismo respecto del delito de esclavitud y prácticas relacionadas con el mismo ya que, a pesar de que, desde el derecho internacional consuetudinario y la doctrina científica, se considera que es un crimen internacional contrario al *ius cogens*, no se ha observado ni constatado que, por parte de los Estados, la jurisdicción cosmopolita se aplique a estas prácticas". *Idem*, p. 113.

Como bien expone Bassiouni: "(...) hasta la década de 1920 la práctica totalidad de los Estados, tanto con respecto a la facultad para prescribir como a la facultad para hacer cumplir, conservó la conexión entre soberanía estatal en su contexto territorial y el ejercicio judicial de la jurisdicción penal nacional."³⁴ Sin embargo, a partir de estas primeras décadas del siglo XX se produce un importante cambio de paradigma en el derecho con consecuencias cruciales en relación con el tema que nos ocupa: la persona, individualmente considerada, pasa a convertirse en sujeto de derecho internacional, en detrimento del Estado. A partir de este momento la comunidad internacional empieza a tomar conciencia de la necesidad de poner freno a la impunidad de los responsables de las grandes violaciones de derechos humanos y sienta las bases del derecho penal internacional contemporáneo.

En concreto, fueron los horrores cometidos durante la Primera Guerra Mundial los que pusieron de relieve la necesidad de penalizar la barbarie bélica y de exigir responsabilidades individuales a nivel internacional. Con este objetivo los Estados vencedores firmaron el Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919. Una vez finalizado oficialmente el conflicto bélico por el armisticio de 11 de noviembre de 1918, las potencias aliadas, a propuesta del gobierno inglés, decidieron castigar penalmente los crímenes cometidos por Alemania, procesando al Káiser Guillermo II de Hohenzollern y a sus colaboradores. A tal fin, el artículo 227 del Tratado de Versalles contemplaba la creación de un tribunal internacional para juzgar al ex mandatario, compuesto por cinco Jueces procedentes, respectivamente, de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón que actuaría bajo los siguientes criterios inspiradores: "En su decisión el tribunal se guiará por los más altos motivos de la política internacional, con el fin de reivindicar la solemne obligaciones de las empresas internacionales y la validez de la moral internacional. Será su obligación de fijar la pena que considere debe imponerse."³⁵

Los artículos 228 y 230 del Tratado reconocían la competencia penal de los países vencedores y declaraban la obligatoriedad de la entrega de los acusados y demás acciones de cooperación jurídica. El artículo 229, por su parte, establecía que los presuntos responsables de los

³⁴ BASSIOUNI, M. Ch., "Jurisdicción Universal para Crímenes ...", art. cit., p. 10.

³⁵ Tratado de Versalles, de 28 de julio de 1919. Texto disponible en <http://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

delitos contra nacionales de las potencias vencedoras serían juzgados por los Tribunales de estas y, en caso de tratarse de víctimas de varias nacionalidades, por Tribunales mixtos.³⁶

A pesar de la importancia del Tratado de Versalles en el desarrollo del principio de jurisdicción universal, Sánchez Legido estima que las disposiciones de este instrumento relativas a los procesos nacionales pudieron estar más inspiradas en el principio de beligerancia que en el de universalidad: "Al menos, ése parece que fue el título de jurisdicción esgrimido por la 'Comisión de 1919', establecida por los aliados en dicho año para analizar la cuestión de la responsabilidad de los responsables de la guerra cuando formuló las propuestas de las que surgieron los citados preceptos."³⁷

Instrumentos de similares características al Tratado de Versalles con Alemania fueron firmados con Austria (Tratado de Saint Germain), Bulgaria (Tratado de Neuilly), Hungría (Tratado de Trianón) y Turquía (Tratado de Sevres), destacando que en el texto de este último se hizo una mención expresa a las matanzas colectivas de cristianos armenios llevadas a cabo durante la Guerra.

Sin embargo, estas disposiciones jamás llegaron a ponerse en práctica. En el caso alemán, el ex Káiser no fue sometido a un proceso judicial, dada la negativa del Gobierno holandés, país en el que se había refugiado tras la guerra, a proceder a su extradición. Alemania, por su parte, también se negó a extraditar a sus nacionales a las potencias vencedoras. En su lugar, manifestó que los criminales serían juzgados por el principal Tribunal del país, el *Reichsgericht* de Leipzig, en una serie de procesos que resultaron en condenas irrisorias por delitos de extrema gravedad y que no tuvieron ninguna trascendencia para el desarrollo del derecho penal internacional.

Quintano Ripollés reflexionaba sobre el fracaso de la experiencia,

Con tal precario resultado quedó prácticamente malograda la primera tentativa de realización de una justicia internacional específicamente penal, prevaleciendo contra ella, además de las exigencias políticas, los predicados tradicionales del positivismo y el absolutismo soberano, que fueron en defi-

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 49.

nitiva los vencedores, pues sus argumentos favoritos, la no existencia de normas previas superestatales, son las esgrimidas lo mismo en la denegatoria de extradición holandesa que en los considerandos del *Reichsgericht*.³⁸

Bassiouni también estima que en este caso la Comunidad Internacional perdió una gran oportunidad y que se sacrificó la justicia en aras de la política internacional y doméstica de las potencias aliadas.³⁹ Aun así, y a pesar de la falta de efectividad del Tratado, no puede olvidarse que este fue el primer instrumento jurídico de Derecho internacional que exigió responsabilidad penal individual y constituye, pues, un precedente determinante de los procesos que tendrían lugar tras la Segunda Guerra Mundial.

Otro de los acontecimientos que en la década de los años veinte del siglo pasado contribuyó al proceso de forjado del principio de jurisdicción universal contemporáneo fue el proceso judicial conocido como *caso Lotus*. De manera esquemática, los hechos que dieron lugar a este conflicto fueron los siguientes.⁴⁰

En la medianoche del 2 de agosto de 1926 se produjo una colisión en aguas internacionales entre el buque francés *Lotus* con dirección Estambul, y el turco *Boz Kourt*. Como resultado del choque el carguero turco se hundió y ocho de sus tripulantes, de nacionalidad turca, murieron. El *Lotus* continuó su camino hacia Estambul y, una vez allí, las autoridades turcas procedieron a detener al oficial a cargo de la embarcación, Teniente Demons, así como al Capitán Hassan Bey del *Boz Kourt*, a quienes les fueron imputados sendos delitos de homicidio por imprudencia. Una vez iniciada la vista por el Tribunal de Estambul el 28 de agosto, el Teniente Demons recusó sin éxito a los Jueces turcos por incompetencia de jurisdicción. Finalmente el oficial francés fue condenado por Sentencia de 14 de septiembre a ochenta días de prisión y a una multa de 22 libras.

³⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 403.

³⁹ Va más allá el autor al afirmar: "Los procesos débiles de justicia penal internacional posteriores a la primera Guerra Mundial no sólo fallaron en la labor de disuadir a los líderes militares que iniciaron la segunda Guerra Mundial, sino que, además, realizaron su cinismo". Para ilustrar su afirmación el autor utiliza el siguiente ejemplo: "Durante un discurso en 1939, Hitler estableció una conexión entre sus planes para 'limpiar' (su inicial eufemismo para exterminar) a los judíos, a los gitanos y a otros del Tercer Reich: '¿Después de todo, quién habla hoy acerca de la destrucción de los armenios?'. BASSIOUNI, M. Chief, "De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una corte penal internacional permanente", *Revista de Derecho Público*, núm. 10, mayo de 1999, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 56.

⁴⁰ Según la narración de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, Tomo II, 1950, p. 663.

Las autoridades francesas, que ya habían pedido la inhibición de los Tribunales turcos a favor de los franceses por vía diplomática, solicitaron que el asunto fuese dirimido por el Tribunal Permanente de La Haya, a lo que accedieron las autoridades turcas firmando un compromiso de arbitraje el 12 de octubre de 1926, dando pie a un proceso que culminaría mediante resolución de dicho órgano el 7 de septiembre de 1927.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) debía decidir sobre la eventual existencia en derecho internacional de alguna norma que prohibiese a Turquía el ejercicio de su jurisdicción para conocer de hechos que habían ocurrido fuera de su territorio, más específicamente en aguas internacionales. Ello teniendo en cuenta que el artículo 6 del Código penal turco de 1926 establecía lo siguiente: "El extranjero que comete en el extranjero en perjuicio de Turquía o de un turco, un delito para el cual la ley turca establece una pena restrictiva de libertad, cuyo mínimo no sea inferior a un año, será penado según el Código penal turco, con tal de que sea detenido en Turquía".⁴¹

El Tribunal concluyó que no existía ninguna regla de derecho internacional aplicable a los casos de colisión entre buques que ordenase que los procedimientos penales recayesen exclusivamente en la jurisdicción del Estado del pabellón del barco. En concreto, según el propio texto de la Sentencia:

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación que se refiera a hechos que hayan tenido lugar en el extranjero cuando no se pueden amparar en una regla permisiva del derecho internacional. Una postura contraria a esto solo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes y actos que estén fuera de su territorio y si solo como excepción a esta prohibición general del derecho internacional se permitiera a los Estados hacerlo en ciertos casos específicos. Pero, ciertamente, este no es el caso en derecho internacional, tal como este se presenta hoy en día.⁴²

A pesar de la solidez y contundencia del fallo, no debe olvidarse que este fue aprobado por la mínima (fue necesario el "voto de calidad" del Presidente de la Corte M. Huber) y que los

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² TPJI, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, Ser. A, No. 10, S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), Disponible en <http://www.dipublico.com.ar/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>

votos particulares disidentes de algunos de los Magistrados del Tribunal de La Haya también tuvieron una gran aceptación doctrinal en el momento. Destaca de entre estas opiniones la del Juez Altamira:

(...) Es cierto que entre los principios más ampliamente reconocidos del derecho internacional se encuentran los principios de que la jurisdicción de un Estado es de naturaleza territorial y de que con respecto a sus nacionales un Estado tiene una jurisdicción preferente, si no exclusiva.... Yo debería tener mucha dificultad en reconocer como bien fundado un intento, por ejemplo, por parte de un tribunal que actúa sobre la base de una ley nacional, de ejercer jurisdicción, sobre un extranjero que residía a bordo de un barco navegando bajo la bandera de su propio país —y que no bajó a tierra con la intención de permanecer en ella— por una pretendida infracción cometida fuera del territorio del país que reclama ejercitar jurisdicción sobre él. Dicha extensión de las excepciones aceptadas hasta este momento con respecto al principio de jurisdicción territorial y nacional me parecen sin ninguna justificación.⁴³

En cualquier caso, esta primera decisión judicial internacional sobre jurisdicción ha tenido, desde entonces, una enorme repercusión y aún hoy sigue suscitando gran interés. Así, Kraytman cita un extracto de la Sentencia ("lo más que se puede exigir a un Estado es que no sobrepase los límites que el Derecho internacional pone a su jurisdicción; dentro de estos límites, su derecho a ejercer jurisdicción descansa en su soberanía")⁴⁴ para resaltar que el problema consiste, desde 1927, en determinar cuáles son esos límites que impone el derecho internacional.⁴⁵

2.2. Los Tribunales internacionales de Núremberg y de Tokio y los procesos celebrados en jurisdicciones nacionales tras la Segunda Guerra Mundial

2.2.1. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg

El impulso universalista del Período de entreguerras se materializó en diversos instrumentos jurídicos de la época como el Proyecto de Asistencia Mutua de 1923, el Protocolo de Ginebra de resolución pacífica de conflictos internacionales de 1924, la Declaración de la VIII Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1925 o el Pacto de París (o Pacto Briand-Kellog) de 1928.

⁴³ Citado en BASSIOUNI, M. Ch., "Jurisdicción Universal para Crímenes...", art. cit., p. 10.

⁴⁴ TPJI, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, *op. cit.*

⁴⁵ KRAYTMAN, Y. S., "Universal Jurisdiction—Historical...", art. cit., p. 119.

Quintano Ripollés describe con claridad la atmósfera de la época con las siguientes palabras:

El fracaso de las responsabilidades previstas en Versalles no determinó, sin embargo, un retroceso en la ruta de la ideología internacionalista y responsabilista, que adquirió, por el contrario, en el agitado paréntesis de la Entreguerra, un insospechado esplendor, correlativo al del paulatino pero seguro renacer del iusnaturalismo. Los excesos del absolutismo soberano estatal, bien patentes en los regímenes totalitarios que por entonces cundieron en diversos países de Europa, singularmente en la Italia fascista y en la Alemania nacionalsocialista, fueron el mejor revulsivo para estimular el renacimiento, aun en los medios tradicionales más afectos al tecnicismo positivista.⁴⁶

En efecto, fueron los atroces crímenes cometidos durante los gobiernos fascistas y especialmente durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, incluyendo matanzas a gran escala y múltiples asesinatos de índole racista, los que pusieron en clara evidencia la necesidad de castigar penalmente a los responsables de los mismos y de sentar las bases de un sistema de justicia internacional que evitase la repetición de comportamientos de tal calibre o al menos evitase que éstos quedaran impunes.

Ya durante el transcurso del conflicto bélico los Gobiernos en el exilio de Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Yugoslavia, Polonia, Holanda, Checoslovaquia y Francia firmaron la Declaración de Saint James Palace el 13 de enero de 1942 por la que afirmaron que "el castigo, por vía de una justicia organizada, de los culpables de crímenes de guerra, tanto quienes les hubieran ordenado, como de los ejecutores y participantes"⁴⁷ constituía para ellos uno de los principales objetivos de la guerra. Posteriormente, el 3 de octubre de 1943, China, Estados Unidos y Gran Bretaña se unieron a las potencias anteriores para crear la Comisión de las Naciones Unidas para la investigación de crímenes de guerra. Pocos días después, se celebró en Moscú la célebre Conferencia que reunió a Roosevelt, Churchill y Stalin y que daría lugar a la Declaración del 1 de noviembre, que siguió el modelo dual previsto en el Tratado de Versalles, contemplando un papel tanto para los Tribunales nacionales de las potencias vencedoras como para un Tribunal internacional:

⁴⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, Tomo I., *op. cit.*, p. 404.

⁴⁷ *Ibidem*.

(...) cuando llegue a concederse un armisticio a cualquier gobierno que pueda haberse establecido en Alemania, los funcionarios y subalternos alemanes y afiliados al partido nazi que sean responsables de las atrocidades, asesinatos en masa y ejecuciones antes mencionados, o que hayan asentido a los mismo, serán entregados a los países en donde cometieron sus abominables actos, para ser juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de dicho países liberados y de los gobiernos libres que sean en ellos establecidos. (...) La declaración anterior no afecta de modo alguno el caso de todos los criminales alemanes cuyos delitos y culpas carecen de localización geográfica, los que serán juzgados y castigados en conjunto por los gobiernos aliados.⁴⁸

Una vez finalizada la guerra, con el impulso inicial del Gobierno de Reino Unido secundado por Estado Unidos y, después, por Francia y por la Unión Soviética, se produjo la creación de una comisión conjunta para la redacción de un Proyecto de Estatuto de Tribunal internacional *ad hoc* para el enjuiciamiento de los responsables de los grandes crímenes de la Guerra cuyo texto definitivo fue aprobado el 8 de agosto de 1945.

El Estatuto de Londres (EL)⁴⁹ estaba compuesto de dos cuerpos: el texto del Acuerdo, por un lado, conformado por un considerando y por siete artículos que sentaban las bases de la constitución del órgano jurisdiccional, y el del Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo, que constaba de 30 artículos divididos en siete Títulos.⁵⁰ Ambos constituyen lo que Ollé Sesé califica como "la partida de nacimiento del Derecho Penal Internacional".⁵¹

El Tribunal, compuesto por Jueces designados por Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética así como por delegaciones del Ministerio Fiscal procedentes de los mismos Estados, inauguró sus sesiones en la ciudad de Núremberg el 20 de noviembre de 1945, con gran expectación a nivel mundial. Finalizó el proceso el 1 de octubre de 1946 tras un ingente trabajo procesal para el que fue necesaria la celebración de 403 sesiones.

⁴⁸ Conferencia de Moscú de Octubre de 1943. Declaración Conjunta de las Cuatro Potencias. Disponible en <http://www.dipublico.com.ar/8699/conferencia-de-moscu-octubre-de-1943-declaracion-conjunta-de-las-4-potencias/>

⁴⁹ Charter of the International Military Tribunal (en su denominación original).

⁵⁰ 1) Constitución, 2) Jurisdicción y Principios Generales, 3) Comisión para el enjuiciamiento y acusación de los principales criminales de guerra, 4) Juicio equitativo para los acusados, 5) Competencia del Tribunal y conducción del juicio, 6) Fallo y Sentencia, y 7) Gastos.

⁵¹ OLLÉ SESÉ, *Justicia Internacional...*, op. cit., p. 121

Los 22 procesados fueron acusados de los delitos contemplados en el artículo 6 ER: crímenes contra la paz,⁵² crímenes de guerra⁵³ y crímenes contra la humanidad.⁵⁴

El pronunciamiento del fallo tuvo lugar, con una gran repercusión, el 1 de octubre. De los 22 acusados solo cuatro fueron absueltos, 12 fueron condenados a muerte, tres a cadena perpetua y el resto a penas de prisión de diez, quince y veinte años. De los tres delitos imputados, el relativo a crímenes contra la humanidad dio lugar a la imposición de penas más elevadas que las impuestas por la comisión de los crímenes de guerra o contra la paz, lo que Quintano Ripollés interpreta como una prevalencia de la vertiente penalista sobre la internacionalista en los Jueces.⁵⁵

Las defensas de los acusados opusieron a los cargos una serie de argumentos que han sido compartidos por ciertos sectores doctrinales y que merece la pena destacar:

1) Violación del principio de legalidad y de la prohibición de retroactividad de normas penales desfavorables.

Las dudas versaban sobre si los hechos eran punibles con base en el derecho internacional, pues si bien es cierto que los actos concretos que forman parte del tipo de crímenes contra la humanidad (asesinatos, torturas, violaciones, etc.) estaban tipificados en los códigos penales de los Estados implicados, la calificación de crimen contra la humanidad en sí misma no se

⁵² "A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados". Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 8 de agosto de 1945. Art.6 Disponible en http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

⁵³ "A saber, violaciones de las leyes o usos de la Guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes". *Ibidem*.

⁵⁴ "A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron". *Ibidem*.

⁵⁵ "La odiosidad moral tan inmediata y obvia de la criminalidad de lesa-humanidad, pudo más, sin duda, que las consideraciones de riesgo y utilidad que la incriminación de la guerra agresiva motivara, con lo que el fallo recogió asimismo un estado de opinión y sensibilidad indubitados". QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 427.

encontraba en ninguna legislación de la época y, a lo sumo, solo podía ser considerada como un principio general del derecho.

Tampoco existía acuerdo en relación a la punibilidad de los crímenes contra la paz en el derecho internacional de la época, pues este tipo penal carecía de precedente legal, exceptuando lo dispuesto por el fallido artículo 227 del Tratado de Versalles.

Por el contrario, no existían dudas en relación con los crímenes de guerra, que sí estaban tipificados en aquellas fechas, tanto en la Convención de La Haya de 1907⁵⁶ como en la Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra de 1929.⁵⁷

2) Carácter de jurisdicción unilateral y *ad hoc*.

Durante la época tuvo lugar una intensa discusión sobre la legalidad, tanto política como jurídica, de los Juicios de Núremberg y son constantes las críticas que califican estos procesos como la manifestación de una "justicia de vencedores contra vencidos".

Sánchez Legido, por ejemplo, entiende que los procesos constituyeron una puesta en práctica actualizada del viejo principio de beligerancia, interpretado de forma extensiva hacia lo que el autor denomina "principio de co-beligerancia",⁵⁸ pues también contemplaba situaciones en las que un Estado enjuiciaba crímenes de guerra cometidos fuera de su territorio y contra nacionales de otro país. Esta limitación de los juicios que se produjeron tras la Segunda Guerra Mundial a los actos cometidos por la parte derrotada en la contienda resta valor a los mismos, en opinión del autor, como precedente de la jurisdicción universal. En sus palabras: "El sentido universal de la justicia reclama sin duda el castigo de la barbarie, pero también que la misma sea impartida para todos por igual. Y es eso, precisamente, lo que faltó tras la Segunda Guerra Mundial".⁵⁹

⁵⁶ Convenio II de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 29 de julio de 1899.

⁵⁷ Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, firmado en Ginebra, el 27 de julio de 1929.

⁵⁸ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.* p. 51

⁵⁹ *Idem*, p. 53.

Quintano Ripollés, al contrario, destaca que, si bien el Proyecto de Estatuto solo fue firmado por las cuatro potencias precursoras del mismo, hasta 18 países mostraron su adhesión a este instrumento poco después.⁶⁰ Además, ya el 6 de marzo de 1941 se había celebrado la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz en Chapultepec (México), en la que los países de la región se manifestaron a favor de que los responsables de crímenes de guerra fuesen juzgados y en contra de la concesión de refugio a los mismos.⁶¹

En efecto, no puede negarse la práctica unanimidad a nivel mundial en torno a la condena a los execrables crímenes de la Segunda Guerra Mundial así como el acuerdo general sobre la necesidad de que los responsables de éstos no quedaran impunes. El propio Sánchez Legido reconoce que un gran número de los procesos fueron protagonizados por países "que no tenían más vínculo con los crímenes encausados que su pertenencia a las Naciones Unidas",⁶² lo que demuestra el interés de toda la comunidad internacional en la creación del Tribunal y en el desarrollo de sus procesos.

3) Críticas de tipo técnico.

Las críticas en cuanto a la calidad jurídica del proceso y de la propia sentencia fueron numerosas y contundentes, y se enfocaron principalmente en las deficiencias de la misma en cuanto a la precisión y motivación de las penas, especialmente las relativas a los crímenes contra la paz.⁶³

Por otro lado, los juicios de Núremberg fueron muy cuestionados a nivel procesal, dada la inexistencia de una instrucción previa separada del acto de la vista oral, pues en este caso ambas se llevaron a cabo por el mismo órgano jurisdiccional. Quintano Ripollés también resaltó, ya más a nivel sustantivo, ciertas imperfecciones de sistematización en la sentencia, que sin

⁶⁰ Bélgica, Dinamarca, Checoslovaquia, Etiopía, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Grecia, Yugoslavia, Nueva Zelanda, India, Panamá, Honduras, Haití, Paraguay, Uruguay y Venezuela. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 406.

⁶¹ En palabras de Quintano Ripollés: "Es gratuito, en consecuencia, el afirmar la unilateralidad de la justicia criminal proyectada, que si bien se hizo, como no podía ser por menor, por los vencedores, llevó el asentimiento de la mayor parte de la Comunidad internacional, pocas veces expresamente manifestada". *Ibidem*.

⁶² SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 53.

⁶³ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 124.

embargo atribuye más a la distribución de los tipos penales en el ER que a la pericia de los Jueces.⁶⁴

Por su parte, Bassiouni acusa a la antigua Unión Soviética de haber aprovechado los procesos para consolidar su propia versión de la historia, a su juicio, falsa: "La URSS utilizó el tribunal para rescribir la historia: enjuiciaron alemanes acusándolos de crímenes de los cuales la Unión Soviética era responsable, como la desaparición de aproximadamente 15,000 prisioneros polacos, incluyendo entre 8,300 y 8,400 oficiales de esta nacionalidad".⁶⁵

En todo caso, y a pesar de las justificadas objeciones que puedan citarse en relación con los procesos de Núremberg, no puede negarse la importancia histórica de la sentencia, representada en los principios que consagra. De entre estos principios, el propio Quintano Ripollés señaló especialmente la consagración del carácter criminal de la guerra de agresión, "recogiendo con ello una de las más nobles constantes de la ideología iusnaturalista occidental, nunca hasta entonces llevada jurisdiccionalmente a la práctica".⁶⁶

Es de destacar cómo el ER, contrariamente a lo dispuesto en la mayor parte de las leyes militares de la época, eliminó en su artículo 8 el concepto de "obediencia debida" u "obediencia a las órdenes de un superior" como eximente, convirtiéndolo exclusivamente en una circunstancia atenuante de los comportamientos criminales.⁶⁷ Según el texto de la propia Sentencia: "(...) la idea fundamental del Estatuto ha sido la de sentar que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos han de primar en todo evento sobre sus deberes de obediencia hacia el Estado de quien dependan, por lo que quien viola las leyes de guerra no puede justificarse alegando el mandato recibido del Estado, que al hacerlo sobrepasó y violó a su vez los poderes y normas que el derecho internacional reconoce."⁶⁸

⁶⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 428

⁶⁵ BASSIOUNI, M. Cherif, "De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una corte penal internacional permanente", *Revista de Derecho Público*, núm. 10, mayo 1999, Universidad de los Andes, p. 60.

⁶⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 429.

⁶⁷ "El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige". Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, op. cit., art. 8.

⁶⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 429.

A pesar de que lo dispuesto en el Estatuto sobre la obediencia debida no fue seguido en su literalidad en los juicios de Núremberg en aquellos casos en los que el subordinado no tenía una alternativa moral para rehusarse a ejecutar la orden,⁶⁹ no puede negarse el importante avance que supuso el artículo 8 ER como herramienta para combatir la impunidad de las grandes violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes estatales.

Pero quizás la principal aportación de Núremberg tiene que ver con la gran innovación que supuso el hecho de que a partir de este proceso la persona pasó a ser considerada como sujeto activo y pasivo de crímenes internacionales, superando la tradicional exclusividad de los Estados como sujetos de derecho internacional. Según lo establecido por el propio Tribunal Militar Internacional: "(...) suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al Derecho Internacional. Crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer".⁷⁰ Algunos autores, como Kraytman, consideran incluso que este es el rasgo que mejor define como precedente a los juicios de Núremberg, estimando que "su efecto en el uso de la universalidad fue más subsidiario".⁷¹

En efecto, los juicios de Núremberg, con todas las salvedades y críticas que razonablemente se han vertido sobre los mismos, constituyeron una innegable revolución en relación con el ordenamiento preexistente. Los principios consagrados en los procesos, ratificados por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 95(1), de 11 de diciembre de 1946 y confirmados por la Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, son a día de hoy un componente esencial del derecho penal internacional consuetudinario.

⁶⁹ BASSIOUNI, M. Ch., "De Versalles a Ruanda...", art. cit., p. 64.

⁷⁰ AMBOS, Kai, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 123.

⁷¹ KRAYTMAN, Y. S., *op. cit.*, p. 108. También opina Ollé Sesé en este sentido: "La persecución contra los autores de los crímenes (sujeto activo) y la tutela de las víctimas (sujeto activo y/o perjudicados) se había conquistado y comenzaba una realidad, al menos, momentánea". OLLÉ SESÉ, M., *op. cit.*, p. 125.

2.2.2. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente

Una vez iniciada la senda de la responsabilidad penal internacional por el ER, el General Douglas MacArthur impulsó la creación de un Tribunal de similares características al de Núremberg para juzgar los crímenes de guerra cometidos por el ejército japonés. Dicho Tribunal fue instaurado el 19 de enero de 1946 con el nombre de Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, con sede en Tokio.

Si bien el Tribunal de Tokio siguió, sustantiva y procesalmente, el modelo de Núremberg, existen ciertas diferencias entre las dos jurisdicciones, fruto de la experiencia del proceso occidental. En concreto, la Carta del Tribunal nipón⁷² gana en claridad y en precisión con respecto a la de Núremberg.⁷³ Además, es de destacar que el Tribunal para el Extremo Oriente se compuso, de forma más variada, por once Magistrados con el ánimo de contrarrestar las críticas de unilateralidad y parcialidad que habían arreciado en la experiencia anterior.⁷⁴

Los crímenes previstos seguían siendo los de crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra. Sin embargo, Bassiouni destaca ciertas diferencias entre los dos Estatutos en cuanto a la tipificación de estos delitos:

Una de estas es el artículo 5o. (c) de la Carta del IMTFE (reformada) (Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente) en donde se estableció que las persecuciones por cuestiones políticas y raciales constituían 'crímenes contra la humanidad'; mientras que el artículo 6o. (c) de la Carta de Londres incluía también las persecuciones por cuestiones religiosas. Incluir esto era necesario en la Carta de Londres por el holocausto. Además, respecto a los 'crímenes contra la humanidad' la Carta de Londres afirmaba que 'los actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil del artículo 5o. (c), expandiendo así la clase de personas más allá de las civiles'. La definición se amplió de un modo sospechoso 'para que fuera posible castigar los asesinatos a gran escala de personal militar en una guerra ilícita'.⁷⁵

⁷² Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 19 de enero de 1946.

⁷³ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 434.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ BASSIOUNI, M. Ch., "De Versailles a...", *art. cit.*, p. 75.

Las sesiones del Tribunal comenzaron en mayo de 1946 y concluyeron medio año después con la condena a muerte de siete procesados y la condena a cadena perpetua o a penas de prisión superiores de 20 años a otros dieciocho.

Al igual que ocurrió con los juicios de Núremberg, fueron numerosas las objeciones a los procesos de Tokio por estar estos cargados, según ciertas opiniones, de errores en el procedimiento así como de abusos de la discrecionalidad judicial que pudieron haber provocado indefensión en los encausados. Además, se ha tachado de inconsistencia a la ejecución de las Sentencias, según Bassiouni "controlada por caprichos políticos del general MacArthur, quien tenía el poder de otorgar indultos, reducir las sentencias y otorgar la libertad condicional a criminales de guerra convictos".⁷⁶ Este hecho provocó que ninguna de las 25 personas condenadas en los procesos a penas de prisión los haya cumplido en su totalidad, quedando todas en libertad a finales de la década de los cincuenta del siglo XX.

Las críticas en cuanto a la violación del principio de legalidad penal y del de irretroactividad de la ley penal continuaban basándose en los mismos argumentos que en los procesos occidentales, así como las defensas podían fundarse en principios similares.⁷⁷ Sin embargo, en los procesos nipones estas críticas sí hicieron cierta mella, pues la Sentencia condenatoria no contó con la opinión unánime de todos sus miembros. En concreto, el voto discrepante del Juez de nacionalidad india, Rahabinode Pal, argumentó su falta de apoyo al fallo en la ausencia de competencia del Tribunal así como en la falta de legalidad previa.⁷⁸

En cualquier caso, quizás la principal diferencia entre los dos procesos, japonés y alemán, radica en las circunstancias que rodearon la rendición de cada potencia perdedora de la Segunda Guerra Mundial. Si bien el poder de Alemania tras la contienda fue asumido en su totalidad por los países vencedores, Japón conservó su independencia y se rindió el 15 de agosto de 1945 conservando su calidad de Estado soberano. Este hecho permitió que el texto de la

⁷⁶ *Ibidem*, p. 71

⁷⁷ Quintano Ripollés, "Quedaba planteada, pues, en iguales términos en Oriente como en Occidente, la cuestión básica de la tipicidad de los principales actos perpetrados, esto es, con presencia de un legalismo de incriminación y ausencia del de penalidad, a suplir por las ya sabidas consideraciones de equidad, normatividad moral y principios generales del Derecho". QUINTANO RIPOLLÉS A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 435.

⁷⁸ *Ibidem*.

capitulación del Missouri contuviese una cláusula que otorgaba inmunidad al Emperador y a su gobierno, los cuales nunca fueron incriminados.

Poco tiempo después, coincidiendo con la promulgación de la nueva Constitución nipona de 3 de noviembre de 1945, el emperador Hirohito aprobó un edicto por el que todos los miembros de las Fuerzas Armadas de su país eran perdonados por los crímenes cometidos durante la guerra. Este panorama era muy diferente del imperante en Alemania, donde los criminales de guerra nazis se habían convertido en marginados de la sociedad, mientras en Japón tenían la consideración de víctimas, la sociedad nipona estaba impregnada de la idea de que los procesos judiciales eran una venganza de las potencias vencedoras en la contienda.⁷⁹

En efecto, si bien puede decirse que los procesos de Tokio mejoraron la técnica jurídica de los seguidos en Núremberg, superando ciertas críticas vertidas hacia los juicios occidentales, la eficacia del Tribunal Militar para el Lejano Oriente no resultó satisfactoria y la ejecución de sus Sentencias fue prácticamente nula.

2.2.2.1 Los juicios celebrados en Alemania en aplicación de la Ley número 10 del Consejo del Control Aliado

Siguiendo lo estipulado por la Declaración de Moscú y por el propio EL, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue previsto para el enjuiciamiento de los grandes criminales de guerra sin localización geográfica determinada. Así pues, era necesaria la creación de un sistema mediante el cual las potencias vencedoras procesaran a través de sus propios órganos judiciales a los presuntos responsables, no considerados como grandes criminales, de ilícitos cometidos contra sus ciudadanos o en su territorio.

Con este objetivo, miles de procesos se celebraron hasta bien entrada la década de los cincuenta, tanto en el territorio de las naciones vencedoras como en el de las vencidas. En ellos el derecho internacional fue aplicado directamente a través de los principios consagrados en los juicios de Núremberg y Tokio, lo que ha propiciado la calificación de los mismos como auténticas

⁷⁹ BASSIOUNI, M. Ch., "De Versailles...", art. cit., p. 72.

'versiones nacionalizadas' de estos.⁸⁰ Es de destacar, en relación con estos procedimientos, que en caso de colisión entre el derecho nacional, incluso constitucional, y el derecho internacional, primó este último. Quintano Ripollés justificaba este punto

La cuestión de conflicto entre el orden interno y el internacional, planteada tan frecuentemente en los casos de enjuiciamiento local de responsabilidades internacionales, cuya doble vía las provocaba, no puede ser resuelta más que en virtud del principio de la neta superioridad jerárquica de la normatividad internacional, *communis opinio* en la doctrina progresiva moderna, en la lógica jurídica y hasta en el derecho positivo estatuido en la Carta de la O.N.U., así como en los Estatutos de los Tribunales internacionales de criminalidad de guerra.⁸¹

Mientras resulta imposible encontrar una legislación común aplicable a los procesos celebrados en cada uno de los diferentes Estados, en las cuatro zonas de ocupación del territorio alemán sí existió una sola norma: la Ley 10 del Consejo de Control Aliado (*Kontrollratsgesetz*), de 20 de diciembre de 1945.

Este texto, claramente inspirado en el EL, tipifica los mismos delitos que este. Sin embargo, añade un nuevo cargo: el de la pertenencia a ciertas categorías de organizaciones criminales cuyo carácter delictivo hubiera sido previamente decretado por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Tales organizaciones fueron, según la Sentencia del citado Tribunal, la Directiva del Partido Nacionalsocialista, la Gestapo y los cuerpos de SS, limitándose pues, los órganos judiciales nacionales a acreditar los hechos y a constatar la voluntariedad de los encausados en pertenecer a las mismas.

Por lo demás, es de destacar que la Ley 10 del Consejo de Control Aliado suprimió la circunstancia de la obediencia debida como causa atenuante, yendo más allá de lo estipulado en Núremberg.

⁸⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 439.

⁸¹ *Ibidem*. Otros autores, como Ollé Sesé, se expresan en el mismo sentido, entendiendo que los Tribunales nacionales, al aplicar el derecho internacional consuetudinario, resolvían los eventuales conflictos que podrían surgir en relación con una posible vulneración del principio de legalidad o de prohibición de retroactividad del derecho penal interno. Ollé Sesé, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.* p. 129

No puede negarse la importancia radical de los procesos seguidos en Alemania en cumplimiento de la Ley 10, así como los que también fueron llevados a cabo por las autoridades estadounidenses, inglesas, francesas o rusas para juzgar a los criminales de la Segunda Guerra Mundial.⁸² El derecho emanado de los mismos forma parte indiscutiblemente del acervo del Derecho penal internacional. Estos procesos pueden ser considerados, sin duda, un verdadero precedente del principio de jurisdicción universal moderno, pues la razón de ser de los mismos viene determinada por la especial gravedad de los crímenes que enjuiciaron, en cuya contención todos los Estados estarían obligados a contribuir.⁸³

2.3. El período de la Guerra Fría, el juicio de Eichmann y los primeros intentos codificadores

Bassiouni califica muy acertadamente el período histórico comprendido entre 1955 y 1992 como "los años del silencio".⁸⁴ En efecto, el clima de aislamiento internacional y de desconfianza entre los Estados, característico de la Guerra Fría, también tuvo su reflejo en el ámbito del derecho penal internacional. Una vez concluidos todos los procesos fruto de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania en 1955 y habiendo sido liberado el último de los criminales condenado por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en 1958, las iniciativas en pro de la jurisdicción universal fueron prácticamente inexistentes. Aunque sí tuvo lugar durante aquella época un proceso que por sus características es considerado determinante para explicar el desarrollo histórico del principio de jurisdicción universal: el proceso de Eichmann.

Adolf Eichmann fue un importante miembro del partido nazi considerado responsable directo de la implementación de la llamada "Solución Final" hitleriana. Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, Eichmann se trasladó a Argentina, país en el que residía con una identidad falsa. Allí fue detenido de forma ilegal el 11 mayo de 1960 por el servicio secreto israelí, que lo trasladó a Israel, violando la soberanía del Estado argentino de esta forma por miedo a que el criminal escapase antes de que un proyectado Tratado de extradición entre los dos países entrara en vigor.⁸⁵

⁸² Referencias a los distintos procesos en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., pp. 442-454.

⁸³ En el mismo sentido OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., p. 131.

⁸⁴ BASSIOUNI, M. Ch., "De Versalles a Ruanda...", art. cit., p. 76.

⁸⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Eichmann Supreme Court Judgement. 50 Years on, its Significance Today*, IOR/53/013/2012, junio 2012, p. 4. Disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCG/ior530132012en?CMD=VEROBJ&MLKOB=31720875858> (consultado el 12-7-2014).

El juicio celebrado en el Tribunal Distrital de Jerusalén se inició el 11 de abril de 1961 y culminó con la condena a pena de muerte del político nazi por la comisión de crímenes contra la humanidad. Eichmann fue acusado de 15 cargos, incluidos los de crímenes contra el pueblo judío, crímenes de lesa humanidad y pertenencia a una organización 'hostil'. Como apunta Ambos, "la mayor parte de los hechos alegados no fueron controvertidos, mientras que la jurisdicción del Tribunal y la responsabilidad penal individual de Eichmann fueron objetadas a partir de varios fundamentos. En cambio, los requisitos concretos de su responsabilidad recibieron menos atención".⁸⁶ Precisamente con este último aspecto de la Sentencia, la determinación de la responsabilidad de Eichmann en los hechos delictivos, AMBOS se muestra crítico. El Tribunal de Distrito condenó al dirigente nazi basándose en la teoría unitaria de autoría, "que considera a cualquier contribución causal en resultado delictual como una "autoría" o "comisión".⁸⁷ Ambos achaca este tipo de atribución de responsabilidad individual, que no distingue entre autoría y participación secundaria, al particular contexto macro-criminal. En sus palabras: "Sea como fuere, a pesar de que Eichmann fue en última instancia condenado como "interviniente principal" (principal offender), a partir de sus distintos actos de apoyo a y en cooperación con la Solución Final, el Tribunal se pronunció a favor de un tipo de responsabilidad colectiva u organizacional".⁸⁸

Al margen de estas y de otras objeciones y críticas que se le puedan achacar a este proceso,⁸⁹ del asunto Eichmann destaca la afirmación según la cual en aquellos casos en que los Tribunales nacionales juzgan a personas sospechosas por la comisión de crímenes de derecho internacional no están actuando como meros aplicadores de su propio ordenamiento jurídico, sino como aplicadores del propio derecho internacional en tanto que agentes de la comunidad internacional en su conjunto. Según la propia Corte Suprema de Israel:

No solamente los crímenes atribuidos al recurrente poseen carácter internacional, sino que sus dañosos y homicidas efectos fueron tan generalizados que hicieron temblar a la comunidad internacional hasta

⁸⁶ AMBOS, Kai, "El caso Eichmann", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015, pp. 85-86.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 89.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 92. Añade el autor: "De hecho, el razonamiento del Tribunal nos hace recordar el concepto de empresa criminal conjunta (ECC), basado en la teoría inglesa del diseño común, que experimentó un cierto renacimiento en la jurisprudencia de los Tribunales ad hoc de Naciones Unidas, en especial en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia". *Ibidem*.

⁸⁹ Principalmente en relación con la aplicación de la justicia por los vencedores a los vencidos y también, al margen del tema que nos ocupa, con la aplicación de la pena de muerte y con el nacimiento de un peligroso precedente en cuanto a la abducción de personas sospechosas más allá de las fronteras nacionales sin ningún tipo de garantías.

en sus propios cimientos. El Estado de Israel estaba por lo tanto legitimado, conforme al principio de jurisdicción universal y a su condición de guardián del Derecho internacional y de agente de su aplicación, para juzgar al recurrente.⁹⁰

Es importante este matiz introducido por la Corte Suprema, pues la Sentencia previa del Tribunal de Distrito israelí ya había condenado a Eichmann basándose en una ley israelí sobre genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos contra "el pueblo judío, dondequiera que este pueda estar".⁹¹ Como apunta Bassiouni, "el alcance jurisdiccional de Israel es, en conformidad con esta ley, universal, pero se encuentra fundado en una conexión de nacionalidad con la víctima que coloca dicha base jurisdiccional bajo la teoría de la personalidad pasiva".⁹² Sin embargo, la Corte Suprema israelí, al confirmar la Sentencia del Tribunal de Distrito, hace hincapié en el argumento de la jurisdicción universal "en la medida en que esta se aplica no solo a los judíos, en cuyo nombre Israel reclamó ejercitar la jurisdicción protectora, sino también a los polacos, eslovenos, checos y gitanos".⁹³

Otros aspectos de la Sentencia también constituyen notables aportaciones jurisprudenciales en la materia, destacando que la Corte Suprema israelí rechazó las alegaciones relativas a que el Estado que ejerce la jurisdicción universal deba en primer lugar ofrecer la extradición de la persona sospechosa a su país de procedencia, requerimiento que podría derivar en interminables retrasos.⁹⁴ También rechazó la Corte que el Tribunal del lugar de comisión de los hechos debiera tener prioridad en relación sobre otros Estados para el enjuiciamiento de los mismos.⁹⁵ Por último, la Sentencia relativa al caso Eichmann no acepta la doctrina de los actos de Estado así como a la eximente de la obediencia debida, tal como ya había ocurrido en Núremberg.⁹⁶

Al margen de esta experiencia procesal, del período de la Guerra Fría puede extraerse otra positiva aportación: el primer intento de codificación de crímenes internacionales. Recordemos

⁹⁰ Citado en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Eichmann Supreme...*, *op. cit.*, p. 6.

⁹¹ Citado en BASSIOUNI, M. Ch., *Jurisdicción Universal...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ídem*, p. 48.

⁹⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Eichmann Supreme...*, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

⁹⁵ *Ibidem*. Admitió la Corte, en todo caso, que normalmente el Estado de comisión de los hechos constituía el foro más conveniente en términos de capacidad probatoria.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 9.

que ya el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), había declarado los principios del EL así como la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg como principios de derecho internacional.⁹⁷ Avanzando en esta dirección, un año más tarde, la misma AGNU encargó a la recién nacida Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁹⁸ la creación del borrador de un Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esta tarea fue llevada a cabo por la Comisión durante dos fases, extendiéndose la primera desde 1947 hasta la presentación del primer borrador en 1954, y la segunda entre 1982 y 1996. Liñán Lafuente explica los motivos de un período tan dilatado en el tiempo: "Pero durante este medio siglo la CDI no estuvo trabajando de forma continua en el Código porque, a pesar de no constituir una tarea fácil, no era un trabajo tan titánico que fuesen necesarios 50 años para llevarlo a cabo. La causa de esta larga espera fue la polarización del mundo occidental en dos grupos de influencia durante más de 40 años".⁹⁹ En particular, deben tenerse en cuenta las especiales dificultades que surgieron a la hora de establecer una definición del crimen de agresión, definición esta que no sería adoptada por la AGNU hasta 1974.¹⁰⁰

Finalmente, en 1996 la CDI aprobó el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, compuesto de 12 artículos. El instrumento solo incluía como tipos penales la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de Naciones Unidas y los crímenes de guerra. Este mínimo catálogo no significaba, como afirma Liñán Lafuente, que el resto de tipos penales perdiesen la condición de crímenes internacionales, "pero era necesario sistematizar y reducir los tipos penales para que el código de aplicación internacional alcanzara el consenso necesario para que fuera efectivo".¹⁰¹

Sin embargo, y a pesar del tan ansiado consenso político, en la actualidad el Código de Crímenes contra la Humanidad sigue sin haber sido aprobado, lo que no deja de ser un fracaso de la sociedad internacional. No obstante, no es desdeñable la influencia que este instrumento ha tenido, como veremos, en la elaboración del ER de la CPI, especialmente a la hora de perfilar el contenido de los delitos previstos por este.

⁹⁷ AGNU. Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946.

⁹⁸ AGNU. Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947.

⁹⁹ LIÑÁN LAFUENTE, A., "Origen y evolución del Derecho Penal Internacional", en *Derecho Penal Internacional*, art. cit., p. 67.

¹⁰⁰ AGNU. Resolución 3314(XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

¹⁰¹ LIÑÁN LAFUENTE, A., "Origen y evolución del Derecho Penal Internacional", art. cit., p. 69.

2.4. Los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda

2.4.1 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Una vez concluida la Guerra Fría, el hecho histórico que desencadenó la necesidad de proceder de nuevo a la creación de un Tribunal internacional fue el estallido de una guerra en los territorios que componían la antigua Yugoslavia en 1991. El 6 de octubre de 1992 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) adoptó la Resolución 780, por la que se creaba una comisión de expertos con el fin de investigar los incumplimientos de derecho internacional humanitario que se estaban produciendo durante el conflicto.¹⁰²

Entregado el informe de la Comisión de expertos, el CSNU emitió una Resolución el 22 de febrero de 1993, por la que ordenaba la creación de un nuevo Tribunal internacional con sede en La Haya "para conducir procesos contra personas responsables por serias violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991".^{103, 104}

El Estatuto del nuevo Tribunal, denominado Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), fue aprobado por el CSNU el 25 de mayo de 1993. El texto legal tipificaba cuatro tipos de crímenes: violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949,¹⁰⁵ violación de las leyes o usos de la guerra,¹⁰⁶ genocidio¹⁰⁷ y crímenes contra la humanidad.¹⁰⁸ La jurisdic-

¹⁰² CSNU, Resolución 780 (1992), de 6 de octubre. S/RES/780 (1992).

¹⁰³ CSNU, Resolución 808 (1993), de 22 de febrero. S/RES/808 (1993).

¹⁰⁴ Información más detallada sobre la cronología del establecimiento del Tribunal internacional en PIGNATELLI y MECA, Fernando, "Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 64, julio-diciembre, 1994, pp. 41-48.

¹⁰⁵ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, aprobado por el Consejo de Seguridad, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo. S/RES/827 (1993). Art. 2.

¹⁰⁶ *Ibidem*, art. 3.

¹⁰⁷ *Ibidem*, art. 4.

¹⁰⁸ *Ibidem*, art.5.

ción espacial del Tribunal, con sede en La Haya, se circunscribe exclusivamente a los territorios de la ex Yugoslavia y comprende el período temporal a partir de 1991.

A diferencia de los Tribunales internacionales de Núremberg y Tokio, la jurisdicción del TPIY no se configuró de forma selectiva, aplicándose a violadores del derecho internacional humanitario independientemente del bando en conflicto que representasen. Su Estatuto no exime de responsabilidad a los Jefes de Estado ni contempla la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal.

La jurisdicción del TPIY es concurrente con respecto a las jurisdicciones nacionales, según el artículo 9 del propio Estatuto. Aun así, el órgano internacional tiene primacía sobre los Tribunales nacionales, pudiendo pedir oficialmente a estos en cualquier momento del procedimiento que declinen su competencia en su favor.¹⁰⁹

Cid Muñoz destaca las disposiciones relativas a la prueba así como a la protección de las víctimas como aciertos de este órgano judicial internacional. En concreto resalta las herramientas diseñadas para garantizar la seguridad e intimidad de las víctimas (posibilidad de celebración de audiencias a puerta cerrada, prestación de testimonios por audio, etc.), la previsión de intérpretes para las partes con el fin de que puedan expresarse en su propia lengua así como la posibilidad de asesoría y apoyo experto para las víctimas de agresiones sexuales, a las que tampoco se les exige la corroboración de su testimonio. Como apunta la autora, esta última medida "constituye un enorme avance en materia de juzgamiento de delitos de índole sexual, sobre todo considerando que la práctica ha demostrado una criminalización de la víctima en tales casos".¹¹⁰

A pesar de estos avances, la creación del Tribunal fue objeto de críticas por parte de algunos Estados que veían en su nacimiento una amenaza a las negociaciones políticas encamina-

¹⁰⁹ Art. 9: "1. El Tribunal Internacional y las jurisdicciones nacionales son simultáneamente competentes para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir del 1o. de enero de 1991. 2. El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento, puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento".

¹¹⁰ CID MUÑOZ, María Isabel, *La Corte Penal Internacional*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 24.

das a dar una solución pacífica al conflicto armado o que consideraban que este debía haber sido fruto de un tratado multilateral o de una decisión de la AGNU en lugar del CSNU.¹¹¹

Nos detendremos sobre este último aspecto, pues el modo de creación del TPIY constituye, efectivamente, una de sus principales peculiaridades. El TPIY surgió, como se ha visto, de una Resolución del CSNU sobre la base del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas —"Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión"—, y no de un tratado internacional fruto de negociaciones multilaterales y sometido con posterioridad a la firma y ratificación de un número suficiente de Estados. Autores como Pignatelli y Meca justifican este procedimiento de instauración, dada la urgencia de las medidas a tomar y teniendo en cuenta lo dilatado de los plazos de elaboración y aprobación de instrumentos internacionales tradicionales.¹¹² Al margen de este motivo de índole práctico, este autor también defiende la forma de creación del TPIY al considerar que se trata de una medida coactiva que podría incardinarse en el art. 41 de la CNU, "en cuanto que se trata de una medida para hacer efectiva una decisión del Consejo (medida ad hoc dirigida a alcanzar el objetivo de poner fin a los crímenes y tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los presuntos responsables, y que, en consecuencia, contribuirá a la restauración y al mantenimiento de la paz) que, aun siendo coactiva, no implica el uso de la fuerza armada, y que va, en definitiva, encaminada a lograr el restablecimiento de la paz".¹¹³

En cualquier caso, los principales obstáculos a los que el TPIY se ha enfrentado han tenido que ver con la falta de cooperación por parte de los gobiernos de los territorios que conformaban la antigua Yugoslavia, que se negaron, al menos en los inicios, a reconocer la competencia del órgano judicial y no entregaron a las personas denunciadas al mismo, ello a pesar de

¹¹¹ BASSIOUNI, M. Ch., "De Versalles a Ruanda...", art. cit., p. 82.

¹¹² "El método cuenta con la ventaja de ser rápido y tener efectos inmediatos, pues todos los Estados, miembros o no de las Naciones Unidas, están obligados a tomar cualquier medida necesaria para aplicar una decisión adoptada con arreglo al Capítulo VII para hacer efectivas las decisiones del Consejo, conforme al efecto jurídico que se confiere a las decisiones del Consejo de Seguridad en virtud del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas"; en IGNATELLI y MECA, F., "Consideraciones acerca del...", art. cit., p. 53.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 60-61.

la obligación de cooperación con la Corte establecida en el art. 29 del Estatuto¹¹⁴ así como en la regla 58 de procedimiento del Tribunal.^{115, 116}

No pueden negarse, en todo caso, las más que destacables aportaciones de la jurisprudencia de este Tribunal al desarrollo del Derecho penal internacional. Castillo Daudí clasifica estas en tres materias: definición de conflicto armado, elemento específico de los crímenes contra la humanidad y caracterización de la tortura.¹¹⁷

En efecto, el TPIY ha contribuido al desarrollo del Derecho internacional humanitario de manera decisiva al definir por primera vez los conflictos armados internos, ante la ausencia de una definición de estos en los Convenios de Ginebra. Así, su célebre Decisión de 1 de octubre de 1995, relativa al caso *Tadić* señala que

Sobre la base de lo que antecede, encontramos que existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de dichos conflictos y se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta que una conclusión general de paz es alcanzada o, en el supuesto de conflictos internos, se concluye un arreglo de paz. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario continúa aplicándose en todo el territorio de los Estados enfrentados o, en el caso de los conflictos internos, en todo el territorio bajo el control de una parte, independientemente de que estén teniendo lugar combates en ese momento.¹¹⁸

Fernández Liesa también resalta la importancia de la decisión relativa al caso *Tadić* por el exhaustivo análisis que realiza de las normas de derecho internacional humanitario de tipo

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

¹¹⁵ "La obligación establecida en el artículo 29 del estatuto debe prevalecer sobre cualquier impedimento legal a la entrega o transferencia del acusado o un testigo al Tribunal, que pueda existir en la legislación nacional o en tratados de extradición del Estado en Cuestión".

¹¹⁶ En aplicación de esta obligación internacional España aprobó 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. Publicado en BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994, pp. 17399 a 17400.

¹¹⁷ CASTILLO DAUDÍ, Mireya y SALINAS ALCEGA, Sergio, *Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 50-52.

¹¹⁸ TPIY. Decisión de 1 de octubre de 1995 de la Cámara de Apelaciones (*Caso Tadić*, IT-94-1). Párr. 70.

consuetudinario sobre los conflictos armados internos. En opinión del autor, la argumentación del Tribunal internacional no solo es crucial para probar la existencia de normas consuetudinarias de aplicación a los conflictos bélicos que no presentan carácter internacional, sino que también es destacable desde dos perspectivas. En primer lugar, "muestra las particularidades del sistema de fuentes del derecho internacional humanitario, en especial por lo que respecta a la formación de normas consuetudinarias".¹¹⁹ En segundo lugar, expresa dos límites en relación con estas normas consuetudinarias: "solo algunas reglas del derecho de los conflictos armados internacionales han extendido su aplicación a los conflictos internos; esa extensión no se ha producido de una forma plena y mecánica, ni en su detallada regulación, sino en la esencia de dichas normas".¹²⁰

También destaca, por haber concretado el contenido de los crímenes contra la humanidad, la Sentencia relativa al caso *Erdemovic*, de la Sala de Primera Instancia de 29 de noviembre de 1996. Según el texto de la misma:

Los crímenes contra la humanidad constituyen serios actos de violencia que dañan a las personas atacando lo que es más esencial para ellas: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud o su dignidad. Son actos inhumanos que por su alcance y su gravedad van más allá de los límites tolerados por la comunidad internacional, que debe reclamar su sanción. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden a la persona individual porque cuando se atenta contra él o ella, se atenta y se niega a la Humanidad. Es por lo tanto el concepto de la Humanidad como víctima lo que caracteriza a los crímenes contra la Humanidad.¹²¹

Ha de mencionarse también la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 relativa al caso *Furundzija*. Esta resolución realiza importantes precisiones en relación con el delito de tortura, resultando especialmente relevante la afirmación de que la prohibición de tortura constituye una norma imperativa o de *ius cogens* y que, por lo tanto, genera obligaciones *erga omnes* para todos los Estados de la comunidad internacional.¹²²

¹¹⁹ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional (Decisión de la Sala de apelación de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadic-competencia)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, 1996, 2, p. 36.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ TPIY. Sentencia de la Sala de Primera Instancia, de 29 de noviembre de 1996. (Caso *Erdemovic*, IT-96-22-T).

¹²² TPIY. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. (Caso *Furundzija*, IT-95-17/1).

Sin embargo, la Sentencia más célebre de este Tribunal quizás sea la que condenó al ex líder serbobosnio Radovan Karadzic el 24 de marzo de 2016. En efecto, tras ocho años de juicio, y pese a haberse declarado inocente, Karadzic fue condenado 40 años de prisión por la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad así como de genocidio por la muerte de miles de musulmanes en Srebrenica en julio de 1995. Según los hechos probados de la Sentencia, Karadzic participó activamente, entre 1991 y 1995, en el asesinato de musulmanes bosnios y croatas ubicados en territorio serbio, privándoles de agua y de productos básicos para la supervivencia como forma de terror psicológico. Aunque, sin duda, su condena se sustenta fundamentalmente en su participación en la masacre de Srebrenica, donde alrededor de 8,000 personas de etnia bosnia musulmana fallecieron en una zona que previamente había sido declarada como Segura por las Naciones Unidas, al estar bajo la protección de "casco azul" holandeses, constituyendo este el mayor asesinato masivo ocurrido en Europa desde el final de la Segunda Guerra Mundial. La condena de Karadzic fue recibida con júbilo por la comunidad internacional, al tratarse de la figura política de mayor peso condenada por el TPIY.¹²³

2.4.2 Tribunal Internacional para Ruanda

Durante los años noventa otro conflicto armado dio lugar a la creación de un Tribunal internacional *ad hoc* auspiciado por Naciones Unidas: la guerra civil de Ruanda. Entre abril y julio de 1994 este conflicto interno entre las etnias hutus y tutsis generó alrededor de 800,000 muertos y más de 2 millones de personas desplazadas ante la pasividad mundial.¹²⁴ Una vez finalizado el conflicto, el 8 de noviembre de 1994, el CSNU aprobó el estatuto de un Tribunal Internacional para Ruanda.^{125, 126}

El Tribunal Internacional para Ruanda (TIR), con sede en Arusha (Tanzania) y con una jurisdicción temporal limitada al período entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994, fue creado con competencia para enjuiciar crímenes contra la humanidad y genocidio. En cuanto a las violaciones al derecho internacional humanitario, este órgano judicial no podía cubrir

¹²³ TPIY. Sentencia de 24 de marzo de 2016. (*Caso Karadzic*, IT-95-5/18-T).

¹²⁴ CASTILLO DAUDÍ, M., y SALINAS ACELGA, S., *Responsabilidad penal del individuo...*, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁵ CSNU, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre. S/RES/955 (1994).

¹²⁶ Información más detallada sobre el conflicto ruandés y los antecedentes del establecimiento del Tribunal en PIGNATELLI y MECA, F., "El Tribunal penal internacional para Ruanda", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, enero-junio 1995, pp. 389-407.

aquellas contempladas en las Convenciones de Ginebra de 1949 referidas a los conflictos internacionales pero sí las relativas a los conflictos internos (artículo 3 común a las convenciones de Ginebra¹²⁷ y Protocolo II).¹²⁸

El Estatuto del TIR reproduce en gran medida el del TPIY, si bien adaptado a las especiales circunstancias del conflicto del país africano, que no revestía carácter internacional, y que se desarrolló en un período temporal muy preciso. Todo ello al objeto, en palabras de Pignatelli y Meca, de "lograr que se interprete, se aplique y se juzgue con justicia y de manera consecuente sobre la base del derecho internacional, evitando venganzas privadas y ajusticiamientos sumarios, y que se asignen los recursos con un criterio de eficiencia (limitándose el Estatuto, para conseguir esto último, a introducir las novedades, orgánicas, imprescindibles)".¹²⁹

Al igual que ocurrió con el TPIY, el Estatuto del TIR no contempla la inmunidad de los Jefes de Estado ni la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal. La jurisdicción de este órgano también es concurrente con respecto a los Tribunales nacionales implicados y, de la misma forma que en la ex Yugoslavia, tiene primacía sobre éstos, que también están obligados a cooperar en la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables.¹³⁰

¹²⁷ "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto". Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (I Convenio de Ginebra, de 12 de agosto, de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, II Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra).

¹²⁸ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de, 8 de junio de 1977.

¹²⁹ PIGNATELLI y MECA, F., "El Tribunal Penal...", art. cit., p. 413.

¹³⁰ En cumplimiento de esta obligación España aprobó la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda. Publicado en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1998, páginas 21880 a 21881.

Hemos de añadir que el artículo 9 del Estatuto del TIR, al igual que hacía el Estatuto del TPIY, establece, en virtud del principio de cosa juzgada, que "ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Ruanda". No obstante, el párrafo segundo del mismo precepto añade una excepción a la aplicación del principio, aplicable a aquellos casos en los que una persona hubiera sido ya juzgada por un Tribunal nacional, admitiendo que pudiera volver a someterse a un proceso ante el TIR en caso de darse alguna de las siguientes condiciones: "a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria".¹³¹ En todo caso, dispone el párrafo tercero del art. 9 del Estatuto que, de darse el supuesto previsto en el párrafo segundo, el TIR tendrá en cuenta las penas impuestas por dicho Tribunal nacional si estas ya se hubieran cumplido en todo o en parte.

El TIR pasará definitivamente a la historia por la Sentencia relativa al caso *Akayesu*, de 2 de septiembre de 1998. Esta resolución también contiene valiosas precisiones sobre los conflictos armados de carácter no internacional, como las relativas a las condiciones materiales de aplicación del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.¹³² Sin embargo, si destaca especialmente es por constituir la primera resolución de un órgano judicial internacional relativa al delito de genocidio, incluyendo la consideración de la violación y otros tipos de violencia sexual como actos de genocidio. En concreto, la Sentencia afirma con respecto a los cargos de violación y violencia sexual que "estos constituyen genocidio de la misma forma que cualquier otro acto siempre que hayan sido cometidos con la intención específica de destruir, en todo o en parte, un grupo en particular, identificado como tal".¹³³ Añade el Tribunal que "la violación de mujeres Tutsi fue sistemática y perpetrada contra todas las mujeres Tutsi y solo contra ellas" y que "la violencia sexual consistía en un paso en el proceso para la destrucción del grupo Tutsi,

¹³¹ Pignatelli y Meca opina sobre esta excepción al principio de cosa juzgada: "Se trata, a nuestro juicio, de evitar la posibilidad de que actúe la jurisdicción nacional en 'fraude procesal', intentando lograr que, por aplicación rigurosa del principio *non bis in idem*, eluda una persona (a la que se somete a juicio e, incluso, se condena) la comparecencia, enjuiciamiento y eventual condena en sede del Tribunal Internacional, pues al residenciar el conocimiento de los hechos ante un tribunal interno, una aplicación inflexible del principio *non bis in idem* permitiría eludir el enjuiciamiento de los mismos ante el Tribunal Internacional y conforme a su Estatuto". PIGNATELLI y MECA, F., "El Tribunal Penal...", art. cit., p. 424.

¹³² Análisis en CASTILLO DAUDÍ, M., y SALINAS ACELGA, S., *Responsabilidad penal del individuo...*, op. cit., p. 65.

¹³³ TIR. Sentencia de 2 de septiembre de 1998. (Caso *Ayakesu*, ICTR-96-4-5) párr. 731.

destrucción del espíritu, del deseo de vivir y de la vida en sí misma",¹³⁴ justificando así la calificación de los actos denunciados como genocidio.

Cardoso Onofre de Alencar subraya la importancia del tratamiento efectuado, tanto por el TIR como por el TPIY, a la violencia sexual como crimen de guerra: "La interpretación de los Tribunales superó el tratamiento tradicional dado a la violación por el derecho internacional humanitario como un crimen contra el honor y la familia. En la estela de cortes nacionales e internacionales, contempló que ese delito viola la integridad física y la libertad sexual de las agredidas, como también el principio de la dignidad humana, núcleo esencial del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos".¹³⁵

TorreCuadra García-Lozano también se refiere a la importancia de la aportación de los Tribunales internacionales al desarrollo de la penalización de los crímenes de tipo sexual: "La jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales ha supuesto un progreso exponencial en las medidas represivas que supone la aplicación de la criminalización de los crímenes sexuales, al contemplarse como una manifestación de genocidio, de crímenes contra la humanidad o de guerra o de tortura, siempre que reúnan los requisitos establecidos para la comisión de estos últimos".¹³⁶ Además, la autora destaca la gran relevancia de las aportaciones del Tribunal de Ruanda en relación con los elementos del crimen de genocidio, poco concretados hasta el momento, habiendo sido estas incorporadas con posterioridad a la jurisprudencia tanto del TPIY como de la CPI, "evidenciando así una coordinación que evita la tan temida fragmentación como consecuencia de la proliferación de tribunales penales internacionales".¹³⁷

El TIR concluyó su misión el 31 de diciembre de 2015, después de haber impuesto 61 condenas a diversos mandos políticos, militares y religiosos.

Es importante añadir, como conclusión, que ambos Tribunales internacionales (de la ex Yugoslavia y de Ruanda), además de haber contribuido al desarrollo del derecho internacional

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 732.

¹³⁵ CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela, "La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda", *In Dret Revista para el Análisis del Derecho*, abril 2011, p. 25.

¹³⁶ TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, Soledad, "Los crímenes sexuales en los conflictos armados", en ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales retos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 92.

¹³⁷ *Ídem*, p. 97.

de los Derechos humanos a través de su jurisprudencia han animado a Fiscales y Jueces instructores en general a abrir sus propios procesos con base en el principio de jurisdicción universal contra personas responsables de haber cometido graves crímenes durante ambos conflictos. Este tipo de procesos se han llevado a cabo en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos o Suiza y en muchos casos han culminados con la entrega de los sospechosos a los Tribunales internacionales.¹³⁸ Como afirma Fernández Liesa, "(l)os objetivos y razones de su creación respondían a la necesidad de hacer justicia, pero también de disuadir nuevos crímenes y, fundamentalmente, de contribuir al mantenimiento de la paz".¹³⁹ Parece, pues, que ambas Cortes han cumplido con el objetivo para el que fueron creadas.

2.5. El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Penal Internacional

El nacimiento de la CPI constituye, no cabe duda, el mayor hito en la Historia del derecho penal internacional contemporáneo. Su creación fue fruto de múltiples trabajos preparatorios, entre los que destaca la Resolución 46/54 de la AGNU, de 9 de diciembre de 1991, mediante la cual este organismo invitaba a la CDI a seguir "examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42o. período de sesiones relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto".¹⁴⁰

Como consecuencia, la CDI aprobó un "Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional" como capítulo II de su informe sobre el "Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad" en su 46vo período de sesiones, celebrado en Ginebra del 2 de mayo al 28 de julio de 1994,¹⁴¹ recomendando la convocatoria de una conferencia internacional para el examen y el debate sobre dicho proyecto. El proyecto de Estatuto fue examinado por un Comité Especial creado por la AGNU el 9 de diciembre de 1994 y, posteriormente, por un Comité

¹³⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Chapter 2: The History...", *op. cit.*, pp. 44-45.

¹³⁹ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas/Thomson-Reuters, Pamplona, 2013, p. 344.

¹⁴⁰ AGNU. Resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991.

¹⁴¹ Texto en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46o. período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994). Disponible en http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a_49_10.pdf

preparatorio; ambos abiertos a la participación de todos los Estados miembros de Naciones Unidas o de los organismos especializados.

La posterior fase diplomática tomó un impulso inesperado gracias, en buena parte, a las experiencias de los Tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda. Finalmente, del 15 al 17 de julio de 1998 se celebró en la sede de Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) una Conferencia Internacional, cuyo resultado fue la aprobación del ER de la CPI. Según dicho Estatuto, la CPI, con sede en La Haya,¹⁴² está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y crimen de agresión¹⁴³ cometidos a partir del 17 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor de su Estatuto.¹⁴⁴ Gil Gil reflexiona sobre la incorporación al Estatuto de estos tipos delictivos

A pesar de que la aprobación del Estatuto aparentemente hará abandonar la idea de creación de un Código penal internacional (el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad), al haberse incorporado al propio Estatuto la definición de los crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal, el Estatuto ha renunciado a una codificación exhaustiva de los crímenes más graves, lo que no impedirá, en mi opinión, la calificación de delitos internacionales de conductas tradicionalmente consideradas como tales que han quedado, sin embargo, fuera de la competencia del Tribunal.¹⁴⁵

Con posterioridad, en 2002, fueron aprobados por la Asamblea de Estados Partes los Elementos de los Crímenes, con el objeto de ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de regla) las Reglas de Procedimiento y Prueba, que complementan al ER en lo que se refiere a su aplicación procesal.¹⁴⁶

Así, la CPI aplica, en primer lugar, su Estatuto así como los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; en segundo lugar, los Tratados y Principios del Derecho

¹⁴² Art. 3 ER

¹⁴³ Art. 5 ER.

¹⁴⁴ Art. 11.1 ER

¹⁴⁵ Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 64.

¹⁴⁶ No estuvieron exentas de críticas doctrinales estas Reglas de Procedimiento y Prueba. Así, según Galdana Pérez Morales, "tampoco consiguen establecer un procedimiento claro, lo que dificulta —en demasía— su aplicación real y efectiva". GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, "Activación del proceso ante la Corte Penal Internacional. Comparativa con la regulación en Derecho Español", en ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (coord.), *Crímenes Internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 267.

Internacional; y "en su defecto, los principios generales del Derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos".¹⁴⁷

La competencia de la CPI presenta serias limitaciones. La primera de estas limitaciones es de carácter temporal, pues este órgano judicial internacional solo es competente para el enjuiciamiento de los hechos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de su Estatuto, el 1 de julio de 2002.¹⁴⁸ Además, existen limitaciones a la competencia de la CPI en función de la forma de inicio del procedimiento. En cambio, si el procedimiento es iniciado a instancia de alguno de los Estados parte o bien a instancia de la Fiscalía de la CPI, esta solo tendrá competencia para el enjuiciamiento de los hechos cometidos en el territorio de un Estado parte o cuyo presunto autor sea un nacional de algún Estado Parte. Si el procedimiento se inicia a instancia del CSNU, según lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, la CPI podría tener competencia aun sin el consentimiento de los Estados relacionados con los hechos delictivos, ya fuese por el lugar de comisión o por la nacionalidad de los autores.¹⁴⁹ Con respecto a esta última posibilidad, debe mencionarse que desde la creación de la CPI solo dos situaciones han sido remitidas al Tribunal internacional por parte del CSNU: la relativa a Darfur (Sudán), que llevó al inicio de una investigación en junio de 2005, así como la de Libia, iniciada en marzo de 2011.¹⁵⁰

Destaca la posibilidad contenida en el art. 12.3 ER, según el cual un Estado que no sea Parte en el Tratado está habilitado para emitir una declaración afirmando la competencia de la CPI, aun continuando sin ser Parte en el Tratado, cuando su consentimiento fuera necesario para que la Corte pudiese conocer de una determinada situación.¹⁵¹ Esta opción ha sido utiliza-

¹⁴⁷ Art. 21 ER.

¹⁴⁸ Lo que no impedirá, recuerda Gil Gil, "el enjuiciamiento por otros órganos jurisdiccionales con competencia para ello, de delitos internacionales cometidos con anterioridad, conforme al Derecho nacional o internacional aplicable". GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁹ Arts. 12 y 13 ER

¹⁵⁰ Más información sobre los dos casos en <http://www.amicc.org/icc/referrals> (Consultado el 15-1-2017).

¹⁵¹ Art. 12.3 ER: "Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX".

da en varias ocasiones, pudiendo subrayarse la declaración emitida por Costa de Marfil en relación con los hechos delictivos cometidos a partir del 19 de septiembre de 2001,¹⁵² la de Uganda sobre los hechos cometidos antes de la ratificación del ER,¹⁵³ la de Palestina por los delitos posteriores al 1 de julio de 2002¹⁵⁴ o la de Ucrania, que en su primera declaración de 9 de abril de 2014 reconocía la competencia de la CPI para la investigación de los hechos cometidos entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014.¹⁵⁵ Bollo Arocena llama la atención sobre los peligros que comportan estas declaraciones limitadas a períodos de tiempo específicos: "Es cierto que ni el artículo 12.3 ECPI ni el 44 RPP establecen nada al respecto, pero es evidente el serio peligro que corre la Corte ante la posibilidad de fijación de límites temporales interesados por parte de los Estados, con la pretensión de someter a la CPI solo a 'los otros'".¹⁵⁶ Por ello, la autora, en una opinión que comparto, defiende que los Estados no Parte en el ER no deberían disponer de una discrecionalidad absoluta a la hora de emitir las declaraciones del art. 12.3 ER.¹⁵⁷

En cuanto a la estructura del procedimiento seguido ante la CPI, esta es el producto del consenso entre los dos modelos jurídicos imperantes, el continental y el anglosajón. Como afirma Beltrán Montoliu, "es imprescindible poner de relieve esta particularidad para entender que estamos ante un proceso sui generis que no se corresponde plenamente con ningún modelo vigente en el mundo".¹⁵⁸ No obstante, quizás el esquema de investigación y enjuiciamiento se asemeje más al seguido por los Estados anglosajones, dadas las amplias facultades otorgadas a la Fiscalía de la Corte. En efecto, el Fiscal es el titular de la acción penal, de manera que, sea cual sea el modo de inicio del procedimiento, la acusación será ejercida única y exclusivamente por este, quien, además, se encargará de llevar a cabo la tarea de investigación, ante la ausencia de la figura de los Jueces instructores en la CPI.

El proceso puede dividirse en tres partes principales:

¹⁵² BOLLO AROCENA, M. D., "Legitimación para formular la declaración unilateral de aceptación de la competencia de la CPI (art. 12.3 ECPI) y aceptación de la misma", en VV.AA. *Crímenes internacionales y... op. cit.*, pp. 249-250.

¹⁵³ Ídem, p. 250.

¹⁵⁴ Ídem, pp. 250-253.

¹⁵⁵ Ídem, pp. 253-254.

¹⁵⁶ Ídem, p. 254.

¹⁵⁷ Ídem, p. 260.

¹⁵⁸ BELTRÁN MONTOLIU, Ana, "El proceso ante la Corte Penal Internacional", en GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 435.

- i) Un examen preliminar del caso, dirigido a comprobar la veracidad de los hechos denunciados así como la falta de actuación por parte del Estado o los Estados con jurisdicción sobre los mismos;
- ii) una fase de investigación en sentido estricto;
- iii) y una fase de juicio oral con posterior emisión de una Sentencia.

Galdana Pérez Morales destaca la principal diferencia que, a su juicio existe entre el proceso español y el proceso ante la CPI: la fase de investigación. Así, mientras en España basta la presentación de una denuncia o querrela o el conocimiento de los hechos delictivos por parte del Juez instructor para que se dicte un Auto de incoación de Sumario, en la CPI existe una fase preliminar previa al objeto de impedir el inicio de investigaciones manifiestamente sin fundamento o indicios de una mínima veracidad. En palabras de la autora, "(l)a justificación del endurecimiento de estas actuaciones previas a la investigación está en que la Corte es un órgano que 'suple' la inactividad de los Estados. Por ello, es fundamental que existe una constatación fehaciente de que éstos no están ya actuando frente al presunto criminal porque no pueden o no desean hacerlo".¹⁵⁹

Los juicios se celebran en la Sala de Primera Instancia, siempre ante Magistrados profesionales, quedando excluida la posibilidad de Tribunales de jurado popular. Además, la CPI cuenta con una Sala de Cuestiones Preliminares, donde se desarrolla una fase intermedia entre la investigación y el juicio oral, de confirmación de cargos, a la que se dará traslado del escrito de la Fiscalía así como de las pruebas de las que pretende hacer uso para apoyar su acusación, y que es competente para fiscalizar dicho material y decidir si existen o no elementos suficientes para iniciar la fase de juicio oral. La pena máxima que puede imponerse por la comisión de los crímenes competencia de la Corte, los cuales nunca prescriben, es de 30 años de prisión. En casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de cadena perpetua, pero jamás podrá la Corte condenar a muerte.¹⁶⁰

¹⁵⁹ GALDANA PÉREZ MORALES, M., "Activación del proceso ante la Corte Penal Internacional...", art. cit., p. 270.

¹⁶⁰ Art. 77 ER.

En referencia a la relación de la CPI con los Estados Parte, es necesario destacar, como ya se ha adelantado, que el órgano internacional tiene carácter complementario con respecto a las jurisdicciones penales nacionales. El principio de complementariedad puede definirse, siguiendo los términos de Philippe, como "un principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción".¹⁶¹ Así pues, en virtud de este principio, la CPI solo puede intervenir en aquellos casos en que las jurisdicciones nacionales no quieran ejercer su competencia o bien no estén en condiciones de hacerlo. De esta manera lo disponen tanto el Preámbulo del ER—"Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales"—¹⁶² como su artículo primero, según el cual: "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ('la Corte'). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto".¹⁶³

El principio de complementariedad instaurado por el ER fue acogido con polémica por cierto sector de la doctrina. Lamarca Pérez crítica con esta concepción, defiende que el modelo óptimo de CPI sería aquel en el que la competencia del Tribunal internacional resultara obligatoria en caso de tratarse de delitos de su competencia. Se trataría, pues, de una competencia automática por razón de la materia, al estilo del TPIY y el TIR, que tuvieron primacía frente a los Tribunales nacionales. Esta solución, en palabras de la autora, "no solo resolvería los problemas más formales o de competencia, que son los que suelen aludirse al hablar de la complementariedad, sino que permitiría unificar el sistema de definiciones de los delitos y de las sanciones de los mismos que ahora se diversifican al remitirse a cada legislación nacional con los problemas penales y procesales que ello conlleva".¹⁶⁴

¹⁶¹ PHILIPPE, Xavier, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio de 2006, p. 7.

¹⁶² Preámbulo ER.

¹⁶³ Art. 1 ER

¹⁶⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Algunas reflexiones sobre el carácter complementario de la Corte Penal Internacional", *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 44.

En todo caso, el carácter complementario de la Corte instaurado por el Estatuto de la misma constituye una clara muestra de la intención generalizada de los Estados de continuar persiguiendo la comisión de crímenes internacionales a través de sus Tribunales nacionales. Como apunta Pigrau Solé: "El concepto de complementariedad presupone la voluntad de los Estados Parte de perseguir los crímenes de competencia de la Corte".¹⁶⁵

Así opina también Maculan, quien conceptúa el principio de complementariedad como una novedosa herramienta para profundizar en la responsabilidad de todos los Estados como garantes de los derechos humanos.¹⁶⁶ La autora otorga al principio de complementariedad tres importantes funciones: "1) Una función sistemática, que valoriza y a la vez responsabiliza al Estado en relación con sus deberes de investigación, persecución y sanción de los crímenes internacionales, dibujando un nuevo paradigma en las relaciones entre los Estados y la comunidad internacional; 2) Una función de control, que recae sobre la misma Corte; 3) Una función de impulso a la adecuación de los ordenamientos internos y, en vía mediata, a su armonización".¹⁶⁷

El principio de complementariedad no se trata de una mera declaración contenida en el ER sino de un régimen jurídico contenido principalmente en el art. 17 de este instrumento. En el marco de este principio de complementariedad, la CPI debe, antes del inicio de una investigación, llevar a cabo una triple verificación contenida en el art. 17 ER: que los hechos denunciados sean lo suficientemente graves, que se dé la incapacidad o falta de voluntad del Estado en cuestión de proceder a la investigación de los hechos y que no se vulnere el principio *ne bis in idem*.

Esta facultad de la CPI, conocida como "test de complementariedad", presenta tres partes, según la clasificación de Ambos: admisibilidad por inactividad total del Estado, inadmisibilidad por actividad del Estado o admisibilidad por falta de voluntad o capacidad del Estado,

¹⁶⁵ PIGRAU SOLÉ, Antoni, *La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio y los crímenes contra la Humanidad por los Tribunales nacionales*, Colección "Recerca x Drets Humans", 3, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009, p. 16.

¹⁶⁶ MACULAN, E., "La Corte Penal Internacional", *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 85. Amplía la autora: "En este sentido, este principio se acerca al fundamento en el que se arraiga también, en el área del Derecho internacional público, la teoría de la responsabilidad de todo Estado de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos y de reaccionar ante sus vulneraciones y legítima a la vez la intervención directa de la comunidad internacional toda vez que el Estado no cumpla con estos deberes (...)". *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 94.

como excepción a la inadmisibilidad anterior, cuando el Estado actúa sin voluntad o con incapacidad.¹⁶⁸ Esta herramienta con la que cuenta la CPI es valorada positivamente por la doctrina. Así, Gómez Benítez destaca que a través de la misma "la Corte Penal Internacional reconoce, ciertamente, su subsidiariedad, pero, a la vez, se constituye en órgano de vigilancia de las jurisdicciones nacionales".¹⁶⁹

El mismo art. 17 enumera una serie de criterios para determinar cuándo un Estado no muestra disposición de llevar a cabo esta tarea. Así, enumera:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.¹⁷⁰

Por otro lado, para decretar la incapacidad de una jurisdicción nacional para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte deberá examinar, según el ER, "si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio".¹⁷¹

Incluso tras haberse producido la inhibición de la CPI en favor de los Tribunales nacionales, el art. 18 ER prevé la posibilidad de que el Fiscal de la Corte pida la revisión de esta inhibición, pudiendo solicitar al Estado en cuestión que proporcione información periódica sobre su actividad investigativa y juzgadora e incluso llevando a cabo indagaciones si pudiera obte-

¹⁶⁸ AMBOS Kai, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 18

¹⁶⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales nacionales", *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, núm. 82, 2006, p. 38.

¹⁷⁰Art. 17.2. ER

¹⁷¹Art. 17.3 ER

ner pruebas determinantes o impedir que estas se pierdan y no puedan ser utilizadas posteriormente.¹⁷²

Estas limitaciones a la complementariedad de la CPI con respecto a las jurisdicciones nacionales han llevado a algunos autores, como Díaz Pita a afirmar que la jurisdicción de la Corte "es solo aparentemente subsidiaria". Así, la autora afirma que "la jurisdicción de la Corte aparece informada por un principio de aparente subsidiariedad legal o formal, cuando, en realidad, a la vista de los preceptos reseñados [arts. 18 y 19 CPI], se puede sostener que ostenta una primacía de facto con respecto a la Jurisdicción de los Tribunales de los Estados parte".¹⁷³

Merece la pena destacar también el nuevo concepto de complementariedad positiva que la Fiscalía de la CPI está elaborando durante los últimos tiempos consistente, como apunta Maculan, en fomentar desde la Corte Internacional la apertura de procedimientos nacionales a la vez que se valoriza la cooperación entre los dos niveles, nacional e internacional. Como expone la autora: "En lugar decidirse radicalmente por un sí o un no en relación con la admisibilidad de un caso, la Corte se compromete a impulsar las investigaciones y los juicios a nivel nacional, ofreciendo a la vez asesoramiento o apoyo para llevarlos a cabo, en una especie de cooperación al revés".¹⁷⁴ En efecto, se trata este de un nuevo enfoque sobre el que debería profundizarse en el futuro.

Por otro lado, resulta evidente que para que la puesta en funcionamiento de la CPI resultara eficaz, era indispensable el despliegue de medios de cooperación procesal entre los Estados Parte y este órgano internacional. La cooperación estatal resulta, pues, obligatoria para los Estados, como dispone el propio Preámbulo del ER así como los arts. 86 y siguientes de la Parte IX.¹⁷⁵ Con tal objetivo, la Corte podrá formular solicitudes de cooperación¹⁷⁶ así como

¹⁷² Art. 18 ER.

¹⁷³ DÍAZ PITA, María Paula, "Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 9, 2005, pp. 6-7.

¹⁷⁴ MACULAN, E., "La Corte Penal Internacional", *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁵ Art. 86 ER: "Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia".

¹⁷⁶ Art. 87 ER.

cada Estado Parte deberá asegurarse de crear en su propio ordenamiento los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación posibles.¹⁷⁷

De hecho, el propio art. 87 ER dispone que la negativa a cooperar con la CPI por parte de los Estados puede suponer que el Tribunal internacional se dirija ante la Asamblea de los Estados Parte (AEP) o incluso al propio CNU, si hubiere sido este Órgano el emisor del caso. Tanto la AEP como el CNU pueden, en caso de incumplimiento, adoptar sanciones de tipo económico o político, como el incremento de la cuota presupuestaria o la restricción del derecho al voto.

Las fórmulas elegidas por cada uno de los Estados Parte para materializar esta obligación de cooperación son muy diversas y dependen de las características de cada ordenamiento jurídico. Así, si algunos países, como Alemania o Francia, se han visto obligados a llevar a cabo una reforma constitucional para adaptar sus sistemas a las obligaciones derivadas del ER, otros Estados no han llegado siquiera a elaborar una normativa de desarrollo con rango de ley ordinaria. En España, esta obligación se cumplió mediante la aprobación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (LOCCPI).¹⁷⁸

Hasta el día que se termina de escribir este trabajo, 23 casos derivados de 10 situaciones distintas (República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana, Sudán, Kenia, Libia, Costa de Marfil, Mali, República Centroafricana II y Georgia) han sido llevados ante la CPI. Uganda, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana y Malí han denunciado a la Corte los crímenes ocurridos en sus territorios. Los casos procedentes de situaciones ocurridas en Sudán y en Libia han sido denunciados por el CSNU, mientras que ha sido la propia Fiscalía de la Corte, de oficio, la que ha abierto investigaciones en Kenia, Costa de Marfil y Georgia, por violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁷⁹

De entre los hitos de esta Corte destaca la orden de arresto del presidente de Sudán, Omar Hassan Al Bashir emitida el 4 de marzo de 2009 por los crímenes cometidos en Darfur,

¹⁷⁷ Art. 88 ER.

¹⁷⁸ Ver apartado 4 del capítulo 5.

¹⁷⁹ Más información en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx

constituyendo esta la primera orden dictada contra un Presidente en ejercicio.¹⁸⁰ Sin embargo, la CPI solo ha emitido Sentencia en relación con cuatro casos. El primero de ellos se resolvió el 14 de marzo de 2012, cuando la Corte de La Haya condenó a Thomas Lubanga a una pena de 14 años de cárcel por el reclutamiento de menores soldados en la República Democrática del Congo durante los enfrentamientos que tuvieron lugar entre 2002 y 2003.¹⁸¹

La segunda de las Sentencias emitidas por la CPI fue, el 7 de marzo de 2014, la de condena a 12 años de prisión a Germain Katanga, excomandante de la Fuerza Patriótica de la Resistencia de la República Democrática del Congo, por la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad. En concreto, Katanga fue considerado responsable de la matanza que tuvo lugar en la aldea de Bogoro, al noroeste del país, destacando que las personas asesinadas pertenecían a la etnia *hema*, en conflicto con la etnia de Katanga (*lendu*).¹⁸² En relación con este caso, la CPI emitió el 24 de marzo de 2016 la primera orden de reparación en virtud del art. 75 ER, que otorgaba compensación económica individual para las víctimas, bien directas o bien familiares de víctimas, de los crímenes cometidos por Germain Katanga, así como reparaciones colectivas. En concreto, se ordenó una compensación simbólica de 250 dólares a 297 víctimas individuales así como, a modo de reparación colectiva, se acordó el apoyo a proyectos colectivos a largo plazo materializados a la construcción de viviendas, ayudas a la educación y apoyo psicológico.¹⁸³

La tercera Sentencia de la CPI se dictó el 21 de junio de 2016 contra Jean Pierre Bemba Combo, condenado a cumplir 18 años de prisión por la comisión de crímenes contra la humanidad, asesinato, violación y crímenes de guerra en la República Centro Africana, país sobre el que ostentó el poder entre 2002 y 2003. Lo destacable de esta Resolución es que a través de ella la CPI reconoce por primera vez la violación como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, cometida tanto contra mujeres como contra hombres.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Más información en: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir/Documents/AlBashirEng.pdf>

¹⁸¹ CPI. Sentencia de 14 de marzo de 2012 (*caso Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842). Más información en <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga/Documents/LubangaEng.pdf>

¹⁸² CPI. Sentencia de 7 de marzo de 2014 (*caso Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436). Más información en <https://www.icc-cpi.int/drc/katanga/Documents/KatangaEng.pdf>

¹⁸³ CPI. Decisión sobre reparaciones, de 24 de marzo de 2017. Más información en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1288>

¹⁸⁴ CPI. Sentencia de 21 de marzo de 2016 (*caso Bemba Combo*, ICC-01/05-01/08-3343). Más información en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/bembaeng.pdf>

A continuación encontramos la Sentencia relativa al *caso Al Mahdi*, de 27 de septiembre de 2016, célebre por constituir la primera condena de la CPI a un yihadista. En esta ocasión, Al Mahdi reconoció su culpabilidad y fue condenado a nueve años de prisión por la comisión del crimen de guerra de dirigir intencionadamente ataques contra monumentos históricos y edificios religiosos, admitiendo su pertenencia a un Tribunal islamista que ordenó demoler una mezquita y varios mausoleos en Tombuctú, Malí, en junio y julio de 2012.¹⁸⁵

La última Sentencia de la CPI hasta la fecha de cierre de este trabajo vuelve a tener como condenado a Jean Pierre Bemba Combo. Mediante esta resolución, dictada el 22 de marzo de 2017, la CPI condena en esta ocasión al Sr. Bemba y a otros cuatro acusados por la comisión de varios delitos contra la administración de justicia, tratándose en concreto de falso testimonio de los testigos de la defensa en la pieza principal del caso.¹⁸⁶

En la actualidad se encuentra en curso el juicio contra al comandante ugandés del Ejército de Resistencia del Señor (LRA), Dominic Ongwen, una especie de secta presuntamente responsable de la muerte de unas 10,000 personas y del secuestro de 60,000 niños, sospechándose que el propio Ongwen fue un niño soldado secuestrado por el LRA cuando tenía la edad de nueve años. En concreto, la acusación se refiere a la posible comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, incluyéndose en la misma asesinatos, trata de personas y saqueos varios, cometidos en el norte de Uganda así como en Estados vecinos. Uno de los episodios más graves se refiere al ataque perpetrado por el LRA en diciembre de 2009 contra los campos del noreste del Congo en el que presuntamente perdieron la vida 350 personas mientras que unas 250 fueron secuestradas, incluyéndose entre estas a unos 30 menores.

Esta actividad demuestra la plena operatividad de la CPI. Sin embargo, no puede obviarse que la vocación universal de este órgano se ve claramente mermada por el hecho de que su Estatuto no haya sido ratificado por grandes potencias como Estados Unidos, Israel, India, Rusia

¹⁸⁵ CPI. Sentencia de 27 de septiembre de 2016 (*caso Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15). Más información en <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi/documents/almahdieng.pdf>

¹⁸⁶ CPI. Sentencia de 22 de marzo de 2017 (*caso Bemba Combo y otros*, ICC-01/05-01/13). Más información en <https://www.icc-cpi.int/car/Bemba-et-al/Documents/Bemba-et-alEng.pdf>

o China, lo que significa que los crímenes cometidos en los territorios de estos Estados o por sus nacionales permanecen fuera del alcance de la Corte, salvo una improbable remisión del asunto en cuestión por parte del CSNU.

Muestra clara de la necesidad imperiosa de que todas las grandes potencias deberían ratificar el ER es la exteriorización de malestar en este sentido por parte de países africanos, que no solo han criticado duramente el hecho de que prácticamente todas las investigaciones de la CPI se refieren a Estados de este continente, sino que incluso algunos han comenzado ya a retirarse del propio sistema. El primer país en abandonar fue Kenia en 2002, justo cuando estaba a punto de iniciarse el juicio contra el presidente del país, Uhuru Kenyatta y su vicepresidente, William Ruto, por crímenes de lesa humanidad. En octubre de 2016 tanto Sudáfrica como Burundi y Gambia anunciaban su retirada del ER, justificando los tres países su decisión en la supuesta permisividad de la CPI con los crímenes internacionales de los países occidentales, limitándose a perseguir a líderes africanos.¹⁸⁷

Si bien es cierto que debería tenerse en cuenta que la mayoría de las investigaciones iniciadas en países africanos se han originado a raíz de peticiones expresas o bien cesiones de jurisdicción de los Estados de comisión de los crímenes en cuestión, como ocurrió en el caso de Uganda, no puede negarse que la proporción de situaciones relativas a países africanos en trámite ante la CPI, que asciende al 90%, resulta inadmisibles en un instrumento de justicia penal con vocación de universalidad.

Sin embargo, los países africanos no han sido los únicos en abandonar el sistema de la CPI. En noviembre de 2016 Rusia también decidió revocar su firma del ER (que en todo caso nunca llegó a ratificar, luego jamás estuvo bajo la jurisdicción de la Corte), como clara consecuencia del inicio de una investigación sobre los posibles crímenes de guerra cometidos durante el conflicto militar que enfrentó a Rusia y a Georgia en la región secesionista de Osetia del Sur en agosto de 2008.

¹⁸⁷ "La Gambie veut à son tour sortir de la CPI", publicado en [lemonde.fr](http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/26/le-gambie-veut-a-son-tour-sortir-de-la-cpi_5020376_3212.html) el 26 de octubre de 2010. Texto disponible en http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/26/le-gambie-veut-a-son-tour-sortir-de-la-cpi_5020376_3212.html (Consultado el 31 de marzo de 2016).

Por su parte, Estados Unidos ha tenido recientemente la oportunidad de reafirmar su rechazo a la CPI y, más aún, su negativa a someterse a su jurisdicción. En noviembre de 2016 la Fiscalía de la CPI emitió un informe en el que afirmaba, en relación con Afganistán, que el Gobierno estadounidense podría haber cometido torturas contra los prisioneros de los centros secretos de detención de la CIA situados en ese país.¹⁸⁸ Esta investigación, que podría seguir adelante y convertirse en un verdadero proceso ante la Corte de la Haya, ya que los presuntos crímenes se habrían cometido en suelo afgano, Estado Parte en el ER, ha sido no obstante rechazada de plano por Estados Unidos,¹⁸⁹ siendo más que probable que la gran potencia no colaborará en lo más mínimo en el esclarecimiento de la misma.

En cualquier caso, la visión general de la CPI no puede ser solo negativa, pues en los últimos tiempos se han producido determinados avances como la disposición exteriorizada por la Fiscalía a ampliar el ámbito de actuación de la Corte a la explotación ilegal de recursos naturales, el tráfico de armas, la trata de personas, el terrorismo, los delitos financieros o el acaparamiento de tierras. Esta ampliación, de producirse finalmente, redundará en una notable ampliación de competencias y, en definitiva, en mayores posibilidades de terminar con la impunidad de estos crímenes internacionales.¹⁹⁰

En general, y a modo de conclusión, no puede negarse la importancia histórica del ER así como su papel crucial tanto en la codificación de los grandes crímenes internacionales como en lo relativo a los aspectos orgánicos y procedimentales de un Tribunal penal internacional. Sobre todo, no debe olvidarse que la CPI es el primer Tribunal internacional con carácter permanente encargado de juzgar a los responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Su jurisprudencia sobre estas materias será determinante y, de seguro, inspiradora para los Tribunales nacionales que, con base en el principio de jurisdicción universal, sigan encargándose del enjuiciamiento de este tipo de crímenes en el futuro.

¹⁸⁸ Consultar informe en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf

¹⁸⁹ "EE.UU. rechaza informe de CPI sobre crímenes de guerra en Afganistán entre 2003 y 2004". Publicado en [elespectador.com](http://www.elespectador.com) el 15 de noviembre de 2016. Texto disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/eeuu-rechaza-informe-de-cpi-sobre-crimenes-de-guerra-af-articulo-665673>

¹⁹⁰ Informe de la Fiscalía de la CPI. *Policy Paper on Case Selection and Priorisation*, de 15 de septiembre de 2016, párr. 8. Texto disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

2.6. Los Tribunales mixtos o internacionalizados

Ya entrado el siglo XXI, y una vez en funcionamiento la CPI es necesario, a fin de concluir este repaso histórico, mencionar la contribución al desarrollo del Derecho penal internacional que han protagonizado los Tribunales híbridos o mixtos e internacionalizados. Ambos tipos de Tribunales se distinguen por estar compuestos tanto por jueces nacionales como internacionales y por aplicar, además, normas penales internas e internacionales. Sin embargo, mientras los Tribunales internacionalizados se integran funcionalmente en el poder judicial de un Estado, los Tribunales híbridos presentan personalidad internacional independiente y no dependen funcionalmente, por lo tanto, de ningún sistema nacional.

Este tipo de órganos judiciales se crearon con la intención de superar las críticas vertidas contra los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda y, por lo tanto, gozaron de mayor aceptación entre la comunidad internacional. El motivo de tal aceptación reside en que los Tribunales *ad hoc* pudieron llegar a ser considerados como una imposición externa mientras que en los Tribunales mixtos o internacionalizados el componente de participación de la administración de justicia local es mucho mayor, lo que reforzó la idea de soberanía del Estado en cuestión. Liñán Lafuente incide en las ventajas de estos órganos:

En resumen, la intervención del personal y la ayuda de las NNUU, junto con los representantes del Estado en donde se llevan a cabo los procesos (de ahí la denominación del tribunal mixto o híbrido) persiguen estructurar un sistema judicial especial donde se enjuicien crímenes internacionales cometidos en un concreto período temporal, pero con las garantías jurídicas necesarias para que estos procesos no se inclinen hacia la amnistía de una determinada población y el castigo desproporcionado de la otra.¹⁹¹

Además, autores como Martínez resaltan la capacidad de estos órganos de dotar de estabilidad a los sistemas legales domésticos, generalmente bastante maltrechos después de un conflicto armado.¹⁹²

¹⁹¹ LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo, "Los Tribunales penales híbridos e internacionalizados", en *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹² MARTÍNEZ, Mónica, *Hacer Justicia: Rendición de cuentas y las complementariedad entre los tribunales*, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, Madrid, 2007, p. 4.

2.6.1 El Tribunal Especial para Sierra Leona

El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) es el primer ejemplo de Tribunal mixto. Ante los graves sucesos acaecidos en este país fue creado por la Resolución del CSNU de 13 de agosto de 2000,¹⁹³ que otorgó mandato al Secretario de Naciones Unidas para firmar un acuerdo con el gobierno de Sierra Leona el 16 de enero de 2002.¹⁹⁴ El principal hito de este Tribunal, que solo tiene competencia para juzgar los crímenes cometidos en Sierra Leona a partir del 30 de noviembre de 1996, ha sido la emisión de la primera condena a un mandatorio africano por la comisión de crímenes internacionales. En efecto, el 26 de abril de 2012 el TESL condenó al Presidente de Liberia, Charles Taylor, por la comisión de los 11 crímenes de guerra de los que estaba acusado (destacando de entre ellos en enrolamiento de niños y niñas soldados) y de crímenes contra la humanidad, habiendo sido confirmada su condena por la Sala de Apelaciones por Sentencia de 26 de septiembre de 2013. El TESL también es célebre por haber sido la primera Corte internacional en llevar a cabo procesamientos por el uso de menores soldados o por haber considerado el matrimonio forzado como un crimen contra la humanidad.

2.6.2 El Tribunal Especial de Camboya

También es de destacar, entre los tribunales mixtos, el Tribunal Especial de Camboya (TEC), creado por el Acuerdo de 6 de junio de 2004 entre el Gobierno camboyano y Naciones Unidas.¹⁹⁵ Este órgano tiene competencia para juzgar los crímenes que tuvieron lugar en el territorio camboyano durante el régimen instaurado por los Jemeres Rojos entre 1975 y 1979 que resultó con la muerte de un millón de camboyanos. El sistema diseñado consiste en una serie de Salas Extraordinarias, compuestas por una mayoría de Jueces nacionales y una minoría de Jueces internacionales.

El 26 de julio de 2010 el TEC emitió su primera Sentencia, condenando a Kaing Guek Eav (alias Duch), antiguo militar encargado de un centro de tortura, a una pena de 35 años de

¹⁹³ CSNU. Resolución 1315(2000), de 13 de agosto. S/RES/1315 (2000).

¹⁹⁴ Acuerdo entre la ONU y Sierra Leona sobre la creación de un Tribunal Especial, firmado en Freetown el 16 de enero de 2002. Disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/tribunal-especial-para-sierra-leona.html> (Consultado el 20 de julio de 2014).

¹⁹⁵ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya relativo a la persecución bajo la ley camboyana de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática, hecho en Phnom Penh, el 6 de junio de 2003.

prisión por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, habiendo sido posteriormente ampliada esta condena a cadena perpetua por la Sala Suprema de las Salas Extraordinarias el 12 de febrero de 2012.

Posteriormente, el 7 de agosto de 2014, también fueron condenados a cadena perpetua los dos máximos líderes de los Jemeres Rojos, Khieu Samphan y Nuon Chea, ambos ya octogenarios.

2.6.3 El Tribunal Especial para Líbano

Otro Tribunal mixto reseñable es el Tribunal Especial para Líbano (TEL), cuya creación fue autorizada por Resolución del CSNU de 30 de mayo de 2007¹⁹⁶ y posteriormente aprobada por el Parlamento de dicho país. Su misión es investigar y juzgar a los presuntos responsables de los ataques que tuvieron lugar el 14 de febrero de 2005 y que resultaron con la muerte del antiguo Primer Ministro Rafiq Hariri así como la muerte y las lesiones de otras personas.

Este órgano, que empezó a funcionar el 1 de marzo de 2009 con sede en La Haya, está compuesto por Jueces libaneses e internacionales y se financia en un 51% a través de contribuciones voluntarias de los Estados,¹⁹⁷ a pesar de que aplica el derecho nacional libanés. El TEL ha emitido algunas Resoluciones de carácter controvertido. Este fue el caso de la emitida el 16 de febrero de 2011 por la Cámara de Apelaciones en Relación con la Regla 68(G) de Procedimiento, en cuyo texto el Tribunal definió el terrorismo como un crimen internacional, posición que ha generado polémica entre la doctrina.¹⁹⁸ También fue muy discutida la condena, de 28 de septiembre de 2015, a Karma Khayat, directora y vicepresidenta de la Junta Directiva de la cadena Al-Jadeed TV, por desacato y obstrucción a la justicia al no haber retirado de la web de dicha cadena así como de su canal de YouTube, como lo había ordenado el TEL, una serie de programas que denunciaban supuestas deficiencias del propio Tribunal.¹⁹⁹

¹⁹⁶ CSNU. Resolución 1757 (2007), de 30 de mayo. S/RES/1757 (2007).

¹⁹⁷ Más información disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/tribunal-especial-internacional-para-el-libano/estructura-y-organizacion.html>

¹⁹⁸ Ver posición en contra de Kai Ambos en AMBOS, Kai, "Creatividad Judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 7, enero de 2012, pp. 143-173.

¹⁹⁹ Ver condena de Reporteros sin Fronteras en <http://www.rsf-es.org/news/libano-el-tribunal-especial-para-el-libano-declara-culpable-a-la-periodista-karma-khayat/>

2.6.4 El Tribunal Especial de Timor Leste

En cuanto a los Tribunales nacionales internacionalizados, es de destacar el Tribunal Especial de Timor Leste (TELE), constituido en el año 2000 por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental para juzgar los crímenes cometidos entre el 1 de enero de 1999 y el 25 de octubre de ese mismo año. Los principios de actuación de este órgano interno dependen de la autoridad de la Corte del Distrito de Dili, donde se encuentran los Paneles internacionales. Este órgano tiene jurisdicción para el enjuiciamiento de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y tortura, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de los sujetos activos y pasivos de los delitos²⁰⁰ y además sin límite temporal.²⁰¹

Autores, como Liñán Lafuente, han destacado especialmente de estos Paneles Especiales su papel en la aplicación e interpretación de la figura de los crímenes de lesa humanidad, específicamente en su faceta de crimen de persecución, dadas las características del conflicto de Timor Leste, en el que el ataque generalizado y sistemático contra la población civil presentó un fuerte contenido político.²⁰²

Salinas Acelga señala determinadas carencias de este órgano relacionadas con su efectividad, que tienen mucho que ver con la falta de voluntad política. En concreto, menciona la falta de cooperación de Indonesia así como el escaso interés de Timor Leste en la presencia de Naciones Unidas en su territorio.²⁰³ Muestra de ello es que el 20 de mayo concluyó el mandato de los Paneles especiales, a pesar de la existencia de 339 acusaciones pendientes. La jurisdicción para juzgar a las personas acusadas de crímenes perpetrados entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999 fue revertida desde entonces al Tribunal del Distrito de Dili, asistido por tres Jueces internacionales, dos Procuradores internacionales y dos Procuradores nacionales.²⁰⁴

²⁰⁰ Reglamento No. 2000/15, de 6 de junio de 2000, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, sección 2.

²⁰¹ *Ibidem*, sección 2.4.

²⁰² LIÑÁN LAFUENTE, A., "Los Tribunales penales híbridos e internacionalizados", art. cit., p. 115.

²⁰³ CASTILLO DAUDÍ, M., y SALINAS ALCEGA, S., *Responsabilidad penal del individuo...*, op. cit., p. 159

²⁰⁴ Más información disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camaras-especiales-para-los-crimenes-graves-en-timor-leste/casos-ante-los-paneles-especiales.html>

En relación con estos mismos crímenes en Timor Leste, debemos hacer una referencia al llamado Tribunal *ad hoc* de Derechos Humanos de Yakarta, creado para juzgar los crímenes cometidos en determinados distritos entre abril y septiembre de 1999. Este órgano, que solo se encarga del enjuiciamiento de crímenes de segundo nivel y no así de los principales responsables de violaciones de derechos humanos, también es visto con escepticismo por autores como Salinas Acelga.²⁰⁵

2.6.5 La Sala para los Crímenes de Guerra de Bosnia Herzegovina

Cabe también mencionar, dentro de los Tribunales nacionales internacionalizados, la Sala de crímenes de guerra del Estado de Bosnia y Herzegovina. Este órgano, compuesto por Jueces nacionales e internacionales pero perteneciente al sistema judicial del Estado en cuestión, tiene competencia para juzgar delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra a propuesta del TPIY o del Organismo de Investigación y Protección del Estado.

2.6.6 Tribunal Especial de Irak

No puede obviarse, por otro lado, la creación del Tribunal Especial de Irak, a pesar de que este órgano no constituya un buen ejemplo ni haya aportado nada positivo al derecho penal internacional. Este Tribunal, creado el 10 de diciembre de 2003 por la Autoridad Provisional de la Coalición, resultante de la invasión de Irak contraria al derecho internacional, y por el Consejo de Gobierno de este país, tiene competencia para juzgar a iraquíes o residentes en el país por delitos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad así como por la violación de determinadas leyes nacionales, llevados a cabo entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003. Sus Sentencias más célebres fueron aquellas que condenaron a muerte al ex Jefe de Estado Saddam Husein así como al ex Jefe del partido Baás, Ali Hassan al-Majid o Alí el químico.

El Tribunal Especial de Irak ha sido objeto de rotundo rechazo por parte de la doctrina. Como señala Castillo Daudí, "el conjunto de tales críticas pueden resumirse en la afirmación de que el Tribunal no es competente ni independiente, ni imparcial".²⁰⁶ Podría añadirse, además,

²⁰⁵ Véase CASTILLO DAUDÍ, M., y SALINAS ACELGA, S., *Responsabilidad penal del individuo...*, op. cit., p. 162 y ss.

²⁰⁶ CASTILLO DAUDÍ, M. y SALINAS ACELGA, S., *Responsabilidad penal del individuo...*, op. cit., p. 223.

como reproche, la pena de muerte aplicada por este Tribunal, a pesar del amplio rechazo a la misma por la mayoría de la comunidad internacional por ser contraria a los derechos humanos.

2.6.7 Salas Africanas Extraordinarias de Senegal

Concluimos este repaso con un ejemplo positivo: las "Salas Africanas Extraordinarias" de Senegal, un Tribunal híbrido compuesto tanto por Jueces senegaleses como por otros africanos seleccionados por la Unión Africana, creado para el enjuiciamiento de Hissène Habré, antiguo Jefe de Estado de Chad. Este Tribunal nació una vez que Senegal, país de residencia del antiguo dictador, se negó a proceder a su extradición a Bélgica y el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) le instara a proceder a su enjuiciamiento en consecuencia.²⁰⁷

El acuerdo formal se firmó el 22 de agosto de 2012 aunque el Tribunal no entró en funcionamiento hasta el 8 de febrero de 2013. El Estatuto de las Salas anexo al Acuerdo estipula que estas tienen jurisdicción para el enjuiciamiento de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y torturas cometidos en Chad entre el 7 de junio 1982 y el 1 de diciembre de 1990. El artículo 9 del Estatuto afirma expresamente que los crímenes de competencia de la Corte son imprescriptibles, el artículo 10 afirma la responsabilidad de los mandos y excluye la posibilidad de alegar obediencia debida, salvo como motivo de atenuante de la pena, y el artículo 20 excluye la posibilidad de alegar inmunidad de jurisdicción por razón de cargo oficial.²⁰⁸

Los cuatro Jueces instructores de las Salas llevaron a cabo una exhaustiva investigación que duró nueve meses. El 3 de mayo de 2013 Senegal y Chad firmaron un "Acuerdo de Cooperación Judicial" al objeto de facilitar el trabajo de los Magistrados instructores. La investigación incluyó misiones de los Magistrados a Chad, entre agosto y septiembre de 2013, diciembre del mismo año, marzo de 2014 y de mayo a junio de 2014. Durante estas visitas, los Jueces tomaron declaraciones de hasta 25,000 víctimas indirectas y demás testigos, incluyendo antiguos funcionarios del Gobierno de Habré.

²⁰⁷ Véase apartado 2.8 del capítulo 3.

²⁰⁸ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Senegal y la Unión Africana sobre la creación de Salas africanas extraordinarias en el seno del sistema judicial senegalés, de 22 de agosto de 2012.

El juicio comenzó el 20 julio de 2015 y a lo largo del mismo prestaron declaración 69 víctimas, 23 testigos y 10 peritos. Finalmente, el 30 de mayo de 2016 Hissène Habré fue condenado a cadena perpetua por la Comisión de crímenes de lesa humanidad, torturas y crímenes de guerra.²⁰⁹

Obviando el Tribunal Especial de Irak, podemos afirmar que la creación del resto de Tribunales híbridos o internacionalizados, junto con el nacimiento de la CPI y el trabajo de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* constituyen las piezas clave en las que se funda el Derecho penal internacional contemporáneo, cada vez más consolidado. No puede obviarse, en relación con estas aportaciones, la decisiva contribución de las jurisdicciones nacionales en aplicación del principio de jurisdicción universal. De entre estas, destaca muy especialmente la contribución del Estado español, principalmente a través de la actividad de la AN surgida a raíz de los ya históricos procesos conocidos como "los Juicios de Madrid", que serán objeto de pormenorizado análisis en este trabajo.

El repaso a los hechos que han forjado el derecho penal internacional a partir del siglo XX permite distinguir, a modo de conclusión, un importante cambio en cuanto a la fundamentación del principio de jurisdicción universal a lo largo de la Historia: si bien durante sus primeras manifestaciones, relacionadas originalmente con los crímenes de piratería, la aplicación del principio se basaba en cuestiones prácticas derivadas de la dificultad de persecución de ciertos delitos, el derecho contemporáneo ha puesto el acento en la gravedad de los propios crímenes para la extensión de la jurisdicción penal, constituyendo el punto de partida y máximo representante de este nuevo paradigma el conjunto de procesos celebrados en Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial. Esa tendencia ha continuado con la creación de otros Tribunales internacionales, cada vez más evolucionados y fruto de un mayor consenso, hasta la creación de una Corte internacional permanente para el juzgamiento de los grandes crímenes internacionales como máxima expresión del principio de jurisdicción universal, y con carácter complementario de los Tribunales nacionales, que también actúan como agentes de la comunidad internacional en su conjunto en aplicación de dicho principio.

²⁰⁹ *Prononce et résumé du jugement dans l'affaire Le Parquet General contra Hissène Habré*, 30 de mayo de 2016. Texto disponible [http://www.chambresafraicaines.org/pdf/Prononc%C3%A9-r%C3%A9sum%C3%A9%20du%20Jugement%20HH%2020160528%20\[620786\].pdf](http://www.chambresafraicaines.org/pdf/Prononc%C3%A9-r%C3%A9sum%C3%A9%20du%20Jugement%20HH%2020160528%20[620786].pdf)

En esta línea, se espera que la evolución del derecho penal internacional culmine, en un futuro, con la existencia de un sistema normativo de alcance global, a modo de Código penal internacional, que aspire a erradicar la impunidad de las más graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos en el marco de una seguridad jurídica cada vez mayor.

Capítulo 2
**Concepto, fundamento y límites del principio
de jurisdicción universal**

1. Los diferentes títulos de jurisdicción

La noción de jurisdicción puede ser entendida, en su sentido más amplio, como el conjunto de competencias inherentes a la soberanía de los Estados. Dentro de estas, destacan aquellas relacionadas con el *ius puniendi* estatal. Como recuerda Lamarca Pérez, el nacimiento del Estado moderno se produce gracias a la expropiación de los poderes previamente detentados tanto por la Iglesia y el Imperio como por los Señores feudales, siendo seguramente la más importante de estas competencias expropiadas el monopolio del derecho a castigar, pues "en la actualidad resulta inconcebible un concepto de Estado que no se encuentre asociado a una atribución exclusiva y excluyente de la facultad penal".¹

En el ámbito penal, que constituye el objeto de este trabajo, la noción de jurisdicción que interesa alude a un conjunto de normas que tienen que ver con la proyección de las competencias estatales en el espacio. En concreto, nos referimos a las reglas o principios que atribuyen la competencia a los Tribunales de un Estado para someter a su jurisdicción delitos come-

¹ LAMARCA PÉREZ, C., "El principio de justicia universal...", *op. cit.*, p. 1099.

tidos tanto en el propio territorio como en territorio extranjero:² el principio de territorialidad, el de personalidad, el real o de protección de intereses y el de jurisdicción universal.³

1.1. Principio de territorialidad

Es de común aceptación que la jurisdicción penal presenta, en su modalidad de carácter más tradicional y pacífico, una dimensión territorial. No podría ser de otra forma en cuanto que el territorio, junto con la población y la organización política es uno de los elementos constitutivos del propio Estado, lo que naturalmente significa que la jurisdicción estatal presente una proyección circunscrita al propio territorio como norma general. Así pues, en términos generales los Estados tienen la capacidad así como el deber de conocer de aquellos delitos cometidos en los territorios sometidos a su jurisdicción, con independencia de la nacionalidad de los presuntos responsables así como de la de las víctimas.

En efecto, el principio de territorialidad, consagrado en el artículo 8 del Código civil español (CC)⁴ así como en el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ),⁵ constituye el punto básico e inicial en lo que se refiere a la aplicación de las normas penales en el espacio.⁶ La razonabilidad de este principio es incuestionable desde el punto de vista de política criminal, teniendo en cuenta la clara proximidad del Estado en cuestión con la conducta delictiva llevada a cabo. Además, no deben olvidarse otras razones de índole práctico, como el hecho de que el principio de territorialidad excluye, en principio, conflictos entre Estados sobre el ejercicio del *ius puniendi*.

² DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley penal)*, Colex, Madrid, 1990, p. 22.

³ Ésta es la clasificación más común, si bien algunos autores añaden algunas variantes, como el principio de justicia supletoria o principio de representación. Así, Tomás Ortiz de la Torre se refiere al principio de representación, seguido por el Convenio Europeo de transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, según el cual un Estado tendrá competencia para perseguir un delito en aquellos casos en los que pueda hacerlo en lugar de otro Estado que posea vínculos de conexión más directos, siempre que se cumplan ciertos requisitos, como la doble incriminación, la existencia de un acuerdo entre ambos Estados en tal sentido o la presencia de la persona sospechosa en el territorio del Estado en cuestión. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, "Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 38, 2005, p. 9.

⁴ Art. 8 CC: "Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallan en territorio español".

⁵ Art. 23.1 LOPJ: "En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte".

⁶ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *El Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 31.

Ambos introduce dos interesantes variantes del citado principio de territorialidad: el "principio del efecto", de acuerdo con el cual "puede el ius puniendi fundamentarse territorialmente en que la acción realizada en el extranjero ha desplegado sus efectos en el interior del país que pretende ejercer la competencia penal",⁷ así como el "principio del pabellón", que "atribuye el poder soberano sobre buques, aeronaves y vehículos espaciales al Estado cuyo pabellón enarbolan o bajo el que estén registrados".⁸

No obstante lo anterior, está claramente aceptado entre la doctrina desde hace tiempo que la regla relativa al carácter general del principio de territorialidad de la jurisdicción penal es insuficiente por sí sola para explicar el alcance de la ley penal en el espacio y, por lo tanto, existen otros títulos jurisdiccionales. Ciertamente, la ya comentada Sentencia del TPJI relativa al caso *Lotus*, aseguraba a principios de siglo que no existe una prohibición en derecho internacional para que los Estados extiendan su jurisdicción penal fuera de su territorio.⁹ Sin embargo, estas otras modalidades deben responder a determinados requisitos o vínculos de conexión más o menos tasados, que veremos a continuación.

1.2. Principio de personalidad

Junto al principio de territorialidad existen otros cuatro títulos de jurisdicción, consagrados tanto en la doctrina como en diversos instrumentos legales, domésticos e internacionales. Dos de estos títulos están relacionados con la nacionalidad como criterio de atribución de la competencia penal: el principio de personalidad activa y el principio de personalidad pasiva. Ambos conforman el principio de personalidad en sentido amplio, cuyo fundamento es bien diferente del de territorialidad. Así, mientras el principio de territorialidad se sustenta en un elemento objetivo, como el territorio soberano de un Estado, el principio de personalidad pivota sobre un elemento subjetivo (la relación Estado-ciudadano).¹⁰

Encontramos en primer lugar el principio de personalidad activa, en virtud del cual se le atribuye competencia a un Estado para el enjuiciamiento de hechos cometidos en el extranjero

⁷ AMBOS, K., *Temas de Derecho penal...*, op. cit., p. 85.

⁸ Ídem, p. 87.

⁹ TPJI, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, loc. cit.

¹⁰ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 100.

por sus nacionales. Este principio, que puede resumirse gracias a la clásica cita de Beccaria según la cual la ley penal sigue al ciudadano "como la sombra al cuerpo",¹¹ se caracteriza por estar muy ampliamente aceptado debido, como apunta Sánchez Legido, "al reconocimiento de la nacionalidad como el más fuerte vínculo de unión entre Estado e individuo, del cual derivarían para este último especiales deberes de fidelidad hacia aquel".¹²

Ambos, quien también añade el principio del domicilio como variante del principio de personalidad activa, afirma que este título jurisdiccional radica en el principio internacional de soberanía popular. Este principio, en palabras del autor, "está reconocido en Derecho internacional y se ha extendido también en el Derecho extranjero, al generarse la necesidad práctica de recurrir a él, especialmente en aquellos sistemas jurídicos que prohíben la extradición de los propios nacionales; o sea, de modo particular, en los del ámbito jurídico continental europeo, a los que siguen la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos".¹³

El principio de personalidad activa está plasmado en la legislación española a en el artículo 23.2 LOPJ,¹⁴ que habilita a los Tribunales españoles para conocer de delitos cometidos por nacionales en territorio extranjero siempre y cuando los hechos cometidos sean punibles también en el lugar de ejecución, exista querrela del Ministerio Fiscal o el agraviado y con el correspondiente respeto al principio de *ne bis in idem*.

Menos aceptación tiene el segundo de los títulos relacionados con la nacionalidad: el principio de personalidad pasiva. En virtud del mismo, es la nacionalidad de la víctima el criterio de atribución de competencia penal a los tribunales de un Estado, aun cuando los delitos en cuestión se hubiesen cometido fuera de su territorio y/o por un nacional de un tercer Estado.

¹¹ Citado en LAMARCA PÉREZ, C., "El Principio de Jurisdicción Universal...", *op. cit.*, p. 1100.

¹² SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, *op. cit.*, p. 34.

¹³ AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁴ Art. 23.2 LOPJ: "También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda".

Este principio encuentra su fundamento en la desconfianza de los Estados con respecto a la protección jurídica de sus propios nacionales en el extranjero.

El principio de personalidad pasiva fue inicialmente rechazado por la mayor parte de los Estados de la esfera internacional así como por un amplio sector doctrinal. Díez Sánchez sintetiza las objeciones doctrinales, teniendo que ver el mayor número de ellas con la consideración del principio de personalidad pasiva como una manifestación extrema del principio real o de protección de intereses, y advirtiendo del riesgo que, según numerosas opiniones, comporta el citado principio pues, según estos, podría implicar una desconfianza infundada frente a la Justicia de otros Estados.¹⁵

Ambos cuestiona este principio desde tres puntos de vista. En primer lugar, entiende que este título de jurisdicción no tiene como fundamento el "proteger la existencia del país de origen",¹⁶ como sí ocurre con el principio de protección de intereses. Además, añade el autor, "en la medida en que la relación entre el Estado de origen y el territorio estatal ajeno solo surge a través del atentado contra el nacional del Estado de origen, esta no existe —como ocurría con el principio de personalidad activa— en cualquier momento, ni en particular antes de la comisión del hecho".¹⁷ Por último, Ambos también se muestra contrario a la aplicación del derecho penal del Estado de origen, desconocido por los autores del hecho delictivo, que con frecuencia también ignoran el propio hecho de haber atacado a una persona extranjera.

En efecto, resulta más que controvertida la legitimidad del principio de personalidad pasiva que, efectivamente, implica desconfianza hacia los sistemas jurídicos ajenos al de nacionalidad de la víctima y que quizás extienda en exceso el ámbito de la soberanía estatal más allá de las fronteras nacionales. Sin embargo, no podemos obviar la gran proliferación de Estados cuyos regímenes políticos permiten o incluso fomentan la impunidad de ciertas violaciones de derechos humanos. En cualquier caso, podemos afirmar que el alcance de este título jurisdiccional debería ser muy limitado, pues su único fundamento parece ser el de evitar la

¹⁵ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El Derecho Penal Internacional...*, op. cit., pp. 114-115. Bacigalupo Zapater entiende, por su parte, que esta desconfianza tiene una justificación razonable en el caso de las dictaduras, "pues por definición, en éstas nadie tiene una protección jurídica segura". BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, p. 220.

¹⁶ AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal...*, op. cit., p. 92

¹⁷ *Ibidem*.

impunidad de aquellos crímenes cometidos en Estados carentes de un sistema jurídico eficaz y respetuoso de los derechos fundamentales.

El escaso reconocimiento doctrinal del principio de personalidad pasiva ha quedado reflejado en la legislación española, que no ha plasmado este título de jurisdicción, si bien de forma indirecta, hasta la última reforma de la LOPJ operada en 2014. Así, el artículo 23.4 LOPJ en su redacción actual se limita a reconocer el principio de personalidad pasiva para ciertos y muy concretos delitos, como son los delitos de terrorismo y los delitos de tortura y desaparición forzada, aunque sometidos a ciertos condicionantes.¹⁸

1.3. Principio real o de protección de intereses

El tercer título de atribución de competencia penal tiene que ver con la organización política como componente de la soberanía estatal. Es conocido como el principio de protección de intereses o de protección real y en virtud del mismo se otorga competencia a un Estado para el enjuiciamiento de delitos que, si bien no han sido cometidos en su territorio ni afectan a sus nacionales, sí inciden en los intereses esenciales del país en cuestión.

Ambos reflexiona acerca del fundamento de este título de jurisdicción tan ampliamente reconocido por la doctrina: "Late en el fondo la reflexión correcta de que ningún Estado puede verse impotente, obligado a presenciar pasivamente atentados a su integridad política y militar mientras que, como es frecuente, el Estado territorial o no puede perseguirlos por falta de punibilidad o, por razones políticas, renuncia a hacerlo".¹⁹

Las características de este principio, comúnmente extendido en los ordenamientos jurídicos de la comunidad internacional, propician que su aplicación se limite casi en exclusividad a delitos relacionados con la seguridad del Estado o con el funcionamiento de su sistema económico. Así lo hace el art. 23.2 LOPJ, precepto que plasma el principio real en el ordenamiento jurídico español.²⁰

¹⁸ Artículo 23.4 LOPJ, objeto de análisis con posterioridad en esta obra.

¹⁹ AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 90.

²⁰ En concreto, el artículo 23.3 LOPJ contempla este título de jurisdicción para los delitos "a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e)

La doctrina ha aceptado tradicionalmente el principio de protección real, al considerar razonable que los Estados se reserven la aplicación de su propia legislación cuando en terceros países se lesionen bienes jurídicos de especial importancia para su organización política. Máxime, como apunta Díez Sánchez, "si algunos de esos bienes, por su especial naturaleza (v.g. traición o delitos en general contra la seguridad exterior del Estado) no pueden ser protegidos sino por sus mismas leyes".²¹

No obstante, el principio de protección real no tiene, ni por asomo, un alcance absoluto. Ningún Estado puede realizar de forma ilimitada intervenciones en el territorio de otro aplicando su *ius puniendi* a cuantos bienes jurídicos internos estime apelando a la legítima defensa. El principio real solo opera en la defensa de bienes esenciales para la propia existencia del Estado en cuestión, rechazándose su aplicación para la protección de otros bienes jurídicos de menor importancia o incluso para bienes jurídicos individuales (llevando esto último a una confusión con el principio de personalidad pasiva). No podría ser de otra manera, ya que el principio de derecho internacional de no intervención impide que un Estado someta a su jurisdicción hechos cometidos fuera de su territorio y por extranjeros de manera ilimitada y sin la existencia de un punto legítimo de conexión.

1.4. Principio de jurisdicción o justicia universal

El cuarto y último principio de jurisdicción es el principio de jurisdicción o justicia universal, también conocido como principio de jurisdicción cosmopolita. Este título se diferencia esencialmente del resto porque no encuentra en ninguno de los tradicionales nexos de conexión, que son aquellos que coinciden con los rasgos característicos del Estado: territorio, población u organización política. Desde esta perspectiva, el principio de jurisdicción universal se distingue porque la razón última de la competencia que confiere a los Estados deriva de la naturaleza de los bienes jurídicos que protege, esto es, la represión de crímenes internacionales que atacan contra los intereses de la sociedad en su conjunto.

Falsificación de la moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) Los relativos al control de cambios".

²¹ Díez Sánchez, J.J. *El Derecho Penal Internacional...*, op. cit., p. 138.

1.4.1. La soberanía estatal en la sociedad internacional contemporánea

Como se expuso en el repaso histórico de la evolución del principio de jurisdicción universal, si bien en sus inicios esta herramienta estuvo muy relacionada con cuestiones de índole práctico, en su época más contemporánea se ha convertido en un instrumento esencial para la persecución y el enjuiciamiento de las grandes violaciones a los derechos humanos, constituyendo precisamente su razón de ser la represión de estas prácticas.

El concepto de soberanía estatal ha evolucionado a medida que lo hacía la propia sociedad internacional. Cuando los Estados eran considerados como los únicos sujetos de derecho internacional, la soberanía era concebida como la capacidad de los Estados de actuar de forma discrecional sobre los elementos que los definen como tales —gobierno, población y territorio— sin interferencias por parte de otros sujetos internacionales. Este concepto tradicional de soberanía ha marcado las relaciones internacionales desde su nacimiento y del mismo han sido derivados los principios fundamentales del derecho internacional clásico, especialmente el principio de igualdad de los Estados y la obligación de no injerencia en los asuntos internos.²² Las repercusiones de este concepto tradicional de soberanía en la manera de concebir la jurisdicción son claras, como apunta Bassiouni: "Las facultades de prescribir, sentenciar y hacer cumplir se derivan de la soberanía. Entonces, el ejercicio de la jurisdicción penal nacional ha estado históricamente ligado, si no limitado, al territorio de un Estado y, por extensión, al territorio bajo el dominio y control de una autoridad legal dada que ejerce prerrogativas soberanas de hecho o de derecho".²³

Sin embargo, a medida que los intereses estatales dejaron de caracterizar en exclusiva las relaciones internacionales y la dignidad humana hizo aparición como elemento central, nuevos principios emergieron con fuerza desvirtuando los tradicionales atributos de la soberanía. Así, el principio de respeto a los derechos humanos, el de prohibición del uso de la fuerza o el de solidaridad han, al menos, matizado las notas de independencia, igualdad soberana y autonomía que caracterizaron las relaciones internacionales del pasado. Esto siempre entendiendo que no se trata de la supresión de la soberanía estatal sino más bien de un nuevo equi-

²² CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 19.

²³ BASSIOUNI, M. Ch., *Jurisdicción Universal...*, op. cit., p. 8.

libro que permita la consecución de estos nuevos valores, "preservando siempre la libre voluntad de los pueblos y su derecho a decidir y elegir libre y permanentemente su sistema político, económico, social y cultural, sin menoscabo de la dignidad humana, de las relaciones pacíficas entre los mismos y del derecho a su desarrollo".²⁴

La soberanía de los Estados continúa siendo un principio constitucional del derecho internacional público. Esta no ha sido desplazada por la irrupción de la dignidad de la persona como eje transformador de la sociedad internacional. Sin embargo, resulta evidente que se ha visto sometida a un proceso de erosión, habiendo sido relativizada por la normativa internacional en materia de derechos humanos y, muy especialmente, por la creación de los Tribunales penales internacionales.²⁵

Un claro ejemplo del cambio de paradigma del que venimos hablando en relación con el concepto de soberanía estatal lo constituye el principio de jurisdicción universal, que, como apunta Pérez Cepeda, "se ha llegado a interpretar como una delegación de cierto grado de soberanía supranacional admitida, en torno a determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ése se encuentra interesada".²⁶

Ollé Sesé va más allá, al afirmar que "la relación derecho interno, territorio, interés nacional (e incluso internacional) y soberanía, se sustituye por DI [Derecho Internacional], protección de bienes jurídicos supranacionales (aunque también nacionales) y soberanía".²⁷ E incluso que "el ejercicio de la soberanía de los Estados, en cumplimiento de las obligaciones derivadas del DI, es la que otorga validez para la persecución judicial de estos crímenes internacionales cometidos en un tercer Estado".²⁸ Desde esta perspectiva, se entiende que si un Estado soberano viola los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, incumpliendo de este modo las obligaciones internacionales a las que está sometido, ha de ser otro Estado el que se encargue de colmar esta laguna como agente de la comunidad internacional. En este sentido,

²⁴ PEREA UNCETA, Juan Antonio, "Reflexiones sobre las restricciones a la soberanía del Estado en el Derecho internacional contemporáneo", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXVII, 2004, p. 99.

²⁵ CASSESE, Antonio, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?", en CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (dirs.), *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Presses Universitaires de France, París, 2002, p. 14. También en CARRILLO SALCEDO J. A., *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ PÉREZ CEPEDA, A. I., "Principio de Justicia penal...", *op. cit.*, p. 62.

²⁷ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 268.

²⁸ *Ibidem*.

las obligaciones *erga omnes* derivadas del derecho internacional se constituirían como el nexo entre la jurisdicción universal y la soberanía interestatal.²⁹

Esto implica que, en lo que se refiere a la persecución de los responsables de las grandes violaciones de los derechos humanos, los tradicionales principios de autonomía y de no injerencia en los asuntos internos de los Estados deben flexibilizarse en pro de los intereses del conjunto de la comunidad internacional. Ambos se expresa en este sentido, señalado que el respeto a los derechos humanos no es asunto interno de un Estado. En efecto, como explica el autor: "Al ser una cuestión que afecta a toda la humanidad, sobre tales asuntos no pueden darse Derechos de soberanía nacional. Por ello, éstos tampoco pueden vulnerarse cuando un Estado, en el marco del principio de jurisdicción universal, extiende su *ius puniendi* a un hecho cometido en el extranjero".³⁰

No debe olvidarse que la inmensa mayoría de las grandes violaciones de derechos humanos se producen con la aquiescencia de los gobiernos de los territorios en los que estas se producen, generalmente en el marco de dictaduras o de regímenes con graves carencias democráticas. El respeto absoluto de los principios de igualdad soberana o de no injerencia en los asuntos internos de los Estados no puede ni debe convertirse en la hipotética justificación para perpetuar el desprecio que determinados Estados muestran hacia su propia ciudadanía.

Dicho lo anterior, tampoco pueden obviarse los riesgos relacionados naturalmente con la aplicación del principio de jurisdicción universal, pues el mal uso de este título competencial puede inducir a abusos por parte de las potencias dominantes así como a serios conflictos diplomáticos. Bassiouni alerta de los principales peligros de una utilización indiscriminada del principio de jurisdicción universal,

No puede permitirse que la jurisdicción universal llegue a ser un fuego griego, incontrolado en su aplicación y destructivo de los procesos legales internacionales. Si tal fuere el caso, produciría conflictos

²⁹ *Ibidem*, p. 269. García Arán también hace referencia al principio de justicia universal como punto de conexión entre la soberanía estatal y el derecho internacional. En palabras de la autora: "No se trata, por tanto, de una mera extensión de la propia competencia para proteger a los propios nacionales o los propios intereses, sino del ejercicio de la soberanía propia, en cierta forma como delegación de un grado de soberanía supranacional admitido en torno a determinados bienes jurídicos o como órgano de la comunidad internacional que es el primer titular de los mismos". GARCÍA ARÁN, Mercedes, "El principio de justicia universal en la LO del Poder Judicial español", *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 66.

³⁰ AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 94.

de jurisdicción entre Estados con el potencial para amenazar el orden global, sujetar a los individuos a abusos de procesos judiciales, violar los derechos humanos y dar lugar a persecuciones motivadas políticamente y a la denegación de justicia. Adicionalmente, existe el peligro de que la jurisdicción universal pueda ser percibida como una jurisdicción hegemónica ejercitada principalmente por algunas potencias occidentales contra personas de naciones en vías de desarrollo.³¹

Un claro ejemplo de cómo en ocasiones el ejercicio del principio de jurisdicción universal puede suponer una violación de la soberanía estatal lo constituyen los ya comentados hechos relacionados con el apresamiento ilegal del militar nazi Adolf Eichmann por parte de las autoridades israelíes en suelo argentino. Independientemente de los datos positivos que pudiesen extraerse del caso Eichmann, por sus innovaciones jurisprudenciales en materia de crímenes internacionales, deben condenarse las intromisiones en la soberanía estatal de tal calibre y, en definitiva, la falta de garantías de este tipo de detenciones.

No obstante lo anterior, y al margen de la posibilidad de los abusos descritos, no debe olvidarse que la existencia de Estados soberanos sigue resultando hoy de vital importancia, como prueba el caos reinante en aquellos "Estados fallidos" que carecen de una verdadera autoridad estatal en condiciones de velar por los intereses generales de la ciudadanía y que ejerza, en definitiva, de garante de los derechos humanos.

1.4.2. Concepto de jurisdicción universal

El principio de jurisdicción universal está regulado por el artículo 23.4 LOPJ, precepto que, como veremos más adelante, merece mención aparte tanto por la intensidad de su contenido como por los numerosos cambios de redacción que ha sufrido a lo largo de las últimas décadas, fruto de las diferentes concepciones que acerca del mismo ha tenido el Poder Legislativo. En cualquier caso, este precepto no ayuda demasiado a definir de forma clara el principio de jurisdicción universal.

También resulta muy complicado encontrar, a nivel internacional, una definición del principio de jurisdicción universal de común acuerdo. Como ya expuso la Jueza del TIJ, Van den Wyngaert, en su voto particular emitido con ocasión de la Sentencia de este Tribunal interna-

³¹ BASSIOUNI, M. Ch., *Justicia Universal...*, op. cit., p. 61.

cional en relación con la denuncia presentada por la República Democrática del Congo contra Bélgica por la orden de detención dictada por este último Estado contra el Ministro de Asuntos Exteriores del primero: "No existe una definición de jurisdicción universal generalmente aceptada en el derecho internacional convencional o consuetudinario".³²

Dada esta ausencia de definición de alcance general, varias han sido las definiciones doctrinales hasta la fecha. Sánchez Legido señala, con gran acierto, la existencia de dos tipos de conceptos doctrinales. Encontraríamos un primer grupo de autores que al definir la jurisdicción universal hacen énfasis en los efectos y consecuencias de esta, señalando la ausencia de puntos de conexión del Estado con los hechos enjuiciados. Según esta primera corriente la jurisdicción universal se trata de un título en virtud del cual "los Jueces y tribunales de un determinado Estado asumen competencia para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros y sin que tal Estado pueda considerarse especialmente lesionado".³³ Además de los autores que el propio Sánchez Legido menciona al referirse a este primer grupo,³⁴ destaca entre la doctrina española Pigrau Solé por haber publicado una definición de similares características.³⁵

Un segundo grupo de autores hace hincapié, en cambio, en el propio fundamento del principio de jurisdicción universal. "Desde esta perspectiva, el principio de justicia universal se caracterizaría por ser un título de jurisdicción operativo, con las consecuencias antes vistas, para la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la humanidad o/y de la Comunidad Internacional (...)"³⁶

Sánchez Legido prefiere, sin embargo, un concepto que combine ambas perspectivas. Así define, pues, el principio de jurisdicción universal como "aquel en virtud del cual se asigna competencia a las autoridades de un Estado para la represión de delitos que, independiente-

³² TIJ. Sentencia de 14 de febrero de 2002. Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000. (República Democrática del Congo c. Bélgica). Opinión disidente de la Jueza Van den Wyngaert. Párr. 44.

³³ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, op. cit., p. 38.

³⁴ Cita como referencias doctrinales en este primer grupo a autores como Andries, A., Van Den Wijngaert., Ch., David, E., Verhaegen, J., Bowett, D., Carnegie, A.R., Cassel, D., Meron., Th., Mann, F.A., Malanczuk, P., Randall, K., O Remiro Brotons, A.

³⁵ "(...) se puede entender por jurisdicción universal la capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión y la atribución a sus Tribunales de la capacidad —que puede estar o no sujeta a restricciones— de conocer de los mismos". PIGRAU SOLÉ, A., "La Jurisdicción Universal...", op. cit., p. 24.

³⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, op. cit., p. 39. Sitúa en este grupo a García Arán, M., Stern, B., Martín Martínez, M.M., O Mckay, F.

mente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales o supranacionales de especial importancia, y que por ello, trascienden la esfera de intereses individuales y específicos de uno o varios Estados en particular".³⁷

Ollé Sesé también combina ambas perspectivas, haciendo además mención a las dos posibles fuentes de la jurisdicción universal: el derecho penal interno y el derecho penal internacional.³⁸ El autor distingue entre jurisdicción universal en sentido amplio y jurisdicción en sentido estricto, de forma que la primera haría referencia al ejercicio de la jurisdicción cosmopolita tanto por Tribunales nacionales como por órganos internacionales y mixtos mientras que la segunda se referiría a aquella exclusivamente ejercitada por tribunales domésticos.³⁹

Dentro de estas definiciones algunos autores, como Pérez Cepeda, van más allá, entendiendo el principio de jurisdicción universal como una obligación estatal más que como una mera facultad o posibilidad con la que cuentan los legisladores o los Tribunales de un Estado.⁴⁰ Por su parte, Méndez Rodríguez califica a la jurisdicción universal de necesidad a través de la definición propuesta: "De entre los al menos cinco significados que se otorgan a esta expresión aquí se entiende que con ella nos referimos a la necesidad de enjuiciar y sancionar en todo

³⁷ *Ibidem*, p. 40. Otros autores, como Chinchón Álvarez, optan por definiciones en términos similares: (...) "por principio de jurisdicción universal debe entenderse aquél en virtud del cual se atribuye competencia a las autoridades de un Estado para la represión de aquellos crímenes que independientemente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de sus autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales que se han considerado de especial importancia, y que por ello trascienden la esfera de intereses individuales de uno o varios Estados". CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "El Principio de jurisdicción universal. Concepto y fundamentos lógico y jurídico", *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, núm. 112, 2014, pp. 8-9

³⁸ Así, define el principio de justicia universal "como el derivado del DI [Derecho Internacional] que posibilita a los Tribunales internos ejercer, en representación de la comunidad internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de las víctimas y victimarios, mediante la aplicación del DP [Derecho Penal] interno y/o DPI [Derecho Penal Internacional]". OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 145. Pérez Cepeda también realiza esta distinción en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Principio de Justicia penal Universal versus principio de jurisdicción penal Internacional", PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *El Principio de justicia universal: Fundamentos y Límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 62.

³⁹ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁰ "El principio de justicia universal, que cuenta ya con una praxis jurisprudencial y tiene una trascendencia en el pensamiento jurídico, político, determina la obligación general para todos los Estados de castigar a los responsables de los crímenes internacionales más graves, independientemente de la nacionalidad de sus autores, del lugar donde hayan sido cometidos y no siendo necesaria la existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito". PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, "El principio de Justicia Universal", en PÉREZ CEPEDA, A. I. y BENITO SÁNCHEZ, D. (dirs.), *El Principio de Justicia Universal. Una propuesta de Lege Ferenda/The Principle of Universal Justice. A de Lege Ferenda Proposal*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, p. 9.

caso a los autores de determinados delitos, lo que conlleva el alcance extraterritorial de la jurisdicción nacional y el alcance universal de los tribunales nacionales".⁴¹

Un amplio sector doctrinal defiende una doble definición de jurisdicción universal, en función de la naturaleza del delito en cuestión a la que se haga referencia: el principio de jurisdicción universal pura o absoluta y el principio de jurisdicción universal relativa o limitada. El primer concepto se aplicaría pues, a los crímenes internacionales más graves, mientras que el segundo se aplicaría al resto de delitos. En palabras de Benito Sánchez:

Al momento de ser incorporados estos principios a los Ordenamientos jurídicos de los Estados, el legislador debe tener en cuenta que el primero no puede encontrar limitaciones basadas en la necesidad de constatar un vínculo legítimo de conexión entre el Estado cuyos tribunales quieren conocer del asunto y los hechos enjuiciados, pues, como se ha indicado, se trata de hechos que afectan a bienes jurídicos que pertenecen a toda la humanidad, por lo que cualquier Estado tiene interés en perseguir y procesar a los responsables. El segundo, por el contrario, sí debe encontrar un límite en la exigencia de un vínculo legítimo de conexión entre el Estado que quiere conocer del asunto y los hechos enjuiciados.⁴²

En la misma línea Cassese distingue entre jurisdicción universal pura o absoluta y jurisdicción universal condicionada. Según el primero de los sistemas, las jurisdicciones nacionales pueden iniciar investigaciones penales contra cualquier persona sospechosa de la comisión de graves crímenes internacionales sin necesidad de que el individuo en cuestión se encuentre, aunque sea de paso, en el territorio de dicho Estado. El segundo tipo de jurisdicción universal condiciona, en cambio, esta capacidad a diversos factores. Entre ellos principalmente destaca la presencia del acusado en el territorio en cuestión, la existencia de víctimas de dicha nacionalidad o bien la afectación de intereses nacionales en la comisión de tales crímenes. Cassese, que se manifiesta contrario a la jurisdicción universal absoluta principalmente por razones prácticas, estima más correcto que la jurisdicción universal esté condicionada, al menos, a la presencia del acusado en el territorio del Estado durante el tiempo necesario para que el Fiscal o Juez de Instrucción puedan iniciar una investigación penal.⁴³

⁴¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., "Delitos objeto del principio de justicia universal: naturaleza y límites", en VV.AA., *El principio de Justicia...* *op. cit.*, p. 320.

⁴² BENITO SÁNCHEZ, C. D., "Conclusiones", *op. cit.*, pp. 670-671.

⁴³ CASSESE, A., "Y a-t-il...", *op. cit.*, pp. 22-26.

No se defenderá en este trabajo, sin embargo, este tipo de clasificaciones de la jurisdicción universal. En mi opinión, este concepto implica *per se* un título jurisdiccional fundado exclusivamente en la naturaleza de los crímenes que enjuicia. Por consiguiente, cualquier tipo de limitación de este concepto basada en la necesidad de justificar su razón de ser en la existencia de nexos de conexión ajenos a la gravedad de los delitos que contempla no supone más que una desvirtuación del propio concepto y no una mera tipología del mismo.⁴⁴

La definición de Amnistía Internacional, que debe ser mencionada por constituir una referencia en la materia a nivel mundial, tampoco hace mención a la existencia de vínculos más allá de la gravedad de los hechos enjuiciados. Así, la organización entiende que la jurisdicción universal "es la capacidad de los tribunales de cualquier Estado para iniciar enjuiciamientos por delitos cometidos fuera de su territorio y no relacionados con ese Estado por la nacionalidad del acusado o de las víctimas ni por daños causados a sus intereses nacionales".⁴⁵

Incluso el Consejo de la Unión Europea, cuyas manifestaciones acerca de la justicia universal son tradicionalmente más restrictivas, se pronuncia de forma parecida en torno a esta cuestión. Así, en su Informe sobre el Principio de Jurisdicción Universal de 16 de abril de 2009, define este concepto como "la afirmación por parte de un Estado de su jurisdicción sobre presuntos crímenes cometidos en el territorio de otro Estado por nacionales de otro Estado contra nacionales de otro Estado, no planteando el presunto crimen ninguna amenaza directa para los intereses vitales del Estado que afirma su jurisdicción".⁴⁶

⁴⁴ En este mismo sentido se pronuncia Ferrer Lloret: "Pero en su sentido más estricto, la jurisdicción universal implica que no existe ningún vínculo con el Estado territorial, ya sea el referido a la nacionalidad del autor y/o de la víctima del delito, ya sea el relativo a la presencia del inculpado en el territorio del Estado que aplica la jurisdicción universal. En otros términos, resulta más correcta la denominación de jurisdicción universal cuando no se da ninguno de estos vínculos, y hacer uso de la expresión jurisdicción universal territorial, para calificar el ejercicio de la jurisdicción respecto de hechos cometidos en el extranjero cuando el imputado se encuentra en el territorio del Estado. Desde esta perspectiva, resultaría redundante insistir en que el ejercicio de la jurisdicción universal es in absentia del imputado en el territorio". FERRER LLORET, Jaume, "Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XVIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2002, p. 315.

⁴⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Comisión de Derecho Internacional, Obligación de Extraditar o Juzgar (aut dedere aut judicare)*, IOR 40/001/2009, febrero de 2009, p. 8.

⁴⁶ *Informe de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de Jurisdicción Universal de 16 de abril de 2009*. Consejo de la Unión Europea (8672/1/09), p. 7. Añade, además, el informe, que la jurisdicción universal viene a constituir el reclamo de un Estado de "procesar delitos en circunstancias en las que ninguna de las conexiones tradicionales de territorialidad, nacionalidad, personalidad pasiva o principio de protección existen en el momento de la comisión de la presunta ofensa".

También en el ámbito internacional destacan los llamados "Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional", adoptados por el "Grupo de Bruselas por la justicia internacional".⁴⁷ Según el Principio 13: "La 'competencia universal' es el derecho del Estado de perseguir judicialmente y juzgar al presunto autor de una infracción, sean cuales sean el lugar de la infracción, la nacionalidad o la residencia del presunto autor o de la víctima",⁴⁸ configurando el principio de jurisdicción universal como una potestad y no una obligación.

Mención aparte debe hacerse de la definición de jurisdicción universal formulada en los conocidos como "Principios de Princeton", redactados por una serie de juristas internacionales de gran prestigio y dotados de fuerza legal al haber sido convertidos en documento oficial de la AGNU. Según el texto del Principio 1, relativo a los "Fundamentos de la Jurisdicción Universal": "A los fines de los presentes Principios, se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción".⁴⁹

En mi opinión, una definición correcta del principio de jurisdicción universal debe hacer mención tanto a los efectos de este título de jurisdicción como a su propio fundamento, haciendo hincapié en la ausencia de puntos de conexión ajenos a la propia naturaleza de los hechos enjuiciados. Por otro lado, a mi parecer, esta herramienta no debe definirse como una obligación, pues, como veremos, del derecho internacional sobre la materia no se deriva tal condición. Así pues, y a modo de conclusión, a efectos del presente trabajo se entenderá que la jurisdicción universal es el título que otorga competencia a los Estados para ejercer su *ius puniendi* al margen de la existencia o no de los nexos tradicionales (territorio, nacionalidad de la víctima o de los responsables o la afectación de intereses relacionados con la propia soberanía) con base en la especial gravedad de los crímenes objeto de la misma y/o a las dificultades prácticas que conlleva la represión de los mismos en el lugar de su comisión.

⁴⁷ Con motivo del coloquio "Luchar contra la Impunidad: desafíos y perspectivas (Bruselas, 11-13 de marzo de 2002).

⁴⁸ Texto disponible en http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf (Consultado el 21 de septiembre de 2014).

⁴⁹ Principios de Princeton. Documento Oficial de la Asamblea General de Naciones Unidas A/56/677 (2001), de 4 de diciembre de 2001.

1.4.3. El principio de juzgar o extraditar (*aut dedere aut judicare*)

La fórmula *aut dedere aut judicare* u obligación de sancionar o extraditar fue evocada por primera vez, como ya sabemos, por Hugo Grocio y aparece plasmada en un gran número de Tratados internacionales —algunos de ellos referidos a grandes crímenes internacionales y otros a delitos meramente transfronterizos—.

El contenido de esta norma puede resumirse en la obligación que tienen los Estados de ejercer su jurisdicción sobre los presuntos responsables de ciertos delitos que se encontraran en su territorio o bien de extraditar a estos a otro Estado con capacidad e intención de hacerlo. Desde la creación, a partir de la década de los años noventa del siglo XX, de los Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda así como la CPI, se entiende que el Estado que proceda a la entrega de la persona sospechosa a instancias de un Tribunal internacional también está cumpliendo con la citada obligación.

El primer antecedente del principio de juzgar o extraditar data de 1919, en concreto del art. 228 del Tratado de Versalles, que afirmaba: "El Gobierno alemán deberá entregar a las Potencias Aliadas y Asociadas Poderes, o una de ella que así lo solicite, todas las personas acusado de haber cometido un acto en violación de las leyes y costumbres de la guerra, que se especifican, ya sea por nombre o por el rango, cargo o empleo que tenían en las autoridades alemanas".⁵⁰ Aun así, en puridad esta cláusula contenía la obligación de entregar pero no obligaba al Estado alemán a juzgar a los presuntos responsables, luego puede ser tomada en cuenta como precedente pero no se corresponde totalmente con el contenido del principio de juzgar y extraditar tal como hoy lo conocemos.⁵¹

Más cercana a la concepción actual es la referencia al principio de juzgar o extraditar contenida en los Convenios internacionales para la represión de la falsificación de moneda (1929)⁵² así como sobre la prevención y castigo del terrorismo (1937).⁵³ Mediante estos instru-

⁵⁰ Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, *op. cit.*

⁵¹ MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2015, p. 218.

⁵² Arts. 8-10 del Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929. Publicado en BOE núm. 98/1931, de 8 de abril de 1931.

⁵³ Art. 10 de la Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo, hecho en Ginebra el 16 de noviembre de 1937. Publicado en BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969, pp. 1944 a 1945.

mentos, en palabras de Martínez Alcañiz, "se consolida esta obligación sobre la comisión de delitos graves que perjudican a la comunidad internacional en su conjunto, necesitando que esta se dote de mecanismos de cooperación internacional que aseguren la represión de estos comportamientos punibles".⁵⁴

Con posterioridad, el principio de juzgar o extraditar se introdujo en los Convenios de Ginebra, de 1949⁵⁵ así como en la Convención de la Haya de 1970,⁵⁶ de apoderamiento ilícito de aeronaves. En la actualidad se encuentra reflejado en un gran número de Tratados internacionales, tanto de derecho internacional humanitario, como de derechos humanos o de todo tipo de delincuencia transnacional.

La cláusula de juzgar o extraditar se encuentra tan presente en derecho convencional que un importante sector de la doctrina considera que esta ya ha cristalizado y forma parte del Derecho internacional consuetudinario en su relación con los crímenes internacionales de *ius cogens*, idea que comparto. Como apunta Martínez Alcañiz, "negar la naturaleza consuetudinaria de la regla *aut dedere aut iudicare* en relación con los crímenes internacionales, por entender que tanto la extradición como el enjuiciamiento son una cuestión soberana de carácter convencional, entraría en contradicción con la naturaleza misma de estos injustos".⁵⁷

De esta forma fue reconocido el principio de juzgar o extraditar en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 1996: "Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado Parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17 (genocidio), 18 (crímenes contra la humanidad), 19 (crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado), o 20 (crímenes de guerra) concederá la extradición de esa persona o juzgará".⁵⁸

⁵⁴ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal...*, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁵ Arts. 49, 50, 129 y 146 de los Convenios I, II, III, IV y V, respectivamente. *op. cit.*

⁵⁶ Art. 7 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970. Publicado en BOE núm. 13/1973, de 15 de enero de 1973.

⁵⁷ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal...*, *op. cit.*, p. 222.

⁵⁸ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *loc. cit.*

Existen cuestiones controvertidas en torno al principio de juzgar o extraditar. Una de ellas, de especial importancia, tiene que ver con la cuestión de si esta obligación no opera en caso de no existir una solicitud de extradición o bien el deber de enjuiciamiento existe con independencia de dicha solicitud, al tratarse de una norma de *ius cogens*. Sobre esta cuestión nos detendremos a la hora de examinar la reforma operada por el legislador español sobre el principio de jurisdicción universal, que optó por la primera tesis, de forma errada según mi opinión.⁵⁹

En cuanto a la relación del principio *aut dedere aut iudicare* y el principio de jurisdicción universal, hemos de destacar, en primer lugar, que la finalidad de las dos figuras es la misma: garantizar que las personas responsables de la comisión de graves crímenes internacionales sean juzgadas por un Tribunal competente. Sin embargo, ambos conceptos, aunque relacionados, no son idénticos y tampoco deben confundirse pues, como afirma Blanco Cordero: "Mientras que el principio de jurisdicción universal constituye por sí mismo un nexo jurisdiccional autónomo que habilita para el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal estatal, el principio *aut dedere aut iudicare* requiere la existencia de un nexo jurisdiccional previo, en tanto que la obligación de juzgar o extraditar recae sobre el Estado en el que se encuentra el presunto culpable".⁶⁰

Abad Castelos sintetiza las principales diferencias existentes entre el principio de juzgar o extraditar y el principio de jurisdicción universal:

si bien la jurisdicción universal es primordialmente un derecho, el principio *aut dedere aut iudicare* es, ante todo, un deber disyuntivo; la jurisdicción universal es un principio de profunda raigambre consuetudinaria, mientras que el principio *aut dedere aut iudicare* es fundamentalmente de base convencional, y, de hecho, el alcance de su carácter consuetudinario es en gran medida incierto; el principio *aut dedere aut iudicare* ya resulta aplicable a muchos más delitos internacionales (alrededor de veinte) que el principio de jurisdicción universal.⁶¹

⁵⁹ Véase apartado 2.2 del capítulo 6.

⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo", en *Diario La Ley*, núm. 5980, de 22 de marzo de 2004, (versión electrónica).

⁶¹ ABAD CASTELOS, Montserrat, "La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 72-73.

Por su parte, los expertos del Informe de la Unión Europea y la Unión Africana sobre el principio de jurisdicción universal conciben el principio de jurisdicción universal como un paso previo, pues en primer lugar deben los Estados dotar a sus Tribunales de competencia para procesar un determinado hecho delictivo. Así, según el informe, "es solo cuando tal competencia ha sido establecida cuando puede surgir la cuestión de bien procesar la conducta relevante o bien extraditar a la persona sospechosa".⁶²

En efecto, nos encontramos más bien ante principios conexos. Con base en la obligación de juzgar o extraditar un Estado no puede proteger en su territorio a un presunto responsable de la comisión de determinados delitos. En su lugar, el derecho internacional exige a dicho Estado que ejerza su jurisdicción (a través de cualquier título e incluyendo, por supuesto, la jurisdicción universal) o que extradite a dicha persona a un Tribunal internacional o a un tercer Estado que dispongan de competencia para el enjuiciamiento de la persona en cuestión.⁶³ Podría afirmarse, en este sentido, que el principio de juzgar o extraditar es más un elemento coordinador entre las distintas jurisdicciones penales estatales que un criterio de atribución de la jurisdicción, como sí constituye el principio de jurisdicción universal.

Así pues, el principio de jurisdicción universal constituye un corolario de la obligación alternativa que supone el principio de juzgar o extraditar, garantizando que el Estado de detención esté capacitado para ejercer esta opción entre el enjuiciamiento por sus propios Tribunales, para cuyo objeto instaura un título habilitante al margen de la existencia de puntos de conexión, o la extradición. En palabras de Bollo Arocena, "el principio de justicia universal sirve para reforzar, en caso de que sea necesario, la segunda parte del aforismo *aut dedere aut judicare*, esto es, el *judicare*".⁶⁴

⁶² Informe de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de Jurisdicción Universal, *op. cit.*, p. 10.

⁶³ "A efectos prácticos, cuando sea de aplicación la norma *aut dedere aut judicare*, el Estado donde se encuentre el sospechoso debe asegurarse de que sus tribunales puedan ejercer todas las formas posibles de jurisdicción geográfica, incluida la jurisdicción universal en los casos en que no se halle en situación de extraditar al sospechoso a otro Estado o de entregarlo a un tribunal penal internacional". AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Comisión de Derecho Internacional, la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, IOR 40/001/2009, Amnesty International Publications, Londres (Reino Unido), pp. 8-9.

⁶⁴ BOLLO AROCENA, María Dolores, *Derecho Internacional Penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, p. 356.

2. El fundamento de la jurisdicción universal

2.1. Teorías sobre el fundamento del principio de jurisdicción universal

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, es mayoritariamente aceptado en la doctrina que el fundamento de la jurisdicción universal se encuentra en la naturaleza de los delitos que persigue, principalmente violaciones graves y masivas de los derechos humanos. Esta es, sin lugar a dudas, en mi opinión, la razón última de este título de jurisdicción que permite a cualquier Tribunal estatal conocer de determinados delitos sin más nexo de conexión que la propia gravedad de dichos crímenes.

Todos los Estados de la comunidad internacional están obligados a garantizar el ejercicio de los derechos humanos, obligación plasmada en varios instrumentos jurídicos de alcance global.⁶⁵ Sin embargo, esta obligación —que comprende tanto el deber estatal de respetar los derechos humanos de la ciudadanía sometida a su jurisdicción como aquel relativo a garantizar el respeto de los mismos en el plano jurisdiccional a través de recursos efectivos que aseguren, en su caso, una sanción penal— es incumplida con demasiada frecuencia. Esta carencia convierte al derecho penal internacional, en muchas ocasiones a través de la herramienta que constituye la jurisdicción universal, en la única vía para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El principio de jurisdicción universal adquiere su razón de ser en los bienes jurídicos que protege, siendo la comunidad internacional en su conjunto titular de dichos bienes jurídicos y estando por lo tanto todos los Estados facultados para perseguir a aquellos que cometen crímenes que atentan contra los mismos. Como señala Bassiouni, cuando un Estado actúa en apli-

⁶⁵ Así, por ejemplo, en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Instrumento de Ratificación de España Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

cación del principio de jurisdicción universal, lo hace representando a la comunidad internacional en una forma equivalente al concepto romano de *actio popularis*, precisamente porque dicho Estado está interesado en la preservación del orden global como miembro de dicha comunidad. Esto no obsta para que dicho Estado pueda también tener su propio interés en ejercitar la acción. Pero, como apunta el autor, "si esos intereses fueran fundados jurisdiccionalmente, ese Estado estaría ejerciendo su propia jurisdicción penal sobre la base de una teoría de jurisdicción diferente a la universalidad esto es, la territorialidad extendida, la personalidad activa, la personalidad pasiva, o el interés económico protegido".⁶⁶

Blanco Cordero también se refiere a la existencia de unos bienes o intereses comunes, haciendo además mención a la solidaridad entre los Estados como base del fundamento de la jurisdicción universal. Así, entiende que "el principio de jurisdicción universal responde a la idea de que existen unos intereses jurídicos reconocidos y amparados por la Comunidad internacional, y que los ataques a los mismos, por razones de solidaridad internacional, pueden ser sancionados por cualquier Estado con independencia del lugar de comisión y con independencia de la nacionalidad de los sujetos responsables y de las víctimas".⁶⁷

Como no puede ser de otra forma, dentro de estos bienes jurídicos o intereses comunes a todos los Estados la protección de los derechos humanos adquiere un carácter preferente, si bien en algunos delitos, como aquellos relacionados con la piratería o el terrorismo, la seguridad o determinadas dificultades prácticas constituyen los bienes jurídicos de común protección. En efecto, existe una perspectiva de carácter más pragmático según la cual el fundamento de la jurisdicción universal se situaría meramente en el carácter transnacional de ciertos delitos y, por lo tanto, en las dificultades para su represión. Este tipo de fundamento puede servir para justificar la aplicación de la jurisdicción universal en el ámbito de la delincuencia económica transnacional teniendo en cuenta el notable impacto de la globalización económica en la expansión internacional de la criminalidad.⁶⁸

Bassiouni también se refiere a estas dos posiciones en relación con la fundamentación de la jurisdicción universal. Así, destaca el autor en primer lugar una posición universalista que

⁶⁶ BASSIOUNI, M. Ch., "Universal Jurisdiction for...", *op. cit.*, p. 7

⁶⁷ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., "Crisis del principio...", *op. cit.*

⁶⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I., "Principio de justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional", *op. cit.*, p. 83.

se deriva de una cosmovisión idealista, y que "reconoce ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son comúnmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional y por lo tanto trascienden la singularidad de los intereses nacionales".⁶⁹ En segundo lugar, encontraríamos una posición de naturaleza pragmática, "orientada hacia políticas que reconozcan que en ocasiones ciertos intereses comúnmente compartidos de la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda los intereses de la soberanía singular".⁷⁰

Pérez Cepeda señala otras posiciones, destacando que para algunos autores el fundamento de la justicia universal se sitúa más bien en la existencia de obligaciones internacionales que vinculen al Estado en cuestión. Esta teoría tendría como óptima fuente los Tratados internacionales aunque sin exclusión del derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho penal internacional, "siempre que ellos cumplan con el estándar de especificación equivalente a aquel del Derecho internacional convencional".⁷¹ El problema, como bien apunta la autora, aparece cuando el Tratado internacional que regula un determinado crimen se remite a las legislaciones nacionales para determinar una eventual aplicación de la jurisdicción universal y estas, haciendo uso de dicha facultad, no lo prevén.⁷²

Otra de las posibles fundamentaciones del principio de jurisdicción cosmopolita encuentra su razón de ser en la lucha contra la impunidad y tiene que ver, pues, con asegurar la persecución y el enjuiciamiento de las infracciones cometidas. En este sentido se pronuncia Pérez Cepeda: "Se defiende el principio de justicia universal, no solo porque ha sido decisivo en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en ausencia de tribunales penales internacionales, sino que en la actualidad sigue siendo necesario en la medida en que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción limitada".⁷³

En efecto, el fundamento de la jurisdicción universal puede analizarse desde diferentes ópticas. Sin embargo, todas ellas, a pesar de sus diferentes matices, se relacionan de alguna forma con la especial gravedad de la naturaleza de ciertos crímenes internacionales. Así, es la

⁶⁹ BASSIOUNI, M. Ch., "Universal jurisdiction for...", *op. cit.*, p. 14.

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ PÉREZ CEPEDA, A. I., "Principio de justicia penal...", *op. cit.*, p. 79.

⁷² *Ibidem.*, p. 80.

⁷³ *Idem.*

gravedad de determinados delitos —unida en muchos casos a la dificultad de la represión de los mismos— la que genera un interés común de todos los Estados de la comunidad internacional en su represión así como la existencia de un espíritu de solidaridad entre los distintos sistemas jurídicos nacionales. Tal interés común propicia la creación de instrumentos internacionales que generan las consiguientes obligaciones jurídicas con el propósito de reforzar el orden global y evitar la impunidad de tales crímenes.

2.2. Los crímenes internacionales y las normas de *ius cogens*

Resulta crucial a la hora de reflexionar sobre el principio de justicia universal determinar, qué debemos entender por crímenes internacionales, pues de este concepto derivarán toda una serie de consecuencias de gran trascendencia en relación con el tema que nos ocupa. Parece lógico y razonable, *a priori*, entender que los crímenes internacionales son aquellos que afectan a todos los Estados de la comunidad internacional, y no solo a alguno o algunos de ellos. O, dicho en palabras de Díez Sánchez, podríamos hablar de "acciones que atentan contra los bienes y valores reconocidos en todos los pueblos".⁷⁴

A lo largo de la historia han sido varias las definiciones de crimen internacional en la doctrina. Así, ya a mediados del siglo XX, Quintano Ripollés hablaba de "delitos de orden interno con trascendencia internacional",⁷⁵ "delitos de fuente internacional en vía acordada"⁷⁶ y "delitos internacionales propiamente dichos". El autor se refería a estos últimos, los delitos internacionales propiamente dichos, como a "delitos engendrados fuera del crisol exclusivo de la voluntad de un Estado determinado".⁷⁷ Añadía el autor: "Son delitos, pues, de pura enjundia internacional, supranacional más bien, que escapan a la dogmática del voluntarismo estatal para encarnar más bien en esencias ideales y sentimentales de la Comunidad internacional, las Kulturnormen de M. E. Mayer, en que están llamadas a enquistarse las propiamente jurídicas".⁷⁸

⁷⁴ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p.175.

⁷⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 269 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 335 y ss.

⁷⁷ *Idem*, p. 378.

⁷⁸ *Idem*.

Volviendo a autores contemporáneos, es común justificar el carácter internacional del delito no solo en la fuente internacional del mismo sino también, y principalmente, en la naturaleza internacional del bien jurídico protegido así como en las dificultades para su represión en el lugar de comisión de los hechos delictivos,⁷⁹ conectando así el fundamento de los crímenes internacionales con el propio fundamento de la jurisdicción universal. En este sentido, la trascendencia internacional del bien jurídico sería el factor determinante para considerar un crimen como crimen internacional.⁸⁰

Otro factor determinante en cuanto al concepto de crímenes internacionales tiene que ver, según acuerdo de la doctrina, con un importante efecto derivado de la naturaleza de los mismos, y es que su comisión genera responsabilidad internacional para sus autores, responsabilidad que deriva del propio derecho internacional por acuerdo de los Estados.⁸¹

En mi opinión, los crímenes internacionales deben definirse por la unión de las características que acabamos de exponer. Así, estos serían aquellos delitos que, por su especial naturaleza, trascienden de la esfera de un solo Estado al proteger bienes jurídicos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y cuya comisión genera responsabilidad penal en sus autores derivada del propio derecho internacional.⁸²

A continuación, cabría preguntarse si existen diferencias en cuanto al contenido de los crímenes internacionales. Como decíamos, es importante precisar el contenido de los crímenes internacionales a la hora de determinar si todos ellos pueden ser objeto de persecución bajo el principio de jurisdicción universal. Ollé Sesé, quien define el crimen internacional como aquel "que genera la responsabilidad internacional del individuo por conductas que, en alguna

⁷⁹ Así en GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración...*, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁰ Así, la idea a retener es que la razón y fundamento que justifica que un crimen de derecho internacional pueda definirse de este modo, y consecuentemente que genere la responsabilidad internacional de sus autores, no es otro que el consenso internacional acerca de la trascendencia internacional del bien jurídico que se quiere proteger". CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "El principio de...", *op. cit.*, p. 7.

⁸¹ Así, por ejemplo, Sáez Valcárcel entiende que los crímenes internacionales "son aquellos que fundamentan la aplicación directa del derecho internacional para exigir responsabilidad penal". SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, "Justicia Universal en España: el olvido del crimen de Estado", *Jueces para la democracia*, núm. 80, 2014, p. 9.

⁸² En este mismo sentido encontramos la propuesta de Gil Gil y Maculan, que, tras exponer un concepto amplio o extensivo de crimen internacional, así como un concepto formal y otro jurisdiccional, finalmente defienden una combinación de estos tres criterios. GIL GIL, A., y MACULAN, E., "Qué es el Derecho Penal Internacional", *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 45-46.

medida, afectan a la comunidad internacional",⁸³ propone, con esta intención, una interesante distinción del concepto genérico de crímenes internacionales en dos clases: crímenes internacionales de primer grado y crímenes internacionales de segundo grado.⁸⁴ Así, según la distinción del autor, los crímenes internacionales de primer grado serían aquellos que se fundamentan en el derecho internacional (tanto convencional como consuetudinario), lesionan bienes jurídicos supranacionales e implican responsabilidad individual directa; "y ello sin perjuicio de que, ante la general ausencia de consecuencia punitiva concreta (pena) en el DI [Derecho Internacional], su determinación se integre en normas penales de derecho interno".⁸⁵ Este tipo de crímenes son mayoritariamente cometidos por representantes de un determinado gobierno y suponen una grave violación de los derechos humanos de la que se deriva, precisamente, la responsabilidad penal individual del supuesto responsable al margen de que este actúe en nombre de dicho gobierno.

Por otro lado, los crímenes internacionales de segundo grado pueden fundamentarse tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, lesionan intereses comunes a varios Estados y solo implican la responsabilidad individual de forma indirecta a través del derecho interno. Como aclara Ollé Sesé, su fuente es el derecho interno o el DI [Derecho Internacional]; y en lo objetivo, lo que internacionaliza la conducta cometida en el objeto del ataque o el elemento transfronterizo del delito".⁸⁶

Gil Gil y Maculan también hacen esta distinción, aunque en términos de crímenes internacionales y delitos transnacionales, si bien las características que asignan a los segundos son bien similares: "La diferencia radica en que los delitos transnacionales o transfronterizos son sin duda susceptibles de ser perseguidos y sancionados por las legislaciones internas, ocupándose el Derecho internacional únicamente de aunar y coordinar los esfuerzos de dichas legislaciones para conseguir una mayor efectividad de las mismas".⁸⁷ Las autoras identifican estos delitos transnacionales o transfronterizos con el tráfico de estupefacientes, el secuestro de aeronaves, la piratería y la trata internacionales de personas pues, a pesar de la gravedad

⁸³ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para...*, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 190.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Idem*, p. 192.

⁸⁷ GIL GIL, A., y MACULAN E., "Qué es el Derecho Penal Internacional", *op. cit.*, p. 46.

de estas conductas, su comisión solo implica responsabilidad penal individual en el ámbito nacional.⁸⁸

Este tipo de distinción entre crímenes internacionales, muy extendida en la actualidad en términos similares,⁸⁹ es utilizada de forma parecida por el propio ER. En efecto, tanto en el Preámbulo⁹⁰ del ER como en el artículo 5.1⁹¹ del mismo se hace referencia a los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", fórmula que implica claramente la existencia de otro grupo de crímenes "menos graves" que, dada su naturaleza, no reciben el mismo tratamiento.

Los crímenes internacionales más graves o de primer grado se distinguen principalmente de los crímenes internacionales menos graves en que los primeros revisten carácter de *ius cogens* en contraposición a los segundos, que carecen de dicha condición. En este punto es necesario aclarar la distinción entre las normas de derecho internacional de carácter dispositivo y las de carácter imperativo o normas de *ius cogens*. La primera categoría haría referencia a aquellas reglas cuyo contenido puede ser modificado por acuerdo entre dos o más Estados y cuya propia aplicación puede ser incluso excluida por los mismos. Las normas de *ius cogens*, al contrario, no admiten modificación o exclusión alguna de su contenido y significan la nulidad de cualquier acto contrario a las mismas. En palabras de Díez de Velasco

Las primeras pretenden satisfacer los intereses individuales y comunes de los Estados, propios de las estructuras relacional e institucional. Las segundas, en cambio, pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, que son propios de la nueva estructura comunitaria

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Autores como TRIFFTERER hablan de crímenes internacionales en sentido estricto y en sentido amplio: "Según este autor, los crímenes internacionales en sentido estricto amenazan valores jurídicos internacionales como la paz o la integridad de la Comunidad internacional y para ellos se exige una responsabilidad inmediata fundada directamente en el Derecho internacional; respecto de los delitos internacionales en sentido amplio nos encontramos, en cambio, ante hechos que son reprobables en el Derecho nacional pero su represión efectiva puede difícilmente ser ejercida por los Estados respectivos actuando aisladamente". GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional...*, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁰ "Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar las medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia". Asimismo: "Decididos a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". Párrs. 4 y 9 del Preámbulo del ER de la CPI. *Loc. cit.*

⁹¹ "La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". Art. 5.1 ER.

y que exigen reglas cualificadas por su grado de obligatoriedad, lo que conlleva la superior jerarquía de las mismas frente al resto de normas del ordenamiento.⁹²

El carácter obligatorio de las normas de *ius cogens* está declarado por el propio Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece en su artículo 53 la propia nulidad de dichos instrumentos internacionales si éstos son contrarios a una norma de este tipo:

Es nulo todo Tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.⁹³

La existencia de esta clase de normas de carácter imperativo lleva aparejada una serie de obligaciones para todos los Estados. A estas obligaciones, denominadas obligaciones *erga omnes*, se refirió el TIJ en la Sentencia relativa al conocido asunto de la *Barcelona Traction* que enfrentó a los Estados de España y Bélgica ante este órgano judicial internacional en 1971: "En particular, una distinción esencial debe ser realizada entre las obligaciones que tiene un Estado en relación con la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que emergen del vis a vis con otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un intereses jurídico en su protección; se trata de obligaciones erga omnes".⁹⁴

El TIJ, mediante este pronunciamiento, delimitó el alcance de las normas de *ius cogens*, apuntando como fundamento de las mismas el carácter común de los valores o bienes jurídicos protegidos por estas. Ollé Sesé añade a este otros dos argumentos sobre la obligatoriedad de las normas de *ius cogens*: "En primer lugar, que la norma esté generalmente admitida por los Estados de la comunidad internacional y en segundo término, que el derecho convencional

⁹² DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 74.

⁹³ Artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Instrumento de adhesión de España de 2 de mayo de 1972. Publicado en el BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099 a 13110.

⁹⁴ TIJ. Sentencia de 5 de febrero de 1970. Asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*. Segunda fase. Párr. 33.

internacional debe obedecer, bajo sanción de nulidad del tratado, a las normas imperativas de derecho internacional general —*ius cogens*— como lo determina el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁹⁵ Destaca, además, una importante consecuencia del carácter de *ius cogens* que adquieren determinadas normas, como es la inoperancia de las circunstancias excluyentes de la ilicitud en relación con la violación de las mismas. Además, las obligaciones *erga omnes* vinculan incluso a aquellos Estados que rechazan el reconocimiento de las mismas.⁹⁶

Sin embargo, existe otro posible (y más controvertido) efecto relacionado con los crímenes internacionales *de ius cogens*, de vital importancia en relación con la jurisdicción universal, y este no es otro más que la obligatoriedad del enjuiciamiento de estas conductas para todos los Estados de la comunidad internacional. Como afirma Berdugo Gómez de la Torre, los crímenes internacionales de primer grado exigen "una respuesta penal y procesal inmediata y fundada en el derecho internacional, que se diferencia de la que se sigue con carácter general por los ordenamientos para proteger intereses cuyo mantenimiento tiene únicamente una dimensión nacional."⁹⁷

Esta obligatoriedad de enjuiciamiento tiene mucho que ver con otra característica aplicable a las normas de *ius cogens*, y es que estas no solo se dirigen a los Estados sino también a los particulares. Según lo afirmado por Martínez Alcañiz, "los primeros no podrán apoyarse en normas domésticas para violar o derogar las mismas y los segundos deberán respetarlas, toda vez que las consecuencias que se puedan derivar de su vulneración pueden acarrear la correspondiente responsabilidad penal".⁹⁸ En efecto, la violación de estas normas de *ius cogens* no solo generará responsabilidad internacional por parte del Estado en cuestión sino que también desencadenará la responsabilidad penal de la persona responsable de dicha violación, que deberá ser juzgada por el Estado de comisión del delito o bien por cualquier otro de la comunidad internacional.

⁹⁵ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para...*, op. cit., p. 194.

⁹⁶ "El Derecho imperativo, configurado con estas características, siempre origina una obligación *erga omnes* que es vinculante aún para Estados que rechazan reconocer dicha obligación que se origina en el Derecho internacional consuetudinario y en los 'principios generales del derecho' que han servido de base para la elevación de ciertos crímenes a la categoría de *ius cogens*". PÉREZ CEPEDA, A. I., "Principio de Justicia penal...", op. cit., pp. 68-69.

⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Acerca de la Internacionalización del Derecho Penal", *El principio de Justicia Universal: Fundamentos y Límites*, op. cit., p. 23.

⁹⁸ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, op. cit., p. 194.

Chinchón Álvarez también opina afirmativamente sobre la necesidad del ejercicio de la jurisdicción de todos los Estados de la comunidad internacional sobre este tipo de crímenes ya que, en palabras del propio autor, "carecería de sentido que de un lado se afirme que el bien jurídico que lesionan pertenece a esa Comunidad, pero del otro, que solo algunos de sus (Estados) miembros pueden, a través de sus Tribunales, perseguirlos y castigarlos".⁹⁹ Dado lo anterior, la alternativa debería ser bien sencilla: los crímenes de *ius cogens* han de ser perseguidos y castigados, ya sea a través de un Tribunal penal internacional u otro mecanismo acordado por la comunidad internacional o bien mediante los Tribunales nacionales de los distintos Estados.

En efecto, la obligatoriedad del enjuiciamiento de los crímenes internacionales, al menos de aquellos más graves, para todos los Estados miembros de la comunidad internacional, parece ser la consecuencia lógica derivada de la naturaleza de estas graves violaciones de los derechos humanos. Así lo establece el propio Preámbulo del ER cuyo texto, literalmente recuerda "que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".¹⁰⁰

La pregunta que surge lógicamente a continuación es la siguiente: ¿implica este deber de enjuiciamiento de los crímenes internacionales un deber de enjuiciamiento con base en el principio de jurisdicción universal? La respuesta, que es a todas luces compleja y no debe ser respondida sin un previo repaso al derecho internacional¹⁰¹ en la materia así como a las legislaciones al respecto en el derecho comparado.¹⁰² Sin embargo, puede adelantarse que, a pesar de ser un objetivo razonable y deseable, no existe base suficiente para afirmar que los crímenes internacionales de *ius cogens* deban ser investigados y juzgados de manera obligatoria por cualquier Estado, aunque carezca de ningún tipo de conexión con ellos al margen de su propia naturaleza y gravedad (al margen de las violaciones graves del derecho internacional humanitario. No existe sustento suficiente en el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario (a excepción, una vez más, de los Convenios de Ginebra), o en la práctica estatal generalizada, para hablar de una obligación en este sentido. Se trata, pues, en estos casos de

⁹⁹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "El principio de...", *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁰ Preámbulo ER.

¹⁰¹ Véase capítulo 4.

¹⁰² Véase capítulo 3.

una potestad con la que cuentan los Estados para hacer efectiva la obligación general de luchar contra la impunidad de dichos crímenes.

¿Qué implicaciones tiene entonces el carácter de *ius cogens* de tales crímenes internacionales para los Estados? Con base en esta obligación, los Estados, en primer lugar, están compelidos a tipificar dichos delitos en sus legislaciones penales de acuerdo con el derecho internacional en la materia. Esto es, que los tradicionales límites de aplicación a los crímenes internacionales, es decir, las leyes de amnistía sobre los mismos, las inmunidades por razón al cargo así como la figura de la prescripción, solo pueden operar de forma especialmente restrictiva. Además de lo anterior, los Estados no pueden constituirse en refugios internacionales para los responsables de crímenes de *ius cogens*. Como consecuencia, en caso de encontrarse en su territorio una persona sospechosa de la comisión de estos, el Estado en cuestión se encontrará en la obligación de, bien proceder a su procesamiento o bien extraditarle a otro país con capacidad e intención de hacerlo (principio de juzgar o extraditar). Por último, la condición de *ius cogens* de los crímenes internacionales otorga a los Estados la facultad de proceder al enjuiciamiento de los mismos sin la necesidad de otro vínculo con los hechos en cuestión más allá de la propia naturaleza de los crímenes, esto es, con base en el principio de jurisdicción universal.

Llegados a este punto, la cuestión radica en establecer un acuerdo en torno a qué concretos crímenes se consideran delitos internacionales de primer grado, luego se configuran como normas de *ius cogens* de las que se derivaría el obligado enjuiciamiento de los mismos por parte de los Estados, y qué crímenes presentan un mero carácter transfronterizo pero no afectan a bienes jurídicos de esencial importancia para toda la comunidad internacional. Se trata este de un tema especialmente polémico, pues tradicionalmente las legislaciones nacionales han incluido los dos tipos de delitos indistintamente a la hora de fijar los crímenes susceptibles de ser objeto de persecución universal, atendiendo dichas regulaciones al carácter transnacional de las conductas más que a la gravedad de las mismas. La ubicación de las dos modalidades bajo un mismo régimen jurídico ha derivado en cierta confusión sobre el propio ámbito de aplicación de la jurisdicción universal.¹⁰³

¹⁰³ Pérez Cepeda opina en este sentido: "Esta situación, al confundir la distinta naturaleza de los crímenes, produce desconcierto y conduce a un error sustantivo sobre las diferentes obligaciones que se derivan de los crímenes internacionales, y de los

Resulta esencial tratar de deshacer esta confusión conceptual, pues es necesario tener en cuenta que el hecho de que un determinado delito sea perseguible bajo el principio de jurisdicción universal en una determinada legislación nacional no convierte a dicho delito en crimen internacional. La jurisdicción universal también se emplea para la persecución de crímenes meramente transfronterizos, siendo en estos casos su utilización una mera decisión del legislador interno y no una imposición del derecho internacional.¹⁰⁴

Una referencia de gran utilidad para conocer qué crímenes pueden incluirse en la categoría de crímenes internacionales en sentido estricto la constituye el "Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad". Según este documento, emitido por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005, los delitos internacionales graves se definen de la siguiente forma:

A los efectos de estos Principios, la frase 'delitos graves conforme al derecho internacional' comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud.¹⁰⁵

Por su parte, los ya mencionados Principios de Princeton también se refieren a los crímenes internacionales de primer grado: "1. A los efectos de estos Principios, los graves crímenes internacionales incluyen: (1) piratería; (2) esclavitud; (3) crímenes de guerra; (4) crímenes contra la paz; (5) crímenes contra la humanidad; (6) genocidio; y (7) tortura. 2. La aplicación de la jurisdicción universal a los crímenes citados en el párrafo 1 es sin perjuicio de la aplicación de la jurisdicción universal a otros crímenes con base en el derecho internacional".¹⁰⁶

transfronterizos, en orden a su persecución internacional"; en PÉREZ CEPEDA, A. I., "Principio de Justicia penal Universal...", *op. cit.*, pp. 64-65.

¹⁰⁴ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁵ Comisión de Derechos Humanos. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha la impunidad. 61 Período de Sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

¹⁰⁶ Principios de Princeton, *loc. cit.*

Entre la doctrina científica, destaca la opinión de Bassiouni, quien considera que son crímenes internacionales de *ius cogens* la piratería, esclavitud y prácticas relacionadas con esta, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, genocidio, *apartheid* y tortura.¹⁰⁷

En el ámbito español, Pérez Cepeda, incluye entre los crímenes internacionales, "por su origen consuetudinario o convencional",¹⁰⁸ los siguientes: "la piratería, la esclavitud y prácticas relacionadas con la misma, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada de personas, el genocidio, el *apartheid*, la tortura y el terrorismo".¹⁰⁹ Por su parte, Ollé Sesé añade a los delitos mencionados por Pérez Cepeda el tráfico ilegal de migrantes en alta mar (como delito independiente), el crimen de agresión y la mutilación genital femenina. Además, hace alusión a determinados crímenes de segundo grado que también contemplan, de forma expresa o tácita, la jurisdicción universal:

el apoderamiento ilícito de aeronaves, los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma continental, delitos contra personal internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, toma de rehenes, delitos contra la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, tráfico de drogas, delitos contra bienes culturales, delitos de circulación y tráfico de materiales obscenos, falsificación de moneda, destrucción de cables submarinos, reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, blanqueo de capitales".¹¹⁰

Otros autores, como Sáez Valcárcel o Gil Gil y Maculan, mantienen una visión más restringida, ciñéndose al artículo 5 del ER, según el cual solo son crímenes internacionales graves el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.¹¹¹ Esta parece, a mi juicio, una alternativa excesivamente estricta. Es cierto que el ER constituye la principal referencia en materia de derecho penal internacional hasta el momento, gozando de un amplio consenso entre los Estados. Como también es cierto que los delitos que este instrumento menciona, a excepción del crimen de agresión, son ampliamente desarrollados en

¹⁰⁷ BASSIOUNI, M. Ch, "Universal Jurisdiction for...", art. cit., p. 22.

¹⁰⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I. "Principio de Justicia penal Universal...", art. cit., p. 89.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., pp. 232-236.

¹¹¹ SÁEZ VALCÁRCEL, R., "Justicia Universal en España...", art. cit., p. 9. GIL GIL, A., y MACULAN, E., "Qué es el Derecho penal internacional", art. cit., p. 45.

los artículos 6, 7 y 8 del propio ER así como en los Elementos de los Crímenes, lo que sin duda contribuye de forma decisiva a aportar una mayor seguridad jurídica a la hora de proceder al enjuiciamiento de los mismos por parte de Tribunales, tanto internacionales como nacionales. Sin embargo, no debe olvidarse que estamos hablando de un documento jurídico de mínimos, fruto de complicadas negociaciones interestatales, que como tal obvia ciertos crímenes internacionales, como la esclavitud, la tortura y las desapariciones forzadas, que son extremadamente graves, especialmente en el contexto de violaciones masivas y generalizadas de los derechos humanos.

En mi opinión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión así como la esclavitud, la tortura y las desapariciones forzadas han de ser considerados crímenes internacionales en sentido estricto, de *ius cogens* o de primer grado. Este conjunto de delitos, al que podemos añadir el de piratería si bien exclusivamente por cuestiones históricas y prácticas, protegen bienes jurídicos de común interés para la comunidad internacional en su conjunto y deben originar responsabilidad penal individual para sus autores así como el correlativo deber en todos los Estados de la comunidad internacional de perseguir y castigar la comisión de los mismos.

A pesar de la gravedad de los delitos de terrorismo y del alcance y trascendencia internacional de ciertas formas modernas de este tipo de crímenes, no incluiré los mismos en el elenco de ilícitos internacionales de *ius cogens*, dada la falta de consenso internacional acerca de una definición de terrorismo y la ausencia de un instrumento convencional que regule este fenómeno con carácter general. Entiendo —y así quedó evidenciado a la hora de redactar el ER, que finalmente no incluye este delito— que no existe el suficiente acuerdo internacional acerca de qué concretos actos constituyen terrorismo y qué modalidades del mismo deben ser perseguidas por todos los Estados, lo que imposibilita su inclusión en el catálogo de crímenes internacionales en sentido estricto. Además, como afirman Gil Gil y Maculan, los delitos de terrorismo no reúnen los requisitos previamente expuestos acerca de los crímenes internacionales: "Aunque es cierto que el terrorismo supone una violación especialmente grave que puede afectar a la comunidad internacional en su conjunto, y aunque tenga una evidente relevancia transnacional, no cumple con todos los criterios antes indicados para identificar un crimen internacional: no cuenta con una definición internacional clara y compartida, pero sobre todo, al menos por el momento, no

genera responsabilidad penal individual independientemente de su criminalización en los ordenamientos nacionales".¹¹²

No obstante, ciertas modalidades de terrorismo sí podrían ser consideradas como crímenes internacionales de primer orden a través de la consideración de estas como crímenes de lesa humanidad. En concreto, si los hechos delictivos en cuestión tienen lugar en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, tal como dispone el artículo 7 del ER,¹¹³ los actos de terrorismo podrían constituir crímenes contra la humanidad.¹¹⁴ La consecuencia es clara, según Escribano Úbeda-Portugués: "la consideración del terrorismo como crimen contra la humanidad conlleva el efecto de que los más graves crímenes de terrorismo en cuanto delicta iuris gentium son susceptibles de persecución universal".¹¹⁵

3. Los principales límites del principio de jurisdicción universal

Las facultades de los Estados a la hora de la investigar y el juzgar la comisión de crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal no son ilimitadas, pues en la aplicación de este título de jurisdicción cada país está obligado a respetar una serie de principios y reglas de derecho internacional general así como del propio derecho interno, imprescindibles para el buen funcionamiento de una sociedad democrática e integrada en la comunidad internacional. Los Estados, aun actuando como agentes de la comunidad internacional en el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales, deberán velar por el cumplimiento de estas reglas y principios, si bien algunas de ellas se ven matizadas en aras del fin último de la justicia universal, que no es otro más que evitar la impunidad de las grandes violaciones de los derechos humanos.

¹¹² GIL GIL, A., y MACULAN, E., "Qué es el Derecho penal internacional", art. cit., p. 48.

¹¹³ Ar. 7 ER.

¹¹⁴ Mendoza Calderón advierte, en este sentido, del problema de calificación jurídica que puede surgir cuando, en sus palabras, "un mismo acto, el atentado contra la población civil, nos sirviera para calificar los hechos como delitos de terrorismo y, a su vez, la gravedad del mismo, al realizarse en una forma generalizada contra la población civil afectando a una multiplicidad de víctimas, nos llevara a la calificación de crimen contra la humanidad". MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "El delito de terrorismo como crimen internacional ¿su consideración como crimen de lesa humanidad?", en *La Ley Penal*, núm. 124, enero-febrero 2017 (edición digital).

¹¹⁵ ESCRIBANO ÚBEDA, José, "El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad", *Temas Socio-Jurídicos*, vol. 26, núm. 54, 2008, p. 25.

Existen cuestiones como los efectos del principio *ne bis in idem* sobre los crímenes internacionales, los problemas derivados de la prescripción de estos delitos o bien los conflictos entre jurisdicciones concurrentes que pueden afectar a la normal aplicación de la jurisdicción cosmopolita pero que no se abordarán al detalle en esta obra por no constituir, a mi juicio, cuestiones especialmente polémicas. Sí nos detendremos sobre tres aspectos que resultan más conflictivos y que, por lo tanto, merecen un análisis pormenorizado, como potenciales condicionantes del desarrollo del principio de jurisdicción universal: el principio de legalidad, la inmunidad de jurisdicción y las leyes de amnistía.

3.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, cuyas raíces político ideológicas se sitúan en la época de la Ilustración, constituye una de las principales herramientas con las que cuenta el derecho penal moderno para asegurar a las personas la libertad de comportarse sin miedo a imprevisibles actuaciones del *ius puniendi* del Estado, al tiempo que protege a las mismas de la arbitrariedad de los poderes públicos. Este principio se compone, a su vez, de tres elementos: el principio *nullum crimen sine iure*, el principio *nulla poena sine iure*, y el principio de responsabilidad individual y de prohibición de castigos retroactivos.¹¹⁶

Con respecto al primero de los tres elementos, el principio *nullum crimen sine iure*, este se encuentra regulado de forma idéntica en los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),¹¹⁷ 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹⁸ y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):¹¹⁹ "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional". Como vemos, pues, esta formulación del principio de legalidad no requiere que se trate de un determinado tipo de norma, ya sea escrita o no, ni exige que se trate de una disposición con rango de ley. Lo único que estos preceptos

¹¹⁶ OLÁSULO ALONSO, Héctor, "El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo", *Anuario Iberoamericano de Derecho internacional*, vol. 1, 2013, p. 26.

¹¹⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada por la AGNU 1948 en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la AGNU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

¹¹⁹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 8 de noviembre de 1950.

exigen es que la conducta descrita sea constitutiva de delito, de acuerdo con el sistema de fuentes propio del ordenamiento jurídico internacional o de uno nacional. Ambos textos, al prescindir de la exigencia de ley formal, se asemejan más al principio de legalidad propio de los sistemas jurídicos de *Common Law* y se alejan, por lo tanto, de nuestra tradición jurídica, la europea continental.

Los artículos 15 PIDCP y 7 CEDH también contienen un segundo párrafo según el cual "el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional". Con esta cláusula, conocida como "cláusula Núremberg", todo apunta a que los dos instrumentos trataron de evitar las críticas vertidas hacia los Juicios de Núremberg y Tokio, tras la consagración del principio de irretroactividad de las leyes penales a nivel internacional a través del citado artículo 11.2 DUDH. Un amplio sector de la doctrina ha criticado duramente este segundo apartado del art. 7 CEDH. Así, Gil Gil afirma que esta cláusula reconoce en realidad una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y que los principios generales del derecho carecen de virtud para tipificar delitos por su propia naturaleza.¹²⁰

La aprobación del ER significó, por su parte, una especie de "reformulación controlada"¹²¹ del principio de legalidad. Este instrumento declara en su artículo 22 que:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trata constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.
3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto.¹²²

¹²⁰ Véase análisis detallado en GIL GIL, Alicia, "La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 1, Tomo LXIII, 2010, pp. 133-163.

¹²¹ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena María, "La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo", en CUERDA RIEZU, Antonio, y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 375.

¹²² Art. 22 ER.

De esta forma, como indica Martín Martínez, el ER "apuesta por la convergencia de los sistemas de justicia penal internacional e interna, en el marco de un proceso más amplio de asunción por el derecho internacional contemporáneo de los principios y valores consagrados en los ordenamientos internos".¹²³

En todo caso, volviendo a los instrumentos anteriores, el hecho de que los artículos 11 DUDH, 15 PIDCP y 7 CEDH no exijan una norma escrita para dar cumplimiento al principio de legalidad significa que el contenido de este, tanto en el sistema universal como en el europeo, no requiere la previa tipificación en una norma con rango de ley. La famosa STEDH relativa al *caso Stretz, Kessler y Krenz contra Alemania*¹²⁴ se pronunció en esta línea, afirmando que si bien las acciones imputadas a determinados dirigentes de la antigua República Democrática de Alemania no constituían delitos en el momento de su comisión en la legislación de aquel país, estos crímenes sí estaban definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad por las normas de derecho internacional, en concreto por el derecho a la vida reconocido por el artículo 3 DUDH, el artículo 6 PIDCP y el artículo 2.1 CEDH así como por el derecho a la libre circulación que contempla el artículo 2.2 del Protocolo 4 al CEDH y el artículo 12.1 PIDCP.

En el mismo sentido, la STEDH relativa al *caso Kolk y Kislyiy contra Estonia*,¹²⁵ declaró la no vulneración del CEDH en relación con la condena por crímenes de lesa humanidad cometidos en ese país en 1949 utilizando como base el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945, la Resolución 95 de la AGNU, de 11 de diciembre de 1946, los Principios de Núremberg elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de 1950 y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de lesa humanidad. Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada en otras Sentencias del mismo Tribunal, como la STEDH, de 12 de julio de 2007, relativa al *caso Jorgic contra Alemania*.¹²⁶

¹²³ *Ibidem*, p. 389. A pesar de lo anterior, el artículo 21.1 ER también reconoce un valor a las normas no escritas del Derecho internacional: "La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionales reconocidas".

¹²⁴ TEDH, Sentencia de 22 de marzo de 2001 (*Caso Stretz, Kessler y Krenz contra Alemania*).

¹²⁵ TEDH, Decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006 (*Caso Kolk y Kislyiy contra Estonia*).

¹²⁶ TEDH, Sentencia de 12 de julio de 2007 (*Caso Jorgic contra Alemania*).

A similar conclusión llegó un órgano judicial español: la AN en el célebre *caso Scilingo*, que se estudiará con detenimiento más adelante en este trabajo.¹²⁷ En esta Resolución se procedía a la condena del ex militar argentino por crímenes de lesa humanidad al estimar que, si bien en la época de comisión de los hechos no existía el artículo 607 bis CP que tipifica tal delito, sí existían normas de derecho internacional consuetudinario de aplicabilidad general que prohibían las mismas conductas.¹²⁸

Según estos pronunciamientos judiciales el principio de legalidad se compone de dos partes esenciales: por un lado, la accesibilidad para la persona sospechosa de la norma nacional o internacional que tipifica su conducta en el momento de comisión y, por otro, la previsibilidad de que está incurriendo en responsabilidad penal cuando lleva a cabo dicha conducta.¹²⁹ Como apunta Fernández Liesa, los propios Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda también han aplicado normas internacionales de tipo consuetudinario, asumiendo que las mismas cumplen con estos requisitos de accesibilidad y previsibilidad descritos, interpretados de manera mucho más amplia que los Tribunales nacionales.¹³⁰

Si bien los sistemas de protección de derechos universal y europeo, como vemos, conciben el principio de legalidad a través de estos requisitos de accesibilidad y previsibilidad, sin exigir la existencia de una norma escrita con rango de ley, en los países de tradición romano-germánica, el concepto presenta características diferentes. En efecto, la primera formulación del principio en su vertiente clásica, acuñada por Paul Johan Anselm von Feuerbach, hacía referencia a *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Y así se plasmó el principio en el primer texto legal que hace mención al mismo, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en concreto en su artículo 8o.: "La Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente".¹³¹

¹²⁷ Véase capítulo 5, apdo. 3.3.

¹²⁸ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, núm. 16/2005, de 19 de abril.

¹²⁹ OLÁSULO ALONSO, H., "El principio *nullum crimen...*", art. cit., p. 28.

¹³⁰ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho Internacional...*, op. cit., p. 363.

¹³¹ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Disponible en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (consultado el 18 de noviembre de 2014).

En la actualidad el alcance del concepto ha sido ampliado y concretado mediante la fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta, stricta, certa et previa*,¹³² cuyo contenido puede resumirse en cuatro prohibiciones:

- i) La prohibición de basar el reproche penal de una conducta en una norma diferente de la ley penal (*lex scripta*);
- ii) la prohibición de aplicar analógicamente la ley penal, esto es, La prohibición de aplicarla a supuestos no previstos por esta (*lex stricta*);
- iii) la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables (*lex praevia*);
- iv) y la prohibición de creación de leyes que carezcan de un contenido bien determinado (*lex certa*).¹³³

Este mismo concepto es el que maneja la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), que en reiterada jurisprudencia se ha desmarcado de los sistemas universal y europeo, afirmando que el fundamento del principio de legalidad reside en la garantía para los particulares de poder ordenar su comportamiento a un ordenamiento jurídico vigente y cierto, en el que se exprese claramente tanto la conducta prohibida como la pena asociada a la misma.¹³⁴

Como bien es sabido, la legislación española se atiene a un concepto de ley formal, emanada del Parlamento, a la hora de regular el principio de legalidad. Así lo dispone el CP en su artículo 1o. ("1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley")¹³⁵ y la propia Constitución en su artículo 25.1 ("Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones

¹³² JAÉN VALLEJO, Manuel, *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 19.

¹³³ *Ibidem*, p. 30.

¹³⁴ Así, por ejemplo en la Sentencia de 25 de noviembre de 2005 (Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú), párrs. 187-191.

¹³⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento)".¹³⁶

De lo anterior se deriva que la primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, cuyo significado estriba en que únicamente cabe imponer una condena por un hecho cuando existe una norma jurídica con un determinado rango (*lex scripta*), que prevé que tal hecho es punible y que si se realiza le corresponderá una determinada pena, pero siempre que dicha norma jurídica exista con carácter previo a la conducta que es objeto de la condena (*lex praevia*). En definitiva, que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del derecho en materia penal.

El TC es taxativo en la materia

El principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas que corresponden a tales delitos corresponde al legislador (STC 26/1994). (...) De ahí que el principio de legalidad, en el ámbito penal y aún en el sancionador, se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la Constitución enuncia (SSTC 133/1987, 111/1993, 137/1997), esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y solo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (SSTC 133/1987, 120/1996). De esta manera los destinatarios de la norma saben —o tienen al menos la posibilidad de saber— que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (SSTC 101/1988, 93/1992).¹³⁷

Dicho lo anterior, uno de los grandes dilemas a los que se enfrentan los estudiosos del principio de jurisdicción universal tiene que ver con la tensión que se produce entre este título y el clásico principio de legalidad de los delitos y las penas. En concreto, algunos autores, como Mendoza Calderón consideran que es precisamente esta controversia en torno al principio de

¹³⁶ Constitución Española. Publicada en BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹³⁷ STC 142/1999, de 22 de julio de 1999, FJ 3.

legalidad el principal obstáculo al que se enfrenta la persecución universal de los delitos internacionales.¹³⁸

La tensión entre estos dos conceptos tiene mucho que ver con los tradicionales conflictos entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. En efecto, no pueden obviarse los problemas derivados de las diferencias entre ambos sistemas, pues si bien la definición de los delitos y de las penas se reserva a la ley formal, excluyendo otras fuentes, en el derecho nacional, el derecho penal internacional es fruto del consentimiento de los Estados, expresado en los Tratados internacionales, en la costumbre o los principios generales del derecho. Como veíamos, la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* se sustituye en el derecho penal internacional por la expresión *nullum crimen nulla poena sine iure*.

Autores como Martín Martínez detallan de manera más completa el contenido del principio de legalidad en derecho internacional. La autora le otorga a este las siguientes características: *i)* Inexistencia de leyes en sentido estricto, mucho menos leyes escritas, ante la propia inexistencia de un legislador a nivel internacional; *ii)* consentimiento de los Estados como única fuente material de creación de normas internacionales (esto significa, a diferencia de lo que ocurre en los derechos internos, que la criminalización de las conductas puede producirse también mediante normas consuetudinarias); *iii)* constante interacción de las diferentes fuentes del Derecho, en especial los Tratados internacionales y la costumbre, con sus clásicos efectos declarativo, cristizador y generador; *iv)* la formulación del principio de legalidad no es absoluta, sino que tiene en cuenta otros valores relacionados con la lucha contra la impunidad de los grandes crímenes internacionales. Esto lleva, según la autora, "a flexibilizar el valor de la seguridad jurídica y la prohibición de irretroactividad mediante la aceptación de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales o la admisibilidad del recurso a los principios generales del derecho con vistas a determinar la accesibilidad y previsibilidad por los acusados de la comisión de crímenes internacionales de la ilicitud de sus conductas".¹³⁹

Hormazábal Malarée, por su parte, insiste en aclarar que, en todo caso, las especiales características del derecho internacional y sus distintas fuentes no convierten a este sistema

¹³⁸ MENDOZA CALDERÓN, S., "Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional", en VVA.AA, *El principio de Justicia Universal...*, op. cit., p. 307.

¹³⁹ MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "La configuración del...", art. cit., p. 380.

en ajeno al principio de legalidad. Según el autor, la definición del delito no ha dejado de constituir una exigencia, si bien este requisito puede formalizarse, siguiendo las reglas del derecho internacional, tanto en un convenio internacional como a través de la costumbre o de los principios generales del derecho. Por tal motivo, en sus palabras,

aun cuando se diga que en la jurisdicción penal universal el principio de legalidad tiene otra dimensión sigue constituyendo una garantía de la seguridad jurídica y una trinchera contra la arbitrariedad insoslayable. Si en el orden interno la norma previa ha de ser una norma escrita, una ley, la que fundamente el castigo, en el orden jurídico penal internacional la aludida específica norma puede no serlo, pero lo que es ineludible es que se constate la previa existencia de la norma, escrita o no escrita.¹⁴⁰

Sin embargo, no pueden obviarse las dificultades en relación con el sometimiento del derecho internacional, especialmente el de tipo consuetudinario, a las exigencias del principio de legalidad en su formulación clásica derivadas del carácter no escrito de las fuentes de aquel. Como tampoco puede obviarse la inexistencia de un órgano jurisdiccional que de forma permanente se encargue de velar por la vigencia real y efectiva del derecho consuetudinario.

La cuestión principal, consiste en discernir si se produce una violación del principio de legalidad en los casos en los que un Tribunal nacional procede al enjuiciamiento y posterior condena de un particular por la comisión de crímenes internacionales de *ius cogens* cuando los hechos hubieren ocurrido antes de la tipificación del delito en cuestión en la legislación interna o incluso en aquellos casos en los que la ley nacional no prevea nada al respecto. No se trata este de un problema reciente en la doctrina. Así, tanto en el contexto de los Juicios de Núremberg como en los procesos posteriores a los conflictos de Yugoslavia o Ruanda, las defensas de los encausados alegaron, para la exculpación de los mismos, el carácter retroactivo o *ex post facto* del derecho aplicado por los Tribunales internacionales o nacionales concernidos.¹⁴¹

En cuanto a las posibles soluciones al problema, encontramos tres opciones: a) negar la vigencia del principio de legalidad en la incriminación de individuos en el plano internacional; b) afirmar la vigencia del principio, si bien justificando su vulneración puntual en la necesidad

¹⁴⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Crímenes Internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal", en PÉREZ CEPEDA, A., *El principio de Justicia...*, op. cit., p. 241.

¹⁴¹ Véase estudio sobre la preexistencia de los tipos aplicados en Núremberg en GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, op. cit., pp. 70-72.

de ponderación de este y otros valores del ordenamiento jurídico; y c) "la adaptación del principio a las peculiares formas de creación de las normas internacionales, excluyendo el carácter retroactivo de las 'nuevas' incriminaciones y considerándolas como declarativas de un Derecho preexistente",¹⁴² en palabras de Fernández Pons.

Cierto sector de la doctrina opina que la tensión de la que hablamos no debería centrarse en combatir el clásico principio de legalidad, sino más bien en conjugar dos principios: el de legalidad interna y el de legalidad internacional, a partir de la interacción de las fuentes de cada uno de los sistemas.¹⁴³ Así, podemos hablar de la "internacionalización del principio de legalidad" que, en palabras de Jaén Vallejo, "ha supuesto una considerable ampliación de las fuentes del derecho penal, al introducir las fuentes del derecho internacional (los tratados, la costumbre, la doctrina científica internacional y la jurisprudencia internacional) y, por tanto, relativizando las exigencias de *lex scripta* y *lex praevia*, probablemente las más significativas del principio de legalidad".¹⁴⁴

No deben olvidarse, en este sentido, las especiales características que presenta el proceso de formación del derecho internacional, sensiblemente diferentes a las del derecho nacional. Como apunta Fernández Pons

Aunque la incriminación internacional del individuo por vía consuetudinaria, como la que en su día se produjo respecto a la piratería, choque con los predicados del principio de legalidad de muchos ordenamientos nacionales (que lo entienden como reserva de ley formal), hay que reconocer que la costumbre internacional exige una práctica generalizada, constante y uniforme por parte de los Estados y su opinio iuris, con lo que se conjuran incriminaciones puramente arbitrarias como las que podrían tener lugar, en cambio, en un determinado parlamento nacional.¹⁴⁵

¹⁴² FERNÁNDEZ PONS, Xavier, "El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 5, 2002, p. 3.

¹⁴³ "Este objetivo, desde una visión doméstica, exige aceptar que, el principio de legalidad y la ley, como precipitado técnico del mismo, y como única fuente del derecho interno, no se agota estrictamente con la ley escrita, sino que la "ley" amplía su ámbito normativo y comprende tanto la ley interna escrita, propia del DP [Derecho Penal], ya la ley o norma internacional convencional o consuetudinaria, propia del DI [Derecho Internacional]. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia internacional para...*, op. cit., p. 165.

¹⁴⁴ JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad...*, op. cit., p. 55.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ PONS, X., "El principio de legalidad...", art. cit., p. 8.

No obstante, Jaén Vallejo pone el acento en los peligros que puede acarrear este fenómeno de la internacionalización del principio de legalidad, centrando sus inquietudes principalmente en que este fenómeno pueda terminar por generalizarse, afectando así al derecho penal en general. "Sin un derecho penal escrito, afirma, en un sistema, además, como el continental, en el que el Juez está sometido precisamente al imperio de la ley, no al precedente, la solución de cada caso se deja al albur de puras intuiciones sobre lo que se pueda considerar en un momento dado como justo o injusto, luego merecedor de pena".¹⁴⁶ El autor, si bien justifica la utilización de criterios de justicia suprallegal para flexibilizar el principio de legalidad en relación con determinados crímenes, advierte del riesgo inherente a este fenómeno: "el derecho penal internacional, con la ampliación de fuentes y reducción del principio de legalidad, puede acabar permitiendo un relajamiento en las exigencias del derecho penal interno".¹⁴⁷

No podemos olvidar que existe una cuestión que suscita, si cabe, mayores problemas en relación con la tensión entre el principio de legalidad nacional e internacional, que no es otra que la relativa al segundo de los elementos que componen el principio: la legalidad de las penas. Como afirma Lledó Vázquez,

Existe consenso en considerar que los crímenes internacionales son punibles, desconociéndose el quantum de la pena. Se concuerda también en que al ser los crímenes más graves a nivel mundial debieran ser severamente sancionados. Sin embargo, las convenciones internacionales de derechos humanos previenen que nadie puede ser sancionado con una pena más severa que la establecida con anterioridad al hecho, lo que indica que debiera conocerse previamente el grado o nivel de severidad de la sanción a fin de poder hacer comparaciones.¹⁴⁸

Nos referimos a aquellos casos en los que, en ausencia de tipificación de un determinado delito en la legislación interna o de tipificación posterior a la comisión de los hechos, la legislación internacional sí reconoce este como crimen pero no determina imponer una pena concreta. La solución a esta falta de previsión de la pena pasa necesariamente, según Ollé Sesé, por la integración del derecho internacional y el derecho nacional. Así, propone dos tipos de soluciones en función de la situación: si el tipo penal en cuestión hubiese sido reconocido por la legislación

¹⁴⁶ JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad...*, op. cit., p. 59.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo Ignacio, *El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional*, Tesis doctoral dirigida por la Profa. Dra. Carmen Lamarca Pérez, defendida el 2 de abril de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid, pp. 331-332.

nacional con posterioridad al momento de la comisión de los hechos, será la pena comprendida en dicha legislación nacional la que se aplicará. Si, por el contrario, en el momento del enjuiciamiento no existiese previsión legal nacional al respecto, la pena será aquella que corresponda a las conductas instrumentales del delito internacional, es decir, la de los delitos subyacentes que contaban en el derecho interno con previsión legal previa a la comisión del crimen internacional.¹⁴⁹ En palabras del propio autor: "En definitiva, con la construcción jurídica que aquí se defiende, se está aplicando la legalidad internacional, y no la ley penal interna, ni retroactiva ni retrospectivamente. El clásico principio *nullum crimen nulla poena sine lege* previa, en el ámbito del DPI, deja paso al *nullum crimen sino iure*".¹⁵⁰

Esta solución, si bien puede dar lugar como resultado a la aplicación de penas más reducidas que las previstas actualmente para la comisión de crímenes internacionales en la mayoría de Códigos penales nacionales, ha sido ampliamente criticada por gran parte de la doctrina penalista. En efecto, aunque la propuesta de Ollé Sesé resulta más que atractiva desde el punto de vista de la lucha contra la impunidad y supone un muy respetable intento por garantizar el derecho a la verdad, justicia y reparación a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos, esta es difícilmente encajable en el esquema constitucional español.

El sentir mayoritario de la doctrina penalista española se refleja en opiniones como las de Gil Gil, quien entiende que el artículo 25.1 CE, a pesar de contener la amplia expresión "legislación", exige la existencia de una ley en sentido formal para dar cumplimiento al principio de legalidad.¹⁵¹ Se apoya también la autora en el artículo 81.1. CE, según el cual deben ser leyes orgánicas las relativas a derechos fundamentales.¹⁵² Esta configuración constitucional lleva a la autora a negar el carácter *self-executing*, o de aplicación directa, de los Tratados internacionales que contemplan la existencia de responsabilidad penal individual por la comisión de delitos internacionales y, por tanto, según la autora, los Tribunales españoles no pueden castigar basados exclusivamente en el derecho internacional general, sino que tendrá que existir nece-

¹⁴⁹ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., p. 180.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 183.

¹⁵¹ Afirmación que apoya la autora en varias Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, la 25/1984, de 23 de febrero; 3/1988, de 21 de enero; 101/1988, de 8 de junio; 29/1989, de 6 de febrero; 69/1989, de 20 de abril; 150/1989, de 25 de septiembre y 219/1989, de 21 de diciembre, entre otras citadas en GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 93.

¹⁵² Art. 81.1 CE: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

sariamente una ley de desarrollo correspondiente en el derecho interno.¹⁵³ Por otro lado, también rechaza las conocidas como "leyes penales en blanco" que remiten a un Tratado internacional, al entender que contradicen el principio de legalidad las disposiciones penales que remiten a normas de naturaleza distinta a la ley en sentido formal, pues, como ella misma afirma, "la garantía formal que en nuestro ordenamiento implica este principio no guarda relación exclusiva con el principio de jerarquía normativa, sino que encuentra su fundamento, como ya hemos señalado, en las garantías que para la libertad del ciudadano supone en el Estado democrático de derecho la exclusiva competencia del Parlamento en la elaboración de las normas que establecen los delitos y las penas, garantizando así su origen democrático".¹⁵⁴

La autora defiende, además, la compatibilidad de esta concepción del principio de legalidad del sistema español con las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país y, más en concreto, con lo dispuesto en el art. 7 CEDH, en sus apartados 1 y 2. Así, opina que esta disposición no obliga a aplicar una norma internacional no incorporada a nuestra legislación interna o a mermar la protección interna del principio de legalidad. En definitiva, afirma que "la exigencia de garantías añadidas que suponen un reforzamiento de la protección del principio de legalidad en las legislaciones nacionales, en relación con una regulación menos protectora del CEDH no supone en ningún caso un incumplimiento del derecho internacional por los Estados".¹⁵⁵

Lamarca Pérez hace hincapié en el mismo aspecto al considerar que la tesis de que el derecho internacional pueda ser fuente directa del derecho penal interno ataca a la propia esencia del principio de legalidad en la medida en la que contradice el propio fundamento democrático representativo señalado por Beccaria. En palabras de la autora: "Por ello, ya provengan de un convenio o tratado internacional (negociado y firmado por el Ejecutivo) o de la costumbre, no cabe, sin un acto del Parlamento que lo incorpore al ordenamiento interno, la creación de delitos o penas sin vulnerar frontalmente el principio de legalidad".¹⁵⁶

¹⁵³GIL GIL, A., *Derecho penal internacional...*, op. cit. p. 95.

¹⁵⁴*Ibidem*, pág. 97.

¹⁵⁵GIL GIL, A., "La excepción al principio...", art. cit., p. 163.

¹⁵⁶LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo", en *La Ley Penal*, núm. 34, enero 2007, p. 76.

Son innegables las fricciones existentes entre la doctrina internacionalista y penalista en relación con la integración de las fuentes internacionales en los sistemas nacionales y su relación con el principio de legalidad así como las consecuencias de este fenómeno sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal. En mi opinión, la principal solución que el sistema jurídico español puede proporcionar al dilema expuesto pasa por acondicionar debidamente nuestro ordenamiento a las exigencias del derecho penal internacional, especialmente en lo que se refiere a la correcta tipificación de los crímenes internacionales que integran tanto los Tratados internacionales ratificados por España como el derecho consuetudinario que forma parte del derecho internacional general. De esta forma, el principio de legalidad no tendría que constituir un límite del principio de jurisdicción universal sino una garantía más de su correcta utilización. No cabe duda de que cuanto menores sean las divergencias entre ambos sistemas, nacional e internacional, menor será la probabilidad de que el principio de legalidad, tal como está concebido en los países de tradición romano-germánica, colisione con las exigencias del sistema universal de protección de derechos humanos.

En cualquier caso, si bien la solución principal vendría, como digo, de adecuar el derecho español al derecho cosmopolita, una manera de corregir las disfunciones que eventualmente podrían producirse pasaría por la introducción en nuestra Constitución de una cláusula que declarase expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos, con su correspondiente sistema de fuentes, también forma parte del ordenamiento jurídico español y podrá aplicarse de forma directa en caso de no existir disposición legislativa interna al respecto.

El cambio constitucional propuesto contribuiría, a mi juicio, a la adaptación del sistema constitucional español a las características de la nueva sociedad internacional, que tiende progresivamente a una mayor cooperación entre los Estados así como a la potenciación de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, no debe olvidarse la legitimidad democrática que otorga el consenso internacional en cuanto a la exigencia de castigo de ciertos crímenes así como la necesidad de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, nacional e internacional, de las víctimas de tales delitos. En otros términos, la inclusión de una cláusula constitucional de las características descritas dotaría a nuestro ordenamiento del equilibrio necesario entre la legitimidad democrática interna requerida por el principio de legalidad clásico y las exigencias internacionales de lucha contra la impunidad de las violaciones de los derechos humanos.

De esta forma se profundizaría en la propia razón de ser del principio de legalidad mismo; que no es otra que la garantía frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, y se evitaría que este pilar de nuestras sociedades democráticas fuese esgrimido por los sistemas nacionales como excusa para conseguir la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos, especialmente cuando aquellas provienen del propio aparato estatal, lo cual sería contrario a cualquier idea de Justicia que quiera sostenerse.

En este mismo sentido, no podemos obviar los peligros de la aplicación de un principio de legalidad excesivamente rigorista en relación con las obligaciones contraídas por los Estados de investigar y enjuiciar las grandes violaciones de los derechos humanos, así como de garantizar a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo. Como afirma Olásolo Alonso, un excesivo reforzamiento del principio puede llevar a los Estados al incumplimiento de sus obligaciones internacionales así como a la insatisfacción del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. En sus palabras: "Este es el resultado que provoca una aplicación formal, contraria al principio *pro homine*, de los requisitos *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*, en lugar del juicio de conocimiento de la antijuricidad material exigido por los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, en situaciones de violencia sistemática o generalizada, promovida o consentida desde las propias instituciones públicas, como aquellas que tuvieron lugar en el continente americano durante los últimos cuarenta años del siglo XX".¹⁵⁷ No cabe duda de que esta mención a situaciones de violencia sistemática o generalizada consentida desde el propio Gobierno, que el autor sitúa en América, bien puede aplicarse a los crímenes del franquismo, que en nuestro país permanecen en la más absoluta impunidad precisamente en aras de una aplicación del principio de legalidad formalista que se aleja de las recomendaciones internacionales sobre derechos de las víctimas y lucha contra la impunidad.

3.2. Las leyes de amnistía

No puede negarse que los Estados sigan siendo los principales sujetos de derecho internacional, ni que la soberanía estatal continúe erigiéndose como el principio vertebrador de las relaciones que rigen la sociedad internacional contemporánea. No obstante, la importancia de la irrupción de la dignidad humana como principio de derecho internacional radica en que los

¹⁵⁷ OLÁSULO ALONSO, H., "El principio nullum crimen...", art. cit., p. 40.

responsables de las violaciones de los derechos humanos no pueden encontrar ya amparo en los antiguos principios de soberanía estatal y de no intervención en los asuntos internos,¹⁵⁸ siendo evidente que estos nuevos valores también han afectado a la noción de jurisdicción, entendida como el conjunto de competencias inherentes a la soberanía estatal.

Según el concepto de soberanía estatal tradicional, los Estados pueden ejercer "todas las competencias necesarias para el desempeño de sus funciones (plenitud), con exclusión de cualquier otro Estado (exclusividad), y aun con absoluta discrecionalidad a la hora de tomar las decisiones (autonomía)".¹⁵⁹ Sin embargo, la irrupción del respeto a los derechos humanos como principio general del derecho internacional público ha modificado sustancialmente las características que se atribuyen a estas competencias propias del Estado.

Cassese ejemplifica este proceso de cambio a través de dos importantes fenómenos. El primero de ellos vendría constituido por la transformación de la regla según la cual los sistemas constitucionales debían proteger a sus nacionales contra eventuales procesos iniciados en el extranjero en una reliquia del pasado. Así, el autor no encuentra motivos por los que un Estado debiese rechazar la extradición de uno de sus nacionales a un tercer país en el que tal individuo hubiese cometido un crimen, siempre que el sistema jurídico de que se trate sea independiente e imparcial y los derechos del acusado sean respetados en el marco de un proceso justo y rápido.¹⁶⁰ El segundo ejemplo se manifiesta en el nivel legislativo y tiene que ver con la idea tradicional de que las leyes de amnistía promulgadas por los Estados constituyen atributos de su propia soberanía.¹⁶¹

La amnistía puede definirse como un acto de soberanía mediante el cual un Estado, por motivos de orden público, promulga una ley de efectos retroactivos que declara el olvido de infracciones penales cometidas con anterioridad, por medio de la cual se extinguen la responsabilidad por la comisión de los mismos, sin que medie individualización de los destinatarios

¹⁵⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I., "Principio de Justicia penal...", art. cit., p. 61.

¹⁵⁹ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 341.

¹⁶⁰ CASSESE, A., "Y a-t-il...", art. cit., p. 14.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 15.

de este beneficio, que además no pueden renunciar a él y que, una vez reconocido por Sentencia, pasa a tener autoridad de cosa juzgada y es, por lo tanto, irrevocable.¹⁶²

En cuanto a la legalidad de las leyes de amnistía según el derecho internacional, debe mencionarse, en primer lugar, que la Declaración y programa de acción de Viena, de junio de 1993 señalaba que: "Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley".¹⁶³ No cabe duda sobre que las leyes de amnistía favorecen decididamente la impunidad de este tipo de crímenes.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos se pronunció al respecto en 2004, en su observación general núm. 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general contenida en el PIDCP: "(...) Por lo tanto, en los casos en que algún funcionario público o agente estatal haya cometido violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto a los que se hace referencia en este párrafo, los Estados Parte de que se trate no podrán eximir a los autores de su responsabilidad jurídica personal, como ha ocurrido con ciertas amnistías (véase la Observación general núm. 20 (44) y anteriores inmunidades".¹⁶⁴

El Comité de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre las amnistías promulgadas en países concretos. Así, en 2008 se pronunció sobre la amnistía española de 1977, con ocasión del examen de los informes presentados por los Estados Parte referentes al artículo 40 del PIDCP. En sus observaciones finales el Comité recordaba que las amnistías sobre violaciones graves de los derechos humanos resultan incompatibles con el PIDCP e instaba a España a considerar la derogación de la citada Ley de Amnistía.¹⁶⁵ Como sabemos, nuestro país nunca ha cumplido con esta recomendación.

¹⁶² LASCANO, Carlos Julio, "Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina", en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 525.

¹⁶³ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Sección II, párr. 60. Texto disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf (Consultado el 24 de julio de 2016).

¹⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, 80o. período de sesiones, Observación General núm. 31 (80), Naturaleza jurídica de la obligación general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, de 29 de marzo de 2004.

¹⁶⁵ "Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales No. 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y No. 31

Por su parte, el sistema interamericano ha tenido que pronunciarse en repetidas ocasiones sobre las leyes de amnistía promulgadas en los Estados Parte del mismo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) afirmó, con ocasión de su informe sobre el caso *Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador)*, de 22 de diciembre de 1999:

La CIDH ha señalado reiteradamente que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de violaciones serias de los derechos humanos, hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo 1(1) de la Convención Americana.¹⁶⁴ En efecto, dichas leyes eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables.¹⁶⁶

Por último, la Comisión de Derechos Humanos también ha afirmado que "no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario que constituyan delito".¹⁶⁷ En consecuencia, podemos afirmar que el derecho internacional prohíbe de forma clara a los Estados el dictado de leyes de amnistía si estas impiden la persecución de crímenes internacionales de primer grado.

Basándose en esta prohibición de las leyes de amnistía decretada por el derecho internacional, el Juez de Instrucción Baltasar Garzón, Titular del Juzgado de Instrucción (JCI) núm. 5 de la AN, inició una causa penal el 16 de octubre de 2008, tras la presentación de una querrela por parte de varias organizaciones sociales, por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista. En un Auto posterior, en respuesta a las alegaciones del Ministerio

(2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. El Estado parte debería: a) considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas". Comité de Derechos Humanos, 94o. período de sesiones, Ginebra, de 13 a 31 de octubre de 2008. Examen de los informes de los Estados Parte con arreglo al artículo 40 del Pacto, de 5 de enero de 2009, párr. 9.

¹⁶⁶ Informe 136/1999, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador)*, de 22 de diciembre de 1999, párr. 200.

¹⁶⁷ Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/81, de 21 de abril de 2005, párr. 3.

Fiscal, que había pedido el sobreseimiento de la causa por, entre otros motivos, la aplicación de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, el Magistrado rechaza frontalmente la validez de esta por su incompatibilidad con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificado por España. Afirmo además el Magistrado:

Por lo demás, es conocida y reiterada la jurisprudencia internacional, cuando nos enfrentamos a crímenes contra la humanidad, y no olvidemos que en ese contexto es en el que se mueven los aquí denunciados e investigados. En efecto, es aceptado en forma pacífica y conteste que resulta imposible la aplicación de este tipo de medidas de gracia si no se han investigado los hechos en un proceso judicial bajo las premisas de la independencia e imparcialidad, en el que también se hayan debatido y establecido la verdad de los mismos y las responsabilidades de los culpables (*Caso Furundzija, Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia* de fecha 19 de diciembre de 1998 y el *Caso Moinina Fofana en la Corte Especial de Sierra Leona, Sala de Apelaciones*, sentencia de 25 de abril de 2005).¹⁶⁸

No obstante, el Pleno de la AN, resolviendo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, decidió sobreseer el procedimiento al entender que ninguno de los delitos concernidos se situaba dentro del ámbito de actuación de este órgano judicial, luego serían competentes los Tribunales de los lugares de comisión de los hechos.¹⁶⁹ Como consecuencia de este proceso, el Magistrado Garzón fue procesado por un delito de prevaricación, del que fue absuelto por la Sala Segunda del TS. No obstante, en relación con el tema que nos ocupa, esta Sentencia de absolución califica de errónea la interpretación jurídica efectuada por el Juez de Instrucción y otorga validez a la Ley de amnistía de 1977

La asunción de competencia por el Juzgado Central no. 5 de la Audiencia Nacional del que era titular el magistrado acusado, que se realiza en el auto de 16 de octubre de 2008, contienen algunas argumentaciones erróneas. Se efectúa una interpretación de las normas aplicables a los hechos, particularmente en lo referente a la incoación del proceso y a la asunción de competencia, que entra en colisión con las normas y la interpretación de la misma que consideramos precedente. Colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Auto del JCI núm. 5 de la AN, de 18 de noviembre de 2008, FJ 14.

¹⁶⁹ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 2 de febrero de 2009.

¹⁷⁰ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2012. Causa Especial 200048/2009, FJ 6.

Autores como Tamarit Sumalla afirman con rotundidad, en relación con la Ley de amnistía española, que los crímenes más graves cometidos contra la población civil deberían quedar fuera del ámbito de esta disposición legislativa. En sus palabras: "Extender la amnistía hasta los más graves crímenes de abuso de poder cometidos unilateralmente contra la población estaría fuera del contexto en que se aprobó la Ley de amnistía, que fue una respuesta a las demandas ciudadanas de liberación de los presos políticos (según el lema "libertad y amnistía" que en ese tiempo se gritaba en las calles) y con el propósito de superar las limitaciones de los decretos de 1976 y 1977".¹⁷¹ Este criterio, muy acertado en mi opinión, permitiría que los más graves crímenes internacionales del franquismo, como las desapariciones forzadas cometidas durante la dictadura, no quedaran impunes.

Una vez establecido que el derecho internacional prohíbe la promulgación de leyes de amnistía por la comisión de crímenes internacionales, la pregunta surge rápidamente: ¿en qué medida puede el Poder Judicial de un Estado proceder al enjuiciamiento con base en el principio de jurisdicción de crímenes internacionales que han sido amnistiados en el país de comisión de los hechos?, ¿operan las leyes de amnistía como un verdadero límite en estos casos?

El TESL dio respuesta a esta cuestión mediante su decisión de 13 de marzo de 2004 en relación con la ley diseñada para amnistiar los terribles crímenes cometidos durante el conflicto armado en Sierra Leona

La concesión de amnistía o indulto es indudablemente un ejercicio de poder soberano que, esencialmente, está íntimamente ligado, por su relación con el crimen, a la jurisdicción penal del Estado que ejerce dicho poder soberano. Cuando la jurisdicción es universal, un Estado no puede privar a otro de su jurisdicción para perseguir a un sospechoso al que se le ha concedido amnistía. (...) Un Estado no puede condenar al olvido a un delito, como los crímenes contra la humanidad, cuando otros Estados están legitimados para mantenerlo vivo en el recuerdo.¹⁷²

En este mismo sentido se manifestó el TPIY en la ya citada Sentencia relativa al caso *Furundzija*, de 1998. En esta Resolución el Tribunal establece que la prohibición de la tortura constituye una regla imperativa de derecho internacional, o norma de *ius cogens*, y que de tal

¹⁷¹ TAMARIT SUMALLA, Josep, "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", en *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13, julio 2012, Art. 2, p. 80.

¹⁷² TESL, *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, de 13 de marzo de 2004, párr. 67.

condición se deriva que los Estados no pueden promulgar leyes de amnistía en relación con este crimen. La Sala llegó a afirmar que si una ley de amnistía sobre crímenes de tortura es promulgada por un Estado, los otros Estados de la comunidad internacional no deberían reconocer sus posibles efectos.¹⁷³

La CortelDH fue más allá en su Sentencia de 14 de marzo de 2001, relativa al caso Barrios Altos, en la que afirma que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos".¹⁷⁴ A continuación, el Tribunal estima que, como consecuencia de la incompatibilidad de estas leyes con la Convención Americana de Derechos Humanos, estas "carecen de efectos jurídicos".¹⁷⁵ Este matiz resulta especialmente importante, pues con esta doctrina la Corte de San José se erige como la primera jurisdicción internacional que declara la pérdida de efectos jurídicos de resoluciones normativas en el seno del sistema estatal en el que estas fueron acordadas por contradicción de estas con el derecho internacional.¹⁷⁶

Citaremos una vez más, por su alto valor doctrinal, los Principios de Princeton. Así, el Principio 7, dedicado a las amnistías, establece lo siguiente:

1. Las amnistías, en general son incompatibles con la obligación de los Estados de imputar responsabilidad por la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2.
2. Las amnistías que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado que las concede no impedirán el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2.¹⁷⁷

¹⁷³ TPIY. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. (Caso *Furundzija*, IT-95-17/1-T), *loc. cit.*

¹⁷⁴ CortelDH, caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

¹⁷⁵ *Ibidem*, párr. 44.

¹⁷⁶ CASSESE A., "Y a-t-il...", art. cit., p. 16.

¹⁷⁷ Principios de Princeton, *loc. cit.* Principio 7.

Por su parte, los Principios de El Cairo sobre jurisdicción universal en relación con graves ofensas a los derechos humanos también contemplaron esta materia, en concreto en el principio número 15: "Aunque las amnistías por graves delitos contra los derechos humanos concedidas a personas individuales pueden, en ciertos casos, resultar convenientes políticamente, dichas amnistías son generalmente incompatibles con el derecho internacional y no tienen ningún efecto fuera de las fronteras del país que las concede; ni absuelven a otros Estados de su responsabilidad y de su deber de perseguir o extraditar a dichas personas individuales".¹⁷⁸

Resulta evidente que las amnistías llevadas a cabo por un Estado carecen de efecto jurídico vinculante para el Poder Judicial de otro Estado, al estar prohibidas por el derecho internacional, con más motivo en el caso de grandes crímenes de *ius cogens*.¹⁷⁹ En ese sentido opina un sector mayoritario de la doctrina, pudiendo destacarse las palabras de Gil Gil en relación con la Ley de amnistía española

La ley de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue, como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y obediencia debida para la persecución seguida por la AN española.¹⁸⁰

Sin embargo, existe un supuesto relacionado con el principio de jurisdicción universal en el que sí pueden resultar relevantes estas leyes de amnistía, actuando como un verdadero límite: nos referimos a los casos en los que un Estado solicita a otro la extradición de un particular por la comisión de crímenes internacionales en el supuesto en que dichos crímenes hubiesen sido amnistiados por el Estado receptor de la solicitud de extradición. Un claro ejemplo de la situación de la que hablamos lo encontramos en nuestro propio país en relación con la solicitud de extradición cursada por las autoridades argentinas en octubre de 2013 en relación con la que-rella tramitada en aquel país en relación con los crímenes del franquismo. Dichas extradiciones fueron denegadas por la AN en abril de 2014, destacando el hecho de que en estas reso-

¹⁷⁸ The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of gross human rights offenses: an African perspective, Principio 15. African Legal Aid (2002).

¹⁷⁹ Así lo opinan autores como Pigrau Solé en PIGRAU SOLÉ, A., *La Jurisdicción Universal...*, op. cit., p. 82.

¹⁸⁰ GIL GIL, Alicia, "Justicia transicional en España", en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 165-166.

luciones se obvia, a mi juicio deliberadamente, mención a alguna a la Ley de amnistía vigente en España desde 1977, basándose pues la denegación en la calificación de los hechos como torturas y no crímenes de lesa humanidad y afirmando que dichos crímenes se encontraban ya prescritos.¹⁸¹ Se perdió, pues, en aquella ocasión la oportunidad de un pronunciamiento judicial sobre la citada Ley de amnistía así como el efecto que con el tiempo pudiera tener esta para una jurisdicción extranjera, como es el caso de la argentina. Parece en todo caso muy difícil que en este u otro supuesto de características similares, el Estado receptor proceda a conceder la extradición por hechos delictivos sobre los que reconoce la validez de una ley de amnistía en vigor. Aun así, dichas solicitudes deben seguir cursándose, pues a través de las mismas se ejerce una suerte de presión diplomática por vía judicial, al recordarse la incompatibilidad de este tipo de disposiciones legislativas con el derecho internacional.

3.3. La inmunidad de jurisdicción

No cabe duda alguna sobre las dificultades técnicas que pueden encontrar los Tribunales nacionales a la hora de aplicar el principio de jurisdicción universal cuando la persona acusada es un cargo relevante en la estructura política de otro país, máxime cuando se trata del propio Jefe de Estado.

La inmunidad de los Jefes de Estado es un concepto que se remonta al siglo XVI, cuando los soberanos contaban con el privilegio de no responder por los actos cometidos durante su mandato, incluidos los delitos.¹⁸² Esta herramienta de tan remota tradición interviene tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional. En la primera disciplina, se trata de un régimen especial que se aplica a ciertas personas por razón de su cargo y les exime de responsabilidad penal a través de las figuras de la inviolabilidad y la inmunidad. La propia CE reconoce esta figura en su artículo 56.3.¹⁸³ En el plano internacional, nos encontramos ante un sistema que protege a ciertas personas por motivo del cargo que ocupan como representantes de

¹⁸¹ Auto 14/2014, de 30 de abril, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (FJ 6). Ver apartado 2.2 del capítulo 3.

¹⁸² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "La inmunidad del Jefe de Estado", en *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. GARCÍA ARÁN, Mercedes, y LÓPEZ GARRIDO, Diego (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 165.

¹⁸³ "La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2".

un Estado a nivel internacional, que impide que estos sean juzgados por los Tribunales de otro Estado.¹⁸⁴

En efecto, en el plano internacional, la inmunidad de jurisdicción se deriva del principio de igualdad soberana de los Estados e implica que ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro (*par in parem non habet imperum*). Pero, como afirma Ambos, "no solamente el Estado mismo, sino también sus órganos (p. ej., el funcionario correspondiente) gozan de inmunidad *ratione materiae* para actos oficiales de servicio (*acta iure imperii*), porque estos son imputables al Estado mismo; de esta hay que diferenciar la inmunidad, en principio absoluta, *ratione personae*, que se extiende también a los actos no oficiales de servicio (*acta iure gestionis*) y asimismo a los actos puramente privados, pero de determinadas personas".¹⁸⁵

La inmunidad de jurisdicción por razón del cargo se encuentra contemplada en numerosos instrumentos internacionales. Así, los arts. 31 y 39.2 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961,¹⁸⁶ garantizan la inmunidad de jurisdicción penal del agente diplomático en el Estado receptor. La misma protección otorga al funcionario consular el art. 43 del Convenio de Viena de 1963, sobre relaciones consulares.¹⁸⁷ La Convención sobre las Misiones Especiales de 1969 concede inmunidad a los representantes estatales y miembros del personal diplomático.¹⁸⁸ En cuanto a la inmunidad concreta de los Jefes de Estado, esta aparece reflejada en el art. 21.1 de la misma Convención que indica que "El Jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los Jefes de Estado en visita oficial".¹⁸⁹

En todo caso, como afirma Martínez Alcañiz, la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno, así como de los Ministros de Asuntos Exteriores, constituye derecho internacional consuetudinario. En palabras del autor, "sus actos, mientras están al frente del Estado, se con-

¹⁸⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "Responsabilidad e inmunidad", en GARCÍA ARÁN, Mercedes, y LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 249.

¹⁸⁵ AMBOS, K., *Temas de Derecho...*, op. cit., p. 470.

¹⁸⁶ Convenio sobre Relaciones Diplomáticas, firmado en Viena el 18 de abril de 1961. Publicado en BOE núm. 21, de 24 enero de 1968.

¹⁸⁷ Convenio sobre Relaciones Consulares, firmado en Viena el 24 de abril de 1963. Publicado en BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

¹⁸⁸ Convención sobre las Misiones Especiales, firmada en Nueva York el 8 de diciembre de 1969. Instrumento de adhesión de España publicado en BOE núm. 159, de 4 de julio de 2001.

¹⁸⁹ *ibidem*.

sideran actos soberanos y, en virtud de ello, cualquier actuación judicial contra los mismos podría considerarse como una intromisión en los asuntos internos de un Estado soberano".¹⁹⁰

Si bien, como vemos, la inmunidad se deriva del propio concepto de soberanía estatal, y forma parte de una cultura jurídica global bastante consolidada, no es menos cierto que la aplicación práctica de esta figura puede fomentar la impunidad de las grandes violaciones de los derechos humanos. De ahí que el concepto de inmunidad estatal absoluta haya sido desplazado de forma progresiva por un concepto restrictivo, especialmente cuando nos encontramos ante grandes crímenes internacionales.

Ya el propio Principio III de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg rezaba que "El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional".¹⁹¹ Posteriormente, los Estatutos de los Tribunales internacionales de Ruanda y Yugoslavia también contenían cláusulas que excluían de forma clara la posibilidad de alegar inmunidad a los presuntos responsables de crímenes internacionales con una fórmula idéntica para ambos: "La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena".¹⁹² En aplicación de estos preceptos, el TPIY ya dejó bien claro, a la hora de resolver el caso *Blaskić* que los responsables de crímenes internacionales no pueden ser objeto de inmunidad ni ante los Tribunales nacionales ni ante los internacionales, incluso si perpetraron tales crímenes en el ejercicio de su cargo oficial.¹⁹³

Por su parte, el ER, concebido como un instrumento verdaderamente efectivo en la lucha contra la impunidad, también proclama explícitamente la exclusión de las figuras de inmunidad e inviolabilidad al reconocer el principio de responsabilidad internacional individual. Así, el

¹⁹⁰ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, op. cit., p. 336.

¹⁹¹ Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, adoptado por la Conferencia internacional de las Naciones Unidas, 1950. Texto disponible en http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Principios_Derecho_Internacional_Estatuto_sentencias_Tribunal_Nuremberg.pdf (Consultado el 22 de julio de 2016).

¹⁹² Art. 6.2 del Estatuto del TPIR y art. 7.2 del Estatuto del TPIY.

¹⁹³ TPIY, Sentencia de la Sala de Apelaciones sobre la petición de revisión hecha por la República de Croacia sobre la Decisión de la Sala II de la Corte, de 18 de julio de 1997, de 9 de octubre de 1997 (*Caso Blaskić*, IT -95-14), párr. 41.

artículo 27.1 del ER establece que "El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena". Añade, además, a continuación que "Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".¹⁹⁴

A pesar de lo anterior, también es cierto que el art. 98 ER dispone que la CPI no está habilitada para forzar a los Estados partes a la entrega de una persona si dicha entrega es incompatible con el régimen de inmunidades propio del derecho internacional o incluso con un acuerdo alcanzado con un tercer Estado.¹⁹⁵ Desgraciadamente, este precepto ha constituido, como afirma Remiro Brotóns, "un coladero para las decenas de acuerdos que con tal fin ha celebrado Estados Unidos para proteger a sus ciudadanos de la Corte, muy oportunamente, teniendo en cuenta el extenso despliegue de sus efectivos y los métodos que han inspirado su conducta".¹⁹⁶

En cuanto a la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, encontramos tres pronunciamientos de especial relevancia en relación con el tema de la inmunidad, procedentes de Reino Unido, Francia, España y Estados Unidos.

El primero de ellos tiene que ver con la Decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido, de 24 de marzo de 1999, en relación con la solicitud de extradición de Augusto Pinochet.¹⁹⁷ De forma sucinta, puede destacarse de esta célebre Resolución, que el Tribunal inglés resuelve afirmando que el crimen de tortura, incluso siendo considerado como crimen individual y no como integrante de la figura de crímenes de lesa humanidad, no puede ser objeto de

¹⁹⁴ Art. 27.2 ER.

¹⁹⁵ Art. 98.1 ER: "La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o a la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad".

¹⁹⁶ REMIRO BROTONS, Antonio, "A vueltas con el crimen de agresión", en ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (coord.), *Crímenes internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 74.

¹⁹⁷ Será objeto de análisis en el capítulo 3, apdo. 2.7.

inmunidad del Jefe de Estado, utilizando para ello la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*.¹⁹⁸

Sin embargo, prácticamente en las mismas fechas encontramos el caso *Gadafi*, en el que los Tribunales franceses no actuaron de forma igual de satisfactoria. La jurisprudencia en relación con este caso, en el que el Jefe de Estado de Libia fue denunciado por su complicidad en homicidio voluntario en relación con el atentado que tuvo lugar en un avión de la compañía UTA en septiembre de 1989, es contradictoria. En una fase inicial, el Tribunal de Apelación de París reconocía, por Sentencia de 20 de octubre de 2000, que el derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad de jurisdicción no podía extenderse sobre los crímenes internacionales cometidos por Jefes de Estado. Sin embargo, en una decisión posterior la Corte de Casación resolvió a favor del recurso interpuesto por la Fiscalía, declinando la jurisdicción sobre el caso al afirmar, en una brevísima y pobre Sentencia, que "la costumbre internacional se opone a que los Jefes de Estado en ejercicio puedan, ante la ausencia de disposiciones internacionales contrarias que sean obligatorias para las Partes, ser objeto de investigaciones ante las jurisdicciones penales de un Estado extranjero".¹⁹⁹

En el mismo sentido encontramos la posición de los Tribunales españoles sobre dos casos de notable relevancia: el caso *Venezuela* y el caso *Cuba*. El primero de ellos se inició una vez presentada querrela contra el ya fallecido Presidente de Venezuela Hugo Chávez por terrorismo y crímenes de lesa humanidad. El JCI núm. 4 inadmitió a trámite la misma por Auto de 18 de marzo de 2003, al apreciar la existencia de inmunidad por razón del cargo del antiguo Jefe de Estado del país latinoamericano, si bien el Magistrado-Juez remitió testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de la CPI.

Por otro lado, el 5 de noviembre de 1998 se presentó querrela por delitos de genocidio, terrorismo y torturas contra Fidel Castro, Presidente en ejercicio por aquel entonces. El JCI núm. 2 inadmitió la causa, confirmándose esta decisión por Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 4 de marzo de 1999, ante la apreciación de la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado cubano.

¹⁹⁸ JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2002, vol. XVIII, p. 110.

¹⁹⁹ Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 13 de marzo de 2001 (*Caso Gadafi*).

El 14 de octubre de 2005, otra querrela fue interpuesta contra Fidel y Raúl Castro así como contra Osmani Cienfuegos y Carlos Amat, por la presunta comisión de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, torturas y terrorismo, también inadmitida por razón de la inmunidad del Jefe de Estado por el JCI núm. 2, por Auto de 14 de octubre de 2005, apreciándose en relación con el resto de querrellados conexidad subjetiva en relación con el principal de ellos, Jefe de Estado en ejercicio. La Sección Segunda de la Sala delo Penal de la AN confirmó la decisión el 10 de marzo de 2006.

La tercera querrela contra los responsables del régimen cubano se interpuso el 26 de febrero de 2007, en este caso contra Fidel Castro y Osmani Cienfuegos, y concretada en la muerte de nueve prisiones en 1961 como consecuencia del intento de invasión de Bahía de Cochinos. El JCI núm. 1 inadmitió a trámite la querrela, por Auto de 16 de abril de 2007, al apreciar identidad tanto de hechos denunciados como de querellantes en relación con las dos querellas anteriores, confirmando su propia decisión el mismo órgano por Auto de 25 de mayo de 2007.

Esta última decisión fue recurrida en apelación, para cuyo conocimiento la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN avocó al Pleno, que el 13 de diciembre de 2007 confirmó la inadmisión, estimando que el Sr. Castro gozaba de inmunidad, si bien aunque por su enfermedad hubiese cedido temporalmente el poder a su hermano. Otras dos querellas, contra el Rey de Marruecos y contra el Presidente de Guinea Ecuatorial, también fueron desestimadas por los mismos motivos,²⁰⁰ confirmando la posición de los Tribunales españoles sobre la materia.

La tendencia generalizada en Tribunales nacionales, no obstante, parece apuntar más bien a la solución del Reino Unido, es decir, a negar la inmunidad absoluta de los Jefes de Estado. Así ha ocurrido en un caso más reciente procedente de Estados Unidos en el que un Tribunal de Distrito condenó a Mohamed Ali Samantar, ex Primer Ministro de Somalia, al pago de una indemnización por la comisión de varios crímenes internacionales. Tras varios incidentes procesales,²⁰¹ la decisión fue confirmada el 1 de junio de 2010 por el Tribunal Supremo de los

²⁰⁰ Autos del JCI núm. 5, de 23 de diciembre de 1998.

²⁰¹ Véase apartado 2.5 en capítulo 3.

Estados Unidos, al considerar que el antiguo Jefe de Estado no gozaba de inmunidad por la comisión de crímenes internacionales cometidos en el extranjero.²⁰²

Por otro lado, es de resaltar, aunque también de forma negativa, la Sentencia del TIJ sobre el *asunto de la orden de detención belga de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo v. Bélgica)*. En esta célebre Resolución, el TIJ dictaminó que la orden de detención emitida por Bélgica contra el antiguo Ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Yerodia, vulneraba la inmunidad de jurisdicción garantizada por el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, ordenaba la anulación de la misma, con independencia de la gravedad de los hechos que se le imputaban a Yerodia, que en concreto estaba acusado de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad. Esta Sentencia, en palabras de López-Jacoiste, "puso en evidencia, una vez más, la difícil tarea de compaginar la inmunidad de jurisdicción de quienes ejercen cargos públicos y la responsabilidad internacional por la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad si tales actos son cometidos, consentidos o autorizados por los cargos públicos".²⁰³

De forma resumida, el TIJ solo admitió excepciones a la inmunidad de jurisdicción diplomática en cuatro obvios supuestos, a saber: 1) los Ministros en activo sí pueden ser juzgados ante los Tribunales de su propio país; 2) la inmunidad de la que gozan puede ser anulada por su país para ser juzgados en otro Estado; 3) también pueden ser juzgados por Tribunales internacionales si así lo contemplan sus respectivos estatutos; 4) una vez se produzca el cese en el cargo de dichas personas, estas perderán su inmunidad sobre los actos cometidos tanto antes o como después de su mandato así como por los actos privados en todo momento.²⁰⁴

Esta polémica Sentencia²⁰⁵ ha sido objeto de numerosas críticas en lo que se refiere, por encima de todo, a un aspecto en concreto: el rechazo por parte del TIJ de la alegación belga

²⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 1 de junio de 2010 (*Caso Samantar v. Yousuf*). Texto disponible en <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1555.pdf> (Consultado el 25 de junio de 2016).

²⁰³ LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, María Eugenia, "Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, vol. 55, núm. 2, p. 843.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 844.

²⁰⁵ También en el seno del propio Tribunal, pues los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal emitieron un voto particular conjunto en el que afirmaban que, conforme al derecho internacional consuetudinario, los crímenes de derecho internacional pueden ser juzgados con base en el principio de justicia universal absoluta. Texto disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8135.pdf>.

relativa a que la inmunidad de jurisdicción no cubre los crímenes de guerra o de lesa humanidad. En relación a este punto, el Tribunal afirmaba haber examinado la práctica estatal, incluyendo la legislación nacional así como las escasas decisiones de Altos tribunales nacionales en la materia. En consecuencia, añadía, "ha sido imposible deducir de esta práctica que exista según el derecho internacional consuetudinario ningún tipo de excepción a la norma que acuerda la inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los Ministros de Asuntos Exteriores en el cargo, cuando son sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad".²⁰⁶

Pueden distinguirse tres principales objeciones a la Sentencia.²⁰⁷ En primer lugar, esta ignoró los instrumentos de creación y funcionamiento de los Tribunales internacionales de Núremberg, Tokio, para la antigua Yugoslavia e incluso el propio ER, pues todos ellos excluyen la posibilidad de otorgar inmunidad de jurisdicción ante la comisión de crímenes internacionales. En segundo lugar, la Sentencia también contradecía jurisprudencia de Tribunales nacionales sobre el tema, principalmente la producida por la Cámara de los Lores en el caso *Pinochet*. Por último, se apartaba de lo dispuesto en el art. 11 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que establece que "el carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no lo eximirá de responsabilidad penal".²⁰⁸

En todo caso, es claro que la inmunidad de jurisdicción, tal como estaba concebida en esta Sentencia, opera como un verdadero límite al principio de jurisdicción universal, pues el fondo de la cuestión tenía que ver con una orden de detención emitida por el Poder Judicial belga para poder someter al antiguo Ministro de Asuntos Exteriores a un proceso sustentando en el principio de jurisdicción universal.²⁰⁹ Como veíamos, en nuestro propio país, la doctrina emanada por el TJJ en este caso, sirvió de base para la inadmisión a trámite de querellas interpuestas

Por su parte, el Juez Al-Khasawneh sostuvo que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta y menos en lo que se refiere a normas internacionales de *ius cogens*. Texto disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8139.pdf>

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, de 14 de febrero de 2002, Caso relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (*República Democrática del Congo c. Bélgica*), párr. 58

²⁰⁷ Señaladas en CARNERERO CASTILLA, Rubén, "Un paso atrás en la lucha contra la impunidad: la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)", en *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional*, 1, 2004, pp. 96-97.

²⁰⁸ Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *loc. cit.*, art. 11.

²⁰⁹ Más información sobre el caso en el capítulo 3, apdo. 2.3.

con base en el principio de jurisdicción universal contra Jefes de Estado como Fidel Castro, Hugo Chávez, Teodoro Obiang o Hassan II.

En sentido contrario, también es de destacar, en el ámbito internacional, la Sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 17 de marzo de 2009 en el caso *Ould Dah contra Francia*.²¹⁰ En su decisión, el TEDH se refería a la relación entre la inmunidad de los Jefes de Estado y el crimen de tortura. A este respecto, afirmaba el Tribunal que la prohibición de tortura ocupa un lugar primordial entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y que, al consagrar uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, no puede ser objeto de derogación alguna. Así, la Corte otorgaba a esta prohibición de tortura el carácter *de ius cogens* y, si bien recordaba haber admitido en el pasado la inmunidad en caso de acciones civiles por daños y perjuicios producidos por actos de tortura perpetrados más allá de la Ley del Estado del foro, en el caso *Dah* nos encontramos ante la responsabilidad penal de un individuo por los actos de tortura cometidos y rechaza, por tanto, esta posibilidad.²¹¹

Puede apreciarse con facilidad, tras este repaso sobre la contradictoria jurisprudencia existente, que nos enfrentamos a una materia muy compleja. ¿Cómo puede resolverse esta aparente contradicción entre el régimen de inmunidad de jurisdicción y el principio de jurisdicción universal? Jiménez García se acoge a las alegaciones de la defensa belga, la cual mantuvo una distinción entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución —entendiendo que la inexistencia de la primera no tiene por qué significar la inexistencia de la segunda—, y fue más respetuosa con el principio de igualdad soberana de los Estados, para dar respuesta a esta pregunta. En palabras del autor: "Esta teoría, defendida por distintos sectores doctrinales y ampliamente consolidada en el ámbito civil, supondría reconocer la jurisdicción de los tribunales nacionales para autorizar, conforme a su legislación interna, el procesamiento y, en su caso, el juicio en rebeldía o contumacia de un representante oficial salvaguardando, al mismo tiempo, la inmunidad e inviolabilidad del representante del Estado en sus visitas oficiales".²¹²

²¹⁰ Más información sobre los antecedentes del caso en el capítulo 3, apdo. 2.5.

²¹¹ TEDH, Decisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 13113/03 presentada por Ely Ould Dah contra Francia, de 17 de marzo de 2009.

²¹² JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Justicia universal e inmunidades...", art. cit., p. 118.

En efecto, esta solución parece la más acertada, destacando dos ventajas principales en relación con la misma. Por un lado, se traslada la responsabilidad de la impunidad del crimen internacional al Estado de nacionalidad del presunto responsable, pues se dejaría a su cargo el enjuiciamiento de los hechos, que quedaría expuesto ante la comunidad internacional en caso de no hacerse cargo de la judicialización de los mismos. En segundo lugar, de esta forma se permite que las víctimas de los delitos inicien un procedimiento civil para la reparación de daños, para lo que es necesaria una acreditación de los hechos por vía judicial.²¹³

Debemos confiar, como apunta Fernández Liesa, en que la tendencia futura no signifique una mayor apertura a la inmunidad penal. En sus palabras, "es relevante poner en relación las normas de inmunidad con la de responsabilidad internacional del individuo dirigida a la lucha contra la impunidad; así como poner frente a frente la inmunidad con el sistema de valores imperante en el derecho internacional contemporáneo".²¹⁴ En definitiva, cualquier solución que intente menoscabar el mínimo posible los principios de igualdad soberana de los Estados y de no injerencia, pilares del derecho internacional, resulta válida; siempre y cuando este respeto no derive en la impunidad de graves violaciones de derechos humanos que con gran asiduidad son llevadas a cabo con la aquiescencia, sino con la propia autoría directa de los aparatos gubernamentales.

²¹³ *Ibidem*, p. 117.

²¹⁴ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 359.

Capítulo 3
El principio de jurisdicción universal
en el derecho comparado

1. Consideraciones generales

Es de gran interés conocer, a grandes rasgos, la legislación y jurisprudencia más representativas de otros países sobre el principio de jurisdicción universal. Este interés no solo tiene que ver con la comparativa de la regulación española con la del resto de Estados de nuestro entorno sino también, y este punto es crucial, para determinar la existencia o no de una práctica estatal relevante, como elemento compositivo de la existencia de derecho consuetudinario sobre la materia.

Llevar a cabo un estudio pormenorizado de todos los Estados que componen la comunidad internacional, o incluso de un número representativo de ellos, desbordaría el objeto de esta obra. Por tal motivo, se han seleccionado aquellos que estimo puedan tener un mayor interés para España, ya sea por la proximidad geográfica o cultural de los mismos, por su relevancia general a nivel internacional o por lo novedoso de las aportaciones doctrinales de cada uno de ellos.

A grandes rasgos, podemos adelantar que la gran mayoría de los Estados de la comunidad internacional reconocen, aun de manera facultativa, el principio de jurisdicción universal en sus legislaciones. Según un informe emitido por varias ONG internacionales, 150 países de

los 197 reconocidos como tales por las Naciones Unidas contemplan la jurisdicción universal para al menos uno de los cuatro grandes crímenes internacionales (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y tortura).¹

Sin embargo, resulta complicado encontrar normativas nacionales que contemplen el principio de jurisdicción universal con carácter obligatorio y sin el sometimiento a ningún tipo de limitación o requisito. Alemania podría ser un buen ejemplo de jurisdicción universal pura, si bien el inicio de una investigación judicial por este tipo de crímenes depende, en última instancia, de la voluntad del Ministerio Fiscal. En efecto, en el derecho comparado existe una tendencia generalizada a limitar la operatividad del principio de jurisdicción universal mediante la introducción de un filtro de carácter político materializado en una especie de derecho de veto en favor del Poder Ejecutivo.²

Debe hacerse una mención a una herramienta ampliamente extendida entre numerosos países: las unidades especiales de investigación sobre crímenes internacionales, cada vez más extendidas. Estas unidades, compuestas tanto por representantes del Poder Judicial y la Fiscalía como de la Policía, existen en países como Alemania, Bélgica, Suecia, Noruega, Países Bajos, Francia, Suiza, Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica para la persecución de crímenes internacionales cometidos en cualquier parte del mundo; así como en Argentina, Croacia, Serbia, Kenia, Uganda y Ruanda, para la persecución de crímenes de *ius cogens* cometidos en el propio territorio nacional.³ Estas unidades, con mandato para la investigación en exclusiva de crímenes internacionales, cuentan con profesionales especializados que deben hacer frente a problemas muy concretos, como es la relación con víctimas en ocasiones muy afectadas y que, además, provienen de entornos culturales muy diferentes. Precisamente para aprender a lidiar con este tipo de situaciones, así como para adquirir conocimientos sobre análisis de escenas de crímenes o de investigaciones relativas a crímenes sexuales, los profesionales de las unidades especializadas de algunos países, como Noruega, los Países Bajos o Canadá participan en

¹ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction Annual Review 2016*, p. 4. Disponible en <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/24/es/universal-jurisdiction-annual-review-2016.pdf> (Consultado el 10 de abril de 2016).

² SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "El fin del modelo español de jurisdicción universal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, 2014, p. 39.

³ SCHURR, Jürgen, "Des enquêteurs spécialisés dans les crimes de guerre", *La compétence universelle, une arme contre l'impunité*, *Courrier de l'ACAT*, núm. 328, p. 44.

sesiones de formación organizadas por el Instituto para las Investigaciones Penales Internacionales, situado en La Haya.⁴

Destaca, por otro lado, que en varios países, al menos hasta la aparición de instrumentos legislativos derivados de la aprobación del ER, la normativa relativa a la jurisdicción universal se ha caracterizado por su carácter limitado a contextos temporales o geográficos determinados.⁵ Pueden citarse como ejemplo en este sentido los casos de Reino Unido, con una ley específica creada para el enjuiciamiento de los criminales de guerra nazis,⁶ o Francia, que también cuenta con normativa específica referida a los crímenes dentro de la jurisdicción del TPIY y del TPIR.⁷

En general, y salvo contadas excepciones, la tendencia mayoritaria es a restringir el uso de esta herramienta procesal para el enjuiciamiento de crímenes internacionales. Si bien durante la década de los noventa del siglo XX se produjo un movimiento legislativo mucho más progresista, la experiencia, sobre todo en Bélgica y en España, principalmente en relación con los conflictos diplomáticos surgidos a raíz de las investigaciones judiciales seguidas contra nacionales de grandes potencias, ha derivado en reformas legislativas muy restrictivas que han introducido requisitos que han mermado en gran medida las posibilidades de iniciar procesos de este tipo.

No puede olvidarse, en este marco, la influencia de la puesta en funcionamiento de la CPI a partir de 2002. Si bien la ratificación del ER por la mayoría de los países de la comunidad internacional ha supuesto una muestra de la existencia de una *opinio iuris* sobre la obligatoriedad de perseguir y castigar los grandes crímenes internacionales, también es cierto que la entrada en vigor de este instrumento ha servido a algunos países como excusa para restringir su legislación sobre jurisdicción universal, alegando que ahora existe un Tribunal internacional encargado del enjuiciamiento de estos delitos, y para establecer la subsidiariedad de la competencia de sus Tribunales sobre los crímenes de competencia de la CPI. Este tipo de argumentos obvian el principio de complementariedad que debe regir las relaciones del Tribunal de La Haya

⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵ *Ídem*, p. 11.

⁶ Véase apdo. 2.7 de este capítulo.

⁷ Véase apdo. 2.5 de este capítulo.

con las jurisdicciones nacionales así como las importantes limitaciones a las que está sujeto, tanto de tipo temporal como de tipo geográfico, por razón de los Estados que no han ratificado su Estatuto.

Sigue un estudio del estado de la principal normativa y jurisprudencia de Alemania, Argentina, Bélgica, Francia, Estados Unidos, Países Bajos y Senegal como muestra representativa de la evolución y el estado actual de las regulaciones nacionales sobre el principio de jurisdicción universal.

2. Regulación en el derecho comparado

2.1 Alemania

Alemania es uno de los escasos países que contempla en su legislación un verdadero principio de jurisdicción universal, no sujeto a requisitos de conexión entre los crímenes cometidos, sus autores o sus víctimas y el Estado. No se exige que los presuntos responsables se encuentren en Alemania y no rige el principio de subsidiariedad de los Tribunales germanos en relación con los Tribunales del país de comisión de los hechos para el enjuiciamiento de los mismos.⁸

No obstante, en el sistema procesal alemán el Ministerio Fiscal goza de amplias facultades, encontrándose entre ellas la de declinar a la investigación de un sospechoso cuando este no se encuentre en Alemania o la víctima tampoco tenga esta nacionalidad. Los fiscales también pueden declinar el inicio de una investigación cuando ya exista un procedimiento judicial abierto en otro país o Tribunal internacional por los mismos hechos.⁹

El principio de jurisdicción universal se encuentra regulado tanto en el Código penal (por sus siglas en alemán *StGB*) como en el Código de crímenes contra el derecho internacional (*VStGB*). En cuanto al Código penal,¹⁰ este contiene una cláusula general sobre el principio de

⁸ HUMAN RIGHTS WATCH, *The Legal Framework Of Universal Jurisdiction In Germany*, Human Rights Watch, Estados Unidos, 2014, pp. 1-2.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Código penal en su versión promulgada el 13 de noviembre de 1998, publicado en el Boletín Oficial de Alemania (Bundesgesetzblatt), pág. 3322. Texto traducido al inglés disponible en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0012 (Consultado el 7 de mayo de 2016).

territorialidad en su Sección 3 ("*Ofensas cometidas en el territorio de la República Federal de Alemania*"), que establece que el derecho penal alemán se aplicará a los actos cometidos en el territorio alemán. En lo que se refiere a los ilícitos con carácter extraterritorial, el Código penal divide los mismos en tres categorías: "Ofensas cometidas en el extranjero contra intereses legales domésticos" (Sección 5), "Ofensas cometidas en el extranjero contra intereses legales internacionalmente protegidos" (Sección 6) y "Otros casos" (Sección 7).

La primera de las tres categorías, contenida en la Sección 5, consagra el principio de protección real o de intereses, otorgando competencia a los Tribunales alemanes para el enjuiciamiento de una serie de delitos que atentan directamente contra la estructura del Estado alemán. Sin embargo, también comprende otra serie de delitos sin este tipo de conexión, como los delitos contra la libertad sexual, siempre que la víctima o el agresor sean alemanes (art.8). Destaca, dentro de esta Sección 3, el artículo 9, que otorga competencia a los Tribunales nacionales para el enjuiciamiento del delito de aborto, siempre y cuando el presunto responsable sea alemán "y haya pasado la mayor parte de su vida en territorio de la República Federal de Alemania". Resulta cuando menos sorprendente la redacción de este precepto, que utiliza un criterio absolutamente indeterminado para fijar la competencia sobre este concreto delito.

La Sección 6 se dedica por entero al principio de jurisdicción universal, otorgando la competencia de la Justicia alemana para el enjuiciamiento de una serie de delitos transfronterizos, sin la exigencia de ninguna condición. En concreto, se enumeran los delitos de material atómico, contra la navegación marítima y aérea, tráfico de personas con fines de explotación sexual, tráfico de drogas, difusión de material pornográfico, falsificación de moneda y fraude de subsidios. Además, la Sección 6 contiene en su artículo 9 una cláusula que otorga competencia a los Tribunales germanos para el enjuiciamiento de ilícitos cometidos en el extranjero que "según los acuerdos internacionales de obligado cumplimiento para la República Federal de Alemania deban ser perseguidos incluso aunque se cometan en el extranjero".

La Sección 7, por su parte, establece que el derecho penal alemán se aplicará a aquellos actos que constituyan delitos en el lugar de su comisión o si tal lugar de comisión no está sujeto a ninguna jurisdicción penal, cuando las víctimas sean alemanas (artículo 1), o bien cuando el presunto responsable sea alemán en el momento de la comisión o después de ella (artículo 2.1), o sea extranjero y haya sido descubierto en Alemania y, aunque la Ley de Extradición permita la extradición por un ilícito de esas características, la persona en cuestión no sea extradi-

tada porque la solicitud no se hubiera cursado en un período razonable de tiempo, o fuese rechazada o no fuese viable. Esta última cláusula viene a implementar el ya conocido principio de juzgar o extraditar en la legislación penal alemana.

Por otro lado, Alemania cuenta desde junio de 2002 con una herramienta de especial utilidad para el juzgamiento de los crímenes internacionales: el Código de Crímenes contra el derecho internacional (*VStGB*), un compendio legislativo creado con motivo de la ratificación del ER que regula la actuación de los Tribunales nacionales en la investigación del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

La aprobación de este Código fue muy celebrada entre la doctrina germana. Así, podemos destacar las reflexiones acerca del mismo de Werle y Jessberger:

El Código Penal Internacional crea las condiciones para que Alemania aporte al desarrollo e imperio del Derecho Penal Internacional del modo esperado por la comunidad jurídica internacional. La importancia de la ley no se agota en la incorporación del Derecho Penal Internacional en el Derecho alemán. La ley presenta además importantes dimensiones internacionales: sea mencionada la posible función de modelo para la implementación del Estatuto en otros Estados. De otro lado, el Código Penal Internacional actúa también inmediatamente sobre el Derecho Penal Internacional: como expresión de la práctica estatal y *opinio juris* aporta directamente a la concreción⁵² y consolidación del Derecho Penal Internacional vigente.¹¹

En implementación de este Código, en 2009 se creó una unidad especializada en la investigación de crímenes internacionales que ha llevado a cabo importantes progresos. Destaca que este departamento ha elaborado, junto a los servicios de inmigración, un cuestionario para los solicitantes de asilo procedentes de Siria, que les solicita información sobre los crímenes internacionales de los que estos han podido ser víctimas o testigos, a fin de reunir información relevante e incluso pruebas que pudiesen ser de utilidad en futuras investigaciones.¹²

¹¹ WERLE, Gerhard, y JESSBERGER, Florian, "La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El Código Penal Internacional alemán", *Revista Penal*, núm. 12, 2003, p. 133.

¹² SHURR, J., "Des enquêteurs spécialisés...", art. cit., p. 44.

El *VStGB* contempla el principio de jurisdicción universal para los crímenes de guerra, crimen de genocidio y crímenes contra la humanidad,¹³ sin necesidad de verificar la existencia de ningún vínculo con Alemania. En concreto, este instrumento habilita al Fiscal General alemán para investigar y perseguir crímenes que constituyan una violación del propio Código, con independencia de la localización y de la nacionalidad de los presuntos responsables o de la víctima así como del lugar en el que el crimen fue cometido.

La referencia explícita en el *VStGB* a la suficiencia de la propia naturaleza de los crímenes para otorgar competencia a la jurisdicción alemana es interpretada por Reydams como una respuesta del legislador a la tradicional reticencia de los Tribunales a declararse competentes para el enjuiciamiento de crímenes internacionales sin conexión alguna con Alemania.¹⁴

Sirve como ejemplo para ilustrar esta tendencia jurisprudencial, corregida con posterioridad por vía legislativa, el caso *Tadic*, primer procedimiento seguido en Alemania en relación con el conflicto bélico de la antigua Yugoslavia. Tadic fue uno de los miles de refugiados bosnios que Alemania acogió durante los años noventa del siglo XX. Acusado por su participación en los actos de brutalidad cometidos durante el verano de 1992 contra musulmanes detenidos en campos de concentración bosnios, fue detenido por las autoridades alemanas. Sin embargo, el procedimiento judicial en el que se vio inmerso terminó cuando Tadic pasó a la jurisdicción del TPIY, donde fue juzgado y condenado. No obstante, es digno de mención el contenido de la decisión emitida por el Tribunal Supremo Federal alemán al respecto

La ley penal alemana es de aplicación en virtud del xx6(1) StGB al genocidio cometido en el extranjero independientemente de la ley del Estado territorial (así llamado principio de universalidad). Prerrequisitos, sin embargo, son que el derecho internacional no lo prohíba y que exista un vínculo legítimo (*ein legitimierender Anknüpfungspunkt*) en el caso concreto; solo entonces está justificada la aplicación del derecho penal alemán a la conducta extraterritorial de extranjeros. De faltar ese vínculo, el Estado del foro viola el principio de no injerencia que requiere que los Estados respeten la soberanía de otros Estados.¹⁵

¹³ Sección 1 de la Ley de introducción del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional, de 26 de junio de 2002.

¹⁴ REYDAMS, Luc, *Universal jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2004, p. 145.

¹⁵ Decisión del Tribunal Supremo Federal alemán, de 13 de febrero de 1994. Citado en REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 150.

En todo caso, el Juez se declaraba competente, considerando como vínculo suficiente con Alemania el hecho de que el acusado hubiera residido de forma voluntaria durante varios meses en este país, donde había establecido su centro de intereses, así como que el arresto se había producido en territorio alemán.

En la misma línea destaca el caso *ST y DB*, también en relación con el conflicto bosnio y en materia de crímenes de guerra y genocidio. El Tribunal Supremo Federal dictaminó la ausencia de jurisdicción de Alemania en este caso por la inexistencia de un vínculo relevante:

La presencia de la víctima de un crimen no es una base apropiada para la jurisdicción alemana porque esta es normalmente una cuestión de pura coincidencia sin relación con el delito y el delincuente. Si este fuese un criterio válido conduciría a una cuestionable extensión internacional de la jurisdicción nacional. Los Tribunales alemanes tendrían que encargarse de casos en los que resulta manifiesto desde el inicio que hay muy pocas posibilidades de investigarlos y juzgarlos de manera apropiada. Cuestión diferente es que el presunto responsable se encuentre en Alemania; en ese caso existe un internacionalmente indisputable punto de conexión para el ejercicio de la jurisdicción.¹⁶

Como vemos, a pesar de que a nivel legislativo la presencia del presunto responsable en territorio alemán no era indispensable para el principio de jurisdicción universal, la práctica jurisprudencial sí imponía este requisito hasta la entrada en vigor del Código de Crímenes contra el Derecho internacional.

El posterior caso *Jorgic* fue resuelto de manera similar. Jorgic era un bosnio residente en Alemania que se trasladó a su país de origen durante la guerra, en 1992. Cuando con posterioridad fue arrestado en Alemania por la presunta comisión del delito de genocidio, y una vez que el TPIY declinó su competencia, pasó a ser juzgado por el Tribunal Supremo de Düsseldorf que lo declaró culpable con base en la doctrina Tadic.¹⁷ Así, este órgano jurisdiccional entendió que el hecho de que, exceptuando el período de tiempo que pasó en Bosnia durante el conflicto armado, el centro de intereses de Jorgic había sido Alemania desde 1969, constituyendo este un vínculo personal suficiente para poder accionar el principio de jurisdicción universal. Sin

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 11 de diciembre de 1998 *apud* REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Düsseldorf, 26 de septiembre de 1997 *apud* REYDAMS, L. *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 152.

embargo, el Tribunal Constitucional alemán, con ocasión de la resolución del correspondiente recurso, dejó abierta la posibilidad de prescindir de tal vínculo.¹⁸

El vínculo con Alemania dejó de ser un requisito para la aplicación de la jurisdicción universal, también para el Tribunal Supremo Federal. Así, en la resolución de otro caso relacionado con la guerra en Bosnia, el caso *Sokolovic*, el Alto Tribunal, a pesar de admitir la existencia de vínculos válidos del caso con el país, afirmó que en el caso de existir una obligación internacional proveniente de un Tratado ratificado por Alemania difícilmente podía afirmarse que el enjuiciamiento de un extranjero por un delito extraterritorial significaba una violación del principio de no injerencia.¹⁹

Este cambio jurisprudencial fue el reflejo del debate abierto en el país germano en relación con el requisito del vínculo relevante, ampliamente criticado por una nueva generación de académicos/as, que se enfrentó a los representantes de la antigua corriente doctrinal, quienes rechazaban el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia*. La nueva corriente doctrinal afirmaba que un crimen internacional no constituye una cuestión interna y que, consecuentemente, la persecución y castigo de estos delitos por un Estado sin la existencia de un vínculo con ellos no puede considerarse de ninguna forma una intromisión en los asuntos domésticos de otro país. Claramente esta nueva visión fue la que triunfó a la hora de redactar el Código alemán de Crímenes de Derecho Internacional.²⁰

Una vez ya en vigor el Código, resultan paradigmáticos los casos *Rumsfeld I y II*. El caso *Rumsfeld I* se caracteriza porque en febrero de 2005 el Fiscal Federal decidió, en uso de las facultades que le otorga la legislación procesal alemana, no abrir una investigación contra el Secretario de Estado estadounidense, Donald Rumsfeld, así como contra otros oficiales, por la comisión de crímenes de guerra y torturas. El Ministerio Fiscal razonó, para no proceder a la investigación, que los hechos ya estaban siendo investigados en Estados Unidos. Esta decisión de no abrir el procedimiento fue confirmada por el Tribunal de Apelación, ante el recurso interpuesto por la ONG que había realizado la denuncia. Algunas organizaciones, como Human Rights Watch, resaltaron, no obstante, que la decisión de la Fiscalía alemana se produjo exac-

¹⁸ Auto del Tribunal Federal Constitucional alemán, de 12 de diciembre de 2000.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 21 de febrero de 2001.

²⁰ REYDAMS, L., *Universal jurisdiction...*, op. cit., p. 156.

tamente dos días antes de que estuviese programado que Rumsfeld pronunciara un discurso en una conferencia de seguridad en Múnich, hecho que incluso fue criticado por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Independencia de Jueces.²¹

En cuanto al *caso Rumsfeld II*, en noviembre de 2006, la misma ONG operante en el caso I interpuso una denuncia contra Rumsfeld, esta vez documentando que ninguna investigación efectiva se había llevado a cabo en los Estados Unidos o Irak sobre los hechos delictivos. Sin embargo, una vez más el Ministerio Fiscal rechazó el inicio de una investigación penal, alegando en este caso que ninguno de los sospechosos residía en Alemania o era de esperar que llegase al país. Interpuesto el correspondiente recurso, el Tribunal sobreseyó el mismo argumentando que, si bien no podía descartarse la posibilidad de que alguno de los militares viajase a Alemania, esta posibilidad no era suficiente para abrir una investigación.²²

El Ministerio Fiscal también utilizó su facultad de impedir el inicio de una investigación de similares características dirigida contra Zokirjon Almatov, antiguo Ministro del Interior de Uzbekistán. Almatov, que se encontraba en Alemania recibiendo un tratamiento médico, fue denunciado en diciembre de 2005 por la Comisión de actos de tortura y crímenes contra la humanidad en relación con la muerte de cientos de manifestantes en su país en mayo del mismo año. Poco después de la interposición de la denuncia Almatov abandonó Alemania. El Ministerio Fiscal justificó la decisión de no abrir una investigación, alegando la insuficiencia de tiempo para realizar las averiguaciones pertinentes así como las pocas probabilidades de desarrollar exitosamente las pesquisas ante la previsible falta de cooperación por parte de Uzbekistán.²³

Es de señalar, no obstante, que a partir de la creación de la Unidad de la Fiscalía especializada en la investigación de crímenes de guerra, en 2009, los Fiscales solo utilizan la facultad que les otorgan las leyes procesales de evitar el inicio de este tipo de investigaciones en aquellos casos en los que no se encuentran en Alemania víctimas o testigos y es poco previsible que

²¹ HUMAN RIGHTS WATCH, *The legal framework of Universal Jurisdiction in Germany*, op. cit., p. 5.

²² Ídem, p. 6.

²³ Ídem, p. 7.

vayan a entrar al país. Sin embargo, en los supuestos en que las víctimas puedan ser identificadas en Alemania, la Fiscalía iniciará la investigación al objeto de preservar posibles pruebas.²⁴

En años recientes destaca la condena impuesta por la Audiencia Territorial de Stuttgart el 28 de septiembre de 2015 a dos líderes de las Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda (Ignase Murwanashyaka y Straton Musoni) por la comisión de crímenes de guerra en la República Democrática del Congo durante 2008 y 2009, siendo necesario resaltar que en este caso las personas condenadas planificaron los actos delictivos desde Alemania, país en el que residían desde hacía más de veinte años. Este largo proceso, iniciado en mayo de 2011, contó con serias dificultades derivadas de la lejanía de los lugares de comisión de los hechos. Así, varios cargos relacionados con crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad así como el reclutamiento de menores soldados fueron retirados ante la imposibilidad de aportar pruebas de cargo suficientes sobre los mismos. Además, hubo cierta polémica en torno a la validez de algunos de los testimonios de víctimas llevados a cabo en la vista oral debido a la falta de calidad de la interpretación de las lenguas locales congoleñas y ruandesas al alemán. En cualquier caso, el caso FDLR, el primero celebrado en Alemania en aplicación de nuevo Código, ha contado con un gran impacto en la esfera internacional y ha sido considerado en general como un éxito en términos de lucha contra la impunidad.²⁵

Destaca también el procedimiento llevado a cabo contra el antiguo oficial del Ejército ruandés, Onesphore Rwabukombe, por su presunta participación en el genocidio llevado a cabo en este país en 1994. En particular, este ex militar, con residencia habitual en Alemania, donde llegó el 21 de agosto de 2002, fue acusado de la muerte de al menos 1,200 personas durante la masacre en la iglesia Kiziguro el 11 de abril de 1994. Onesphore Rwabukombe fue condenado por la Audiencia Territorial de Frankfurt a cadena perpetua el 29 de diciembre de 2015,²⁶ mediante una sentencia que ha tenido una notable repercusión entre la doctrina alemana. Así, Kai Ambos, en su análisis crítico sobre la misma, se refería a determinados aspectos controvertidos sobre esta en relación, principalmente, con el grado de autoría de

²⁴ Idem.

²⁵ EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, *Universal Jurisdiction in Germany? The Congo War Crimes Trial: First Case Under the Code Of Crimes Against International Law (Executive Summary)*, Berlín (Alemania), 2016.

²⁶ TRIAL. ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction annual review 2016*, op. cit., p. 30.

Rwabukombe en los hechos delictivos,²⁷ así como con el propio contenido del delito de genocidio y, específicamente, con la intención de destruir a un grupo étnico. Destacan, en cuanto a este último aspecto, las reflexiones del autor: "Para que el requisito de la intención genocida de destruir se cumpla, asumiendo que los hechos fueron perpetrados directamente por el procesado, es necesario que él mismo haya tenido dicha intención, no siendo suficiente solamente el conocimiento al respecto (como ocurre en los casos de complicidad)".²⁸

Además, durante los últimos años, Alemania ha abierto las primeras investigaciones por la comisión de crímenes de guerra en relación con el conflicto en Siria. Antes incluso del inicio del primer procedimiento judicial al respecto, la Fiscalía Federal ya había iniciado una investigación preliminar en 2012 sobre la situación en este país e incluso había tomado declaración a varios testigos de los crímenes internacionales que se estaban cometiendo. En marzo de 2016 estas investigaciones derivaron en la celebración del primer juicio en Alemania por la Comisión de crímenes de guerra en Siria. El encausado se trata del Sr. Ladjedvardi, un nacional alemán de descendencia iraní, que fue condenado a dos años de prisión por haberse fotografiado con cuerpos mutilados de combatientes de signo contrario en Siria, durante un viaje que realizó al país para combatir el régimen de Bashar al-Ássad.

Con posterioridad, se han iniciado numerosas investigaciones con base en el Código de Crímenes de Derecho Internacional por crímenes cometidos, tanto en Siria como en Irak. Este incremento en el número de investigaciones tiene mucho que ver con la práctica gubernamental de cuestionar a los solicitantes de asilo procedentes de estos países si estos/as han sido víctimas o testigos de crímenes de guerra. En concreto, la Oficina Federal de Migración y Refugiados derivó alrededor de 200 indicaciones de crímenes internacionales al Fiscal Federal en el año 2005,²⁹ materializando una política estatal, que, esperemos, dé buenos resultados a medio y largo plazo.

²⁷ "Esto conduce al problema de si la doctrina del dominio de la organización, la cual fue desarrollada en el contexto de jerarquías formales (o terror de Estado), realmente se puede aplicar sin más en casos de jerarquías informales en el contexto de milicias no estatales o incluso, como en el presente caso, cuando se trata de una multitud o turba de civiles". AMBOS, K., "Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio", *Revista Penal*, núm. 39, 2017, p. 10.

²⁸ *Ibidem*, p. 12.

²⁹ Más información en KROKER, Patrick, y KATHER, Alexandra L., "Justice for Syria? Opportunities and Limitations of Universal Jurisdiction Trials in Germany", en *Blog of the European Journal of International Law*, disponible en <https://www.ejiltalk.org/justice-for-syria-opportunities-and-limitations-of-universal-jurisdiction-trials-in-germany/> (Consultado el 4 de abril de 2017).

2.2 Argentina

Resulta obligada una referencia a Argentina, pues en este país se ha iniciado el primer procedimiento judicial en América Latina por crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal. Este procedimiento tiene por objeto, además, y de ahí nuestro interés especial, la investigación de crímenes cometidos en España durante la Guerra Civil y el franquismo, que por el momento permanecen en nuestro país en la más absoluta impunidad en aplicación de la Ley de Amnistía de 1977³⁰ y los plazos de prescripción contemplados en el antiguo Código penal.

La primera referencia al principio de jurisdicción universal en Argentina data de la Constitución de 1 de mayo de 1853, que en su artículo 102 regulaba el mismo. La Constitución actualmente en vigor plasma literalmente el tenor del antiguo artículo 102 en su artículo 118, que establece que

Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.³¹

Posteriormente, con ocasión de la ratificación por parte de Argentina del ER de la CPI, el Congreso aprobó la Ley 26.200, de 13 de diciembre de 2006. El art. 5 de esta disposición establece que "La competencia por la comisión de los delitos previstos en el Estatuto de Roma y en la presente ley corresponde a los Tribunales Federales con competencia en lo penal".³²

Con apoyo en estos preceptos, varios familiares de represaliados franquistas que no habían obtenido justicia a través del sistema judicial español, interpusieron una querrela el 14 de abril

³⁰ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. Publicado en BOE núm. 248, de 17 de octubre de 1977, pp. 22765 a 22766.

³¹ Constitución de la Nación Argentina, de 22 de agosto de 1994.

³² Ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 5 de enero de 2007. Publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 2007.

de 2010 ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya titular es la Jueza María Servini de Cubría,³³ originando la causa criminal 4.591/2010. La titular del Juzgado dio traslado del escrito de acusación al Ministerio Fiscal, quien, el 29 de abril, emitió dictamen dando por acreditado el carácter de crímenes contra la humanidad de los hechos denunciados. Sin embargo, la Fiscalía se inhibió, alegando falta de competencia de los Tribunales argentinos con base en el principio de jurisdicción universal, pues los hechos se encontraban supuestamente bajo investigación judicial en España. El Juzgado archivó, pues, la querrela el 5 de mayo, tanto por falta de acusación pública como por falta de capacidad de los querellantes, al entender que estos solo podían ser familiares hasta el segundo grado de las víctimas.

Una vez presentado el correspondiente recurso de apelación ante el archivo de la causa, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se pronunció sobre el mismo el 3 de octubre de 2010, estimándolo y ordenando, pues, la reapertura de las actuaciones, instando a la Jueza encargada del caso que enviase un exhorto a las autoridades españolas con petición de información sobre si los hechos se encontraban efectivamente bajo investigación judicial en el país. Además, la Cámara de Apelaciones precisaba que, dada la enorme gravedad de los hechos denunciados, tenía capacidad para interponer la querrela cualquier familiar, incluso lejano, de las víctimas así como una asociación que tuviera como fin la promoción y defensa de los derechos humanos o la recuperación de la memoria histórica.

En cumplimiento de la Resolución de apelación, el 14 de octubre la Jueza de Instancia emitió un exhorto internacional a las autoridades españolas, solicitando información sobre las investigaciones judiciales en curso así como, en concreto, la existencia de un plan deliberado y sistemático de apropiación de menores en el período de tiempo al que alude la querrela. Como respuesta, la Fiscalía General del Estado (FGE) española envió un informe al Juzgado argentino con detalle de los procedimientos judiciales en curso sobre esta materia. Dicho informe afirmaba que la causa contra el Juez Garzón, de la AN, se encontraba en aquel momento pendiente de Sentencia en el TS luego no existía certeza sobre el alcance de la jurisdicción española sobre los hechos denunciados. Añadía la FGE que existían, no obstante, varios procedimientos judiciales abiertos en diferentes Juzgados iniciados una vez que el JCI núm. 5 se había inhibido de

³³ Texto de la querrela disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/argentinaquerella.pdf> (Consultado el 5 de julio de 2016).

conocer los hechos. Sin embargo, se admitía también que la inmensa mayoría de estos procedimientos habían sido archivados por diversas causas. Por último, se informaba de que la FGE había habilitado una serie de unidades para la investigación de los casos de presunta apropiación de menores.

El informe de la Fiscalía fue contestado por los querellantes, que denunciaron su falta de rigor y solicitaron que el Juzgado argentino emitiera un nuevo exhorto pidiendo datos mucho más concretos sobre la supuesta investigación de los crímenes de lesa humanidad por las autoridades judiciales españolas e incluso declararon la conveniencia de que la propia Jueza viajase a España para tomar declaración tanto a las víctimas como a los testigos. El 13 de noviembre la Jueza efectivamente emitió un nuevo exhorto haciendo suyas las peticiones de los querellantes, con excepción de la pertinencia de su viaje a España, que aplazó para otro momento, que fue contestado por la FGE de forma aún más genérica que el anterior.

De forma paralela ocurrían en España varios procesos judiciales contra el Juez Garzón, Magistrado titular del JCI núm. 5 de la AN que llevaron a la condena de este por prevaricación y su consiguiente inhabilitación por el caso de las escuchas telefónicas relacionadas con la trama Gürtel. En la causa relativa a los crímenes del franquismo, resuelta por la ya comentada Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, el Alto Tribunal, si bien absuelve al Juez Garzón, aprovecha la resolución para afirmar que los crímenes del franquismo no pueden ser juzgados en España porque así lo prohíbe expresamente la Ley de Amnistía de 1977. Además, añadía que los delitos se encontraban en aquel momento prescritos y los presuntos responsables ya habían fallecido.³⁴

Volviendo al proceso abierto en Argentina, durante 2012 y 2013 se sucedieron varias peticiones de videoconferencias por parte de la Jueza Servini de Cubría para tomar declaración de testigos residentes en España que fueron posteriormente canceladas. El 18 de septiembre de 2013 Servini dicta una orden de detención vía Interpol contra cuatro acusados de cometer torturas durante la época franquista. Además, en cumplimiento del citado convenio bilateral judicial con España, libra un exhorto pidiendo al gobierno español que colabore con esta diligencia. Un mes más tarde, el 28 de octubre, cursa una orden de extradición a las autoridades españolas

³⁴ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2012. Causa Especial 20.048/2009. (FJ 6).

para los cuatro imputados en el proceso. Fruto de la misma, el 5 de diciembre de 2013, el JCI núm. 5 de la AN cita a declarar a dos de los imputados, Antonio González Pacheco, alias *Billy el Niño*, y Jesús Muñecas Aguilar. Tras la comparecencia, el Magistrado decreta como medidas cautelares para los dos la obligación de comparecer semanalmente así como la prohibición de salida del territorio nacional con la consiguiente retirada del pasaporte.

El 31 de enero de 2014 la Fiscalía de la AN se opone a la extradición del ex inspector de la Policía, Antonio González Pacheco, al considerar que, de acuerdo al Código penal español (CP) de 1973, los hechos habrían prescrito al haber transcurrido más de 10 años de la comisión de los mismos. Esta actuación de la Fiscalía fue criticada por el propio Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, en sus Observaciones Preliminares al concluir su visita a España.³⁵

En abril de 2014 las Secciones Segunda y Tercera de la AN, respectivamente, denegaron la extradición de Antonio González Pacheco y Jesús Muñecas Aguilar. Ambas Resoluciones coinciden en calificar los hechos como delitos de torturas y no crímenes de lesa humanidad, tildando de hechos aislados las acciones. En concreto, afirma la Sección Segunda:

Los hechos no constituyen delito de lesa humanidad, por más que los hechos descritos constituyan delitos de tortura a detenidos por un grupo determinado, aislado, y concreto de funcionarios policiales, al no constar que las mismas fueran parte de un ataque sistemático y organizado de ataque a un grupo de la población. El delito de torturas está sujeto en la legislación española (actual artículo 174 del Código Penal) conforme al artículo 131 de dicho Código a una prescripción de diez años. Por lo que, tratándose de hechos perpetrados entre 1971 y 1975, y habiéndose interpuesto las denuncias

³⁵ "Asimismo, tomo nota con preocupación de la posición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional (del 31 de enero de 2014) de denegar la solicitud de extradición interpuesta por la justicia Argentina de un presunto responsable por delitos de tortura cometidos durante los últimos años del franquismo. No hemos recibido copia aún de esta decisión, pero pareciera que invocaría la competencia de los tribunales españoles de juzgar estos delitos y la prescripción de los mismos. Si no se garantiza el acceso a la justicia para las víctimas en el sistema judicial español, esta decisión representaría cerrar a las víctimas toda posibilidad de acceso a la justicia, a la investigación y el establecimiento de la verdad sobre los hechos y las circunstancias en las cuales se habrían cometido estos delitos, que podrían constituir crímenes de lesa humanidad. Finalmente, anoto con sorpresa las actuaciones, tanto de la Audiencia Nacional, como del Fiscal General, aparentemente dirigidas a prevenir que el Tribunal Constitucional pueda debatir y pronunciarse sobre la aplicación e interpretación de la Ley de Amnistía, los principios de legalidad, la prescripción de delitos graves tales como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre otros, a la luz de las normas y obligaciones internacionales en la materia". Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España. Madrid, 3 de febrero de 2014. Texto disponible en <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=E> (Consultado el 3 de julio de 2016). El informe definitivo del Relator, publicado el 28 de agosto de 2014, ahonda en estos mismos argumentos.

entre los años 2010 a 2012, el período de prescripción está ampliamente cumplido, por lo que concurriendo la causa de denegación de la entrega señalada en el artículo 9 C) del Tratado de Extradición, procede denegar la misma, siendo innecesario entrar a valorar el resto de los alegatos obstativos a la entrega alegados por las partes.³⁶

A pesar de la patente oposición de la justicia española a la continuación del procedimiento, en mayo de 2014 una comisión judicial argentina viaja a España, donde lleva a cabo la toma de declaraciones a varios testigos que no habían tenido con anterioridad la capacidad de desplazarse a Buenos Aires a tales efectos. Unos meses más tarde, el 31 de octubre, la Jueza Servini solicita a Interpol la detención de 18 imputados para fines de extradición, entre ellos antiguos Ministros franquistas, Jueces y hasta siete ex policías del régimen.

El 13 de marzo de 2015 el Consejo de Ministros de España acordó la no continuación de los procedimientos de extradición pasiva, cerrando definitivamente los mismos con base en los siguientes razonamientos

el principio de jurisdicción preferente, por el cual, cuando la Ley de un Estado prevé la competencia para enjuiciar a sus ciudadanos, es motivo suficiente para no conceder la extradición; el principio de la extinción de la responsabilidad criminal, pues los delitos que supuestamente se les imputan fueron cometidos en los años 70 y la Ley penal de entonces, el Código Penal de 1973, tenía una previsión de extinción de la responsabilidad de quince años; y el principio de la no doble incriminación.³⁷

Las argumentaciones esgrimidas por el Gobierno resultan contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, no puede afirmarse que la jurisdicción del territorio de los hechos sea preferente en relación con la de otro Estado que pueda operar con base en el principio de jurisdicción universal, máxime cuando en la jurisdicción territorial no se ha llevado a cabo ninguna investigación judicial relevante para esclarecer los hechos objeto de acusación y, en general, los graves crímenes cometidos durante la dictadura argentina. Tampoco resulta acertado, por otro lado, hablar de la prescripción de los delitos cometidos, sobre todo teniendo en cuenta que no se ha producido un pronunciamiento judicial de fondo sobre la naturaleza de los mismos, que perfectamente podrían calificarse como crímenes de lesa huma-

³⁶ Auto 14/2014, de 30 de abril, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, FJ 6.

³⁷ Referencia del Consejo de Ministros. Madrid, viernes 13 de marzo de 2015. Texto disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150313.aspx#Argentina> (Consultado el 28 de julio de 2016).

nidad o desapariciones forzadas, luego no estarían sujetos a prescripción, según el Derecho internacional. Por último, la actitud obstaculizadora de las autoridades españolas choca frontalmente con las recomendaciones de los organismos internacionales sobre la materia, y en concreto la ya mencionada opinión del Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de las grandes violaciones de los derechos humanos. Este tipo de comportamientos ahondan aún más, en definitiva, en la brecha de impunidad existente en España sobre los crímenes del franquismo.

Un año más tarde, en marzo de 2016, de nuevo la Justicia argentina, representada en la figura de la Jueza Servini de Cubría, se dirigió a las autoridades españolas, esta vez mediante exhorto, para que los imputados en la querrela de las víctimas del franquismo prestasen declaración indagatoria en Juzgados españoles (entre estos los exministros Rodolfo Martín Villa y José Utrera Molina; el abogado que redactó la sentencia de Puig Antich, Carlos Rey; y el torturador José Antonio González Pacheco, alias Billy el Niño). Dichos exhortos fueron remitidos en septiembre del mismo año por el Ministerio de Justicia a los Juzgados territoriales competentes, en aplicación el Tratado de Asistencia Judicial en materia penal suscrito entre Argentina y España. Sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en una Instrucción remitida el 30 de septiembre, ordenaba a los representantes del Ministerio Público que se opusiesen a las declaraciones de imputados y testigos. Esta Instrucción fue aplicada por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado núm. 4 de Oviedo unos días más tarde, lo que originó la suspensión de la declaración prevista del ex Secretario General del Partido Comunista Español, Gerardo Iglesias, en relación con la querrela de las víctimas del franquismo. A día del cierre de este trabajo, ninguna declaración se ha llevado a cabo en el marco de este proceso que, a buen seguro, constituye la última oportunidad de obtener justicia para las víctimas.

De forma paralela, los caminos de la justicia argentina y española volvieron a cruzarse en ocasión de la admisión a trámite de una querrela en el país sudamericano, interpuesta por la Asociación Justicia y Dignidad en septiembre de 2015, por los crímenes de ETA considerados como crímenes de lesa humanidad. En efecto, si bien esta querrela fue inicialmente sobreseída, por oposición del Ministerio Fiscal, en marzo de 2016 la Cámara Criminal y Correccional Federal argentina anuló dicho archivo y ordenó la tramitación de la causa.

Como consecuencia de dicha tramitación, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 6 envió una comisión rogatoria a la AN, solicitando información sobre las

investigaciones judiciales llevadas a cabo en España por los crímenes de ETA como crímenes de lesa humanidad, refiriéndose en concreto a los ocurridos antes de 2004, cuya calificación jurídica ya había sido rechazada por la propia AN, por falta de incorporación de dicha figura delictiva en el CP español hasta tal fecha.³⁸ El JCI núm. 6 rechazó, por Auto de 31 de octubre de 2016, completar la comisión rogatoria, repitiendo los argumentos sobre el principio de legalidad que ya habían sido esgrimidos por la Sala de lo Penal, y añadiendo, a mayor abundamiento los siguientes razonamientos

Todos los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA han sido objeto de investigación policial y judicial, bien en España, bien en Francia, y en la mayor parte de los casos se ha detenido, imputado, acusado y condenado a los autores y partícipes de tales delitos. - En la legislación española no existe el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal para los delitos de terrorismo, de manera que todas las autoridades judiciales (Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal) se rigen exclusivamente por el principio de legalidad. - Todas las personas reconocidas como víctimas de ETA han sido objeto de reparación, aun cuando no haya sido posible identificar al autor de los crímenes, existiendo una legislación específica a tales efectos desde hace varias décadas.³⁹

Tampoco parece que esta querrela vaya a tener demasiado recorrido, pues en la actualidad aún se encuentra en su primera fase.

Volviendo al tratamiento del sistema judicial argentino del principio de jurisdicción universal, es de destacar que ya antes de estas experiencias con el principio de jurisdicción universal en relación con crímenes cometidos en España, se había producido una anterior. En diciembre de 2005, cuando se encontraba en el país el ex Secretario del Comité Central del Partido Comunista de la República Popular de China, Sr. Luo Gang, una denuncia contra este fue interpuesta en el Juzgado Federal núm. 9 por la comisión de crímenes contra la humanidad cometidos contra miembros de Falun Gong. Tras una exhaustiva investigación judicial que duró cuatro años y que incluso llevó al Magistrado Titular de dicho juzgado a Estados Unidos para tomar declaración a varios testigos, el 17 de diciembre de 2009 ordenó la captura internacional de los acusados para seguir con el procedimiento. Sin embargo, poco tiempo después, en enero de 2010, otro titular del Juzgado declinó continuar con la investigación, cancelando la orden

³⁸ Véase capítulo 4, apdo. 1.4.4.

³⁹ Auto del JCI núm. 6, de 31 de octubre de 2016.

de captura internacional alegando que la jurisdicción argentina carecía de competencia pues los hechos no habían tenido lugar en el territorio del país.

En diciembre de 2010 la Cámara Federal de Apelaciones afirmó la jurisdicción de Argentina sobre los hechos, que calificó de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, se mantuvo el cierre del procedimiento al afirmar que ya se encontraba en curso una investigación judicial por los mismos hechos en España, a fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in ídem*. Este fallo fue recurrido ante la Sala III de la Cámara de Casación penal argentina, que el 17 de abril de 2013, ordenó reabrir la causa a fin de verificar de manera fehaciente la supuesta vulneración del principio *ne bis in ídem*, dándose la circunstancia de que el 15 de julio de 2014 la AN española ordenó el archivo de las actuaciones por los mismos hechos, luego no se produciría la vulneración de dicho principio. Este largo procedimiento sigue en curso sin haberse producido ningún avance concluyente.

Por último, cabe mencionar otro procedimiento de justicia universal en curso en Argentina. En concreto, se trata de la investigación abierta sobre los crímenes de derecho internacional cometidos en Paraguay durante la dictadura de Alfredo Stroessner, incluyéndose entre los mismos graves violaciones de derechos humanos, como detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. El 5 de agosto de 2013, 14 víctimas de esta dictadura, tanto argentinas como paraguayas, interpusieron, junto con dos ONG de derechos humanos, una denuncia ante el Juzgado Federal núm. 5, refiriéndose en concreto la misma a los crímenes cometidos contra la comunidad indígena paraguaya "Aché". El 21 de agosto de 2013, el Juez Norberto Oyarbide envió un exhorto a Paraguay, al objeto de verificar la existencia de una investigación en el país de comisión de los hechos, que no fue respondida hasta el 11 de septiembre de 2014, si bien vagamente, alegando este país que ya existía un procedimiento abierto por estos crímenes.⁴⁰ En la actualidad, el caso continúa sin avances significativos.

2.3 Bélgica

Bélgica constituye, junto con España, el principal ejemplo de la tendencia restrictiva que durante los últimos años han experimentado las regulaciones nacionales del principio de jurisdicción

⁴⁰ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction annual review 2016*, art. cit., pp. 11-12.

universal. Este país pasó en 2003, vía reforma legislativa radical, de ser uno de los principales referentes en la materia, con una regulación acorde con las recomendaciones de los organismos internacionales, a contar con una jurisdicción universal sometida a fuertes condicionamientos.

Las reglas básicas sobre jurisdicción penal belga se encuentran en el Código penal así como en el Código procesal penal. El Código penal contiene unos principios básicos en sus artículos 3 y 4. Así, el artículo 3 consagra el principio de territorialidad ("Las infracciones cometidas en el territorio del Reino, tanto por belgas como por extranjeros, serán castigadas según las disposiciones de la ley belga"),⁴¹ mientras que el artículo 4 se refiere a las infracciones cometidas en el extranjero, afirmando expresamente que este tipo de delitos no serán castigados en Bélgica, "salvo en los casos determinados por la ley".⁴²

Disposiciones más precisas sobre los delitos cometidos en el extranjero pueden encontrarse en el Código procesal penal (*Code d'instruction criminelle*). En concreto, el Capítulo II del Título Preliminar de dicho Código se refiere a este tipo de infracciones. Así, los artículos 6,⁴³ 10.1⁴⁴ y 10.2⁴⁵ consagran el principio de protección de intereses mientras que el artículo 7.1⁴⁶ se refiere al principio de personalidad activa: "Todo belga o persona con residencia principal en el territorio del Reino que, fuera del territorio del Reino, sea presuntamente culpable de un hecho calificado como crimen o delito por la ley belga podrá ser perseguido en Bélgica si el hecho está tipificado en la legislación del país en el que este haya sido cometido". Este último requisito comprendido en el artículo 7, el relativo a la doble tipificación de los hechos, tanto en Bélgica como en el lugar de comisión, fue introducido a raíz de la citada reforma de 2003. Además, según el apartado 2 del artículo 7, si la infracción hubiere sido cometida contra un extranjero, la investigación no podrá tener lugar salvo requisición del Ministerio Público y deberá, por otro lado, ser precedida de una denuncia del extranjero ofendido o de su familia o bien de una notificación oficial remitida a la autoridad belga por la autoridad del país donde la infracción se haya cometido.⁴⁷ Por su parte, el principio de personalidad pasiva aparece en el art. 10.5, si bien limitado

⁴¹ Código penal belga, de 8 de junio de 1867. Art.3.

⁴² *Idem*, art. 4.

⁴³ Código procesal penal belga, de 17 abril de 1878. Art.6

⁴⁴ *Ibidem*, art. 10.1

⁴⁵ *Idem*, art. 10.2

⁴⁶ *Idem*, art. 7.1

⁴⁷ *Idem*, art. 7.2

a aquellos delitos que estén tipificados en la legislación del país de comisión de los hechos con una pena privativa de libertad superior a cinco años.⁴⁸

El principio de jurisdicción universal aparece consagrado en los artículos 10.3, 10ter, 10quater y 12bis del Código procesal penal. Los primeros tres artículos se refieren a varios delitos que pueden perseguirse en Bélgica con base en el principio de justicia universal, como son los de falsificación de moneda (en cumplimiento del Convenio Internacional para la Eliminación de la Falsificación de Moneda, ratificado por Bélgica), la prostitución infantil, el tráfico de personas y la corrupción.⁴⁹ El precepto más destacable en este ámbito es, sin duda, el artículo 12bis, introducido en 2001, según el cual los Tribunales belgas son competentes para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el extranjero cuya persecución sea obligatoria según una norma de derecho internacional aplicable a Bélgica.⁵⁰

Por último, los artículos 12 al 14 contienen una serie de reglas de interés. El artículo 12 afirma que solo podrán perseguirse los delitos cuando el presunto responsable de los mismos se encuentre en Bélgica, por lo que no se permiten los procesos *in absentia*,⁵¹ el artículo 13 recoge la prohibición de cosa juzgada;⁵² mientras que el artículo 14 establece que en todos los procedimientos penales regirá el derecho penal y procesal belga.⁵³

A pesar de lo dispuesto en el Código penal y en el Código procesal penal belga, la norma de referencia de este país en materia de jurisdicción universal es la "Ley relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a sus Protocolos I y II de 8 de junio de 1977".⁵⁴ Según la citada ley, en su redacción inicial, los delitos contenidos en el derecho de Ginebra podían ser perseguidos y enjuiciados en Bélgica, con independencia del lugar de comisión de los mismos. Así lo disponía el artículo 7 que, además, añadía que en el caso de las infracciones cometidas en el extranjero por un belga contra un extranjero, la denuncia

⁴⁸ Ídem, art. 10.5

⁴⁹ Ídem, arts. 10.3, 10ter y 10quater.

⁵⁰ Ídem, art. 12bis

⁵¹ Ídem, art. 12

⁵² Ídem, art. 13

⁵³ Ídem, art. 14

⁵⁴ Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II, de 8 de junio de 1977.

de la víctima o de su familia no era requerida.⁵⁵ De esta forma se consagraba, pues, un principio de justicia universal absoluto para los crímenes de guerra. En febrero de 1999, además, esta Ley era reformada para introducir en su ámbito de aplicación los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, en las mismas condiciones, así como para introducir un apartado tercero según el cual se excluían las inmunidades de Ministros o Jefes de Estado extranjeros, convirtiéndose en aquel momento el país belga en una referencia a nivel mundial en materia de justicia universal, por la amplitud en la regulación de la misma. De hecho, esta disposición iba más allá de las propias obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra, pues se extendía no solo a los conflictos bélicos de carácter internacional sino también a los de carácter interno, regulados por el Protocolo II.

Durante el tiempo en que la Ley de 1993 estuvo en vigor, varios procesos judiciales fueron llevados a cabo en Bélgica bajo el principio de jurisdicción universal. El primer caso seguido con base en este título de jurisdicción, conocido como *caso Higaniro*, guardó relación con el genocidio de Ruanda de 1994 y fue iniciado con base en varias denuncias interpuestas por parte de familiares de víctimas de nacionalidad tanto belga como ruandesa. Entre mayo y diciembre de 1995 el Magistrado de instrucción encargado del caso llevó a cabo una exhaustiva investigación, que incluyó la tramitación de comisiones rogatorias dirigidas a Ruanda, Ghana, Togo, Tanzania y Francia. A solicitud del TPIR, Bélgica dio traslado de alguno de los sospechosos al tribunal internacional. Después de muchas dilaciones, las autoridades belgas decidieron unir los casos remanentes para la celebración del juicio y, finalmente, tras cinco años de investigaciones, la Corte de Bruselas condenó a los cuatro procesados por violación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra así como del art. 4.2.a) del Protocolo Adicional II a penas de prisión de 12 a 20 años.⁵⁶

Reydams destaca del *caso Higaniro*, cómo Bélgica no se encontraba obligada "convencionalmente" a ejercer su jurisdicción, pues la obligación de juzgar y extraditar no opera en relación con las violaciones del artículo 3 común o del Protocolo Adicional II. Sin embargo, el autor considera que existían varios factores que apuntaban al derecho de enjuiciamiento de Bélgica sobre estos crímenes. En primer lugar resalta que, ciertas resoluciones judiciales de los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda ya habían reconocido las "atrocidades internas" como crímenes

⁵⁵ *Idem*, art. 7.

⁵⁶ Sentencia de la Cour d'Assises de Bruselas, de 17 de abril de 2001.

de derecho internacional consuetudinario. Además, existían fuertes conexiones entre el conflicto armado de Ruanda y Bélgica, la extradición al país africano era jurídicamente imposible y, por último, el TPIR había declinado el enjuiciamiento de esos casos. Incluso los propios acusados aceptaron la jurisdicción de los Tribunales belgas, probablemente motivados por la posibilidad de obtener una condena más suave que la que predeciblemente obtendrían de los Tribunales ruandeses o del TPIR.⁵⁷

El segundo caso de jurisdicción universal en Bélgica fue el conocido y complejo caso *Pinochet*. El 1 de noviembre de 1998 un grupo de exiliados chilenos interpuso una denuncia ante un juzgado de instrucción contra Augusto Pinochet, en el momento en el que el ex dictador se encontraba en Reino Unido bajo arresto y pendiente de la resolución de una petición de extradición de la AN española. En orden a la determinación de la existencia o no de jurisdicción, el Magistrado de Instrucción realizó interesantes razonamientos. Así, en primer lugar, concluyó, en aplicación del derecho belga, que el general Pinochet no gozaba de inmunidad. Además, afirmó que aunque los supuestos delitos se cometieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a sus Protocolos I y II de 8 de junio de 1977, de 1993, esta podía ser aplicada a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor siempre y cuando no se violase el principio de legalidad. El Magistrado, por otro lado, consideró que los hechos denunciados no podían ser calificados como conflicto armado de carácter interno. Sí consideró de oficio, sin embargo, que estos podían calificarse como crímenes de lesa humanidad, tipo delictivo que no se incorporó a la Ley hasta años más tarde. A pesar de esta falta de tipificación, el Magistrado consideró que los Tribunales belgas eran competentes para el enjuiciamiento con base en el derecho internacional consuetudinario, al tratarse de crímenes de *ius cogens*.⁵⁸

La decisión del Juez instructor belga fue criticada por cierto sector de la doctrina. Así, Reydams, quien opina que el escenario propuesto por el Magistrado "distorsiona el significado de *aut dedere aut iudicare* el cual, asumiendo que sea una norma de derecho internacional, no establece el derecho de un tercer Estado a castigar sino que solo crea derechos bilaterales y obligaciones entre Estado cuando el presunto delincuente se encuentra presente and el

⁵⁷ REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁵⁸ *Ídem*, pp. 113-115

Estado(s) directamente relacionado con el delito".⁵⁹ El autor también critica que el Magistrado justificase su afirmación de competencia universal con base en la existencia de una costumbre internacional en tal sentido, cuando a su juicio en tal momento solo podían identificarse dos casos más que guardasen semejanzas con el sometido a estudio: "Así pues, no parece haber existido ninguna práctica general y consistente en el momento de la decisión".⁶⁰

Coincidiendo prácticamente en el tiempo con el caso *Pinochet*, es obligado reseñar el caso *Yerodia*, por las importantísimas repercusiones del mismo en la esfera internacional. Este caso se inició en noviembre de 1998, mediante denuncia de 12 personas de origen congolés residentes en Bélgica contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, antiguo Director de la Oficina del Presidente de la República Democrática del Congo (RDC), Joseph Kabila, que más tarde se convertiría en Ministro de Asunto Exteriores y, finalmente, Ministro de Educación. Los hechos denunciados ocurrieron en agosto de 1998, cuando el Sr. Yerodia realizó unas declaraciones públicas incitando a la violencia contra el grupo tutsi, tras las cuales se produjo la masacre de cientos de personas pertenecientes a ese grupo étnico.

El Juez de Instrucción belga que recibió la denuncia, emitió en abril de 2000, al entender que existían indicios suficientes, una orden de detención internacional a través de Interpol, ostentando Yerodia en aquel momento el cargo de Ministro de Asuntos Exteriores de la RDC. Debe recordarse, en este sentido, que el artículo 5, párrafo 3, de la Ley belga en vigor en aquel momento excluía expresamente la inmunidad de jurisdicción por razón del cargo.

Como consecuencia de la emisión de tal orden de detención internacional, la RDC presentó, el 17 de octubre de 2000, una demanda ante el TIJ por presunta vulneración del principio de igualdad soberana de los Estados así como de las normas de derecho internacional sobre inviolabilidad e inmunidad diplomática. Finalmente, el TIJ, por sentencia de 14 de febrero de 2002,⁶¹ resolvió en favor de la RDC, admitiendo la vulneración de la inmunidad de jurisdicción del Sr. Yerodia como Ministro de Asuntos Exteriores, aunque sin manifestarse expresamente sobre el alcance del principio de jurisdicción universal, al tratarse esta de una cuestión que

⁵⁹ *Idem*, p. 115.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, sobre la orden de arresto 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), *Judgement I.C.J. Reports 2002*, p. 3

ambas partes acordaron apartar de la controversia. Así, el TIJ concluyó que el derecho internacional consuetudinario establece la inmunidad de jurisdicción penal de un Ministro ante las jurisdicciones nacionales de terceros Estados, sin admitir ninguna excepción, independientemente de la gravedad de los delitos objeto de enjuiciamiento. En consecuencia, el Tribunal Internacional ordenó que Bélgica procediese a cancelar la orden de detención y que informase de dicha cancelación a todas las autoridades a las que había comunicado la misma.⁶²

En efecto, después de la Sentencia del TIJ Bélgica anuló la orden de arresto internacional. Por añadidura, la Corte de Apelaciones de Bruselas determinó que, en todo caso, el procedimiento contra Yerodia era inadmisibile desde el inicio porque el acusado no se encontraba presente en Bélgica, requisito establecido, según el Tribunal de Apelaciones, por el artículo 12 del Código procesal penal. Supuso esta una inusual decisión pues, como apunta Reydams, resulta extraño que un país emita una orden de detención internacional e insista en la legalidad internacional de la misma ante el TIJ para que dos años después un Tribunal doméstico declare que dicha orden de detención contraviene el derecho interno.⁶³

Por otro lado, en junio de 2001 se presentó una denuncia contra el por aquel entonces Primer Ministro de Israel, Ariel Sharon, por su implicación en las matanzas que tuvieron lugar en los campos de refugiados de Sabra y Chatila en 1982 como Ministro de Defensa durante los hechos delictivos. La mera admisión a trámite de tal denuncia ya comportó claras consecuencias de tipo político y diplomático, pues el mandatorio israelí reaccionó cancelando un viaje oficial a Bruselas que tenía programado.

Una vez recibido el correspondiente recurso, la Corte de Apelaciones de Bruselas declaró inadmisibile el procedimiento, al entender, como ocurrió en el caso Yerodia, que el artículo 12 del Código procesal penal exigía la presencia del acusado en territorio belga y que, para mayor abundamiento, los procesos penales con base en el conocido como principio de jurisdicción

⁶² Más información sobre el caso ante el TIJ en CARNERERO CASTILLA, R., "Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)", *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional*, 1, pp. 83-104, y FERRER LLORET, J., "Impunidad versus inmunidad...", *op. cit.*, pp. 305-346.

⁶³ REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 117.

universal *in absentia* no son compatibles con el derecho internacional en general y con el principio de igualdad soberana de los Estados en particular.⁶⁴

Esta denuncia, así como otras que se interpusieron a continuación contra otros mandatarios como Fidel Castro o Sadam Hussein, también rechazadas por falta de presencia de los acusados en Bélgica, parece que fueron los detonantes para que el Poder Legislativo belga decidiese reformar la Ley, reduciendo drásticamente el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. La reforma procesal llegó, en efecto, en 2003 y cambió drásticamente el panorama legislativo belga en materia de jurisdicción universal.

En primer lugar, la reforma amplió el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal, añadiendo nuevos tipos delictivos a los contemplados por la anterior versión legislativa. En concreto, se añadió la tipificación de varias conductas sancionadas por la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 14 de mayo de 1954, extremo este que fue celebrado por autores como López-Jacoíste, por suponer un acierto a la hora de adaptar la normativa nacional a los compromisos internacionales contraídos.⁶⁵

En segundo lugar, la reforma de 2003 introdujo un cambio de gran calado en clara consecuencia del asunto Yerodia y de la Sentencia del TIJ al respecto: se introdujo un nuevo párrafo 3 al artículo 5, según el cual "la inmunidad internacional ligada a la categoría de oficial de una persona no impide la aplicación de la presente ley más que en los límites establecidos por el derecho internacional".⁶⁶

Por último, la nueva formulación legislativa modificó el artículo 7, que pasó a establecer una jurisdicción universal por defecto. Así, los Tribunales belgas solo son desde entonces competentes si existe algún punto de conexión directo con Bélgica, ya se trate del lugar de comisión de los hechos, de la nacionalidad del presunto responsable o que este se encuentre en territorio belga o bien de la nacionalidad o de la residencia de la víctima. Además, se introdujeron unas causas de inadmisibilidad, como son que la denuncia sea manifiestamente infundada, que los hechos objeto de denuncia no se correspondan con un tipo penal previsto en la Ley, que de

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., "Comentarios a la ley belga...", *op. cit.*, p. 842.

⁶⁶ Loi modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Art. 5.3.

dicha denuncia no pueda resultar una acción pública admisible, o bien que el asunto sea de competencia de un Tribunal internacional o de los Tribunales nacionales del lugar de comisión de los hechos, de la nacionalidad del autor o del país en el que este se encuentre (consagrando, pues, la subsidiariedad de la justicia belga para ese tipo de supuestos).

Como era predecible, después de la aprobación de esta nueva regulación legal los procesos iniciados en Bélgica con base en el principio de jurisdicción universal se han reducido notablemente. Sin embargo, sí es de destacar el procedimiento abierto contra el antiguo Jefe de Estado de Chad, Hissene Habré. Hissene Habré gobernó Chad de forma dictatorial entre 1982 y 1990, utilizando los servicios de inteligencia como herramienta de represión política. A través de esta agencia, el régimen de Habré cometió una gran cantidad de violaciones de derechos humanos, destacando los asesinatos en masa por motivos étnicos. La Comisión de la Verdad creada en 1993 por su sucesor en el cargo, Idriss Deby, cifró en más de 40,000 los asesinatos por motivos políticos.⁶⁷ El 30 de noviembre de 2000, varias víctimas del régimen de Hissène Habré con residencia habitual en Bélgica interpusieron denuncia contra él por la comisión de crímenes de lesa humanidad, torturas, detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas, después de un primer intento fallido ante la jurisdicción senegalesa, país en el que el antiguo dictador se encontraba exilado. El 19 de septiembre de 2005, el Tribunal Distrital de Bruselas emitió una orden de arresto internacional contra Hissène Habré, solicitando a Senegal su extradición a Bélgica. El 15 de noviembre del mismo año las autoridades senegalesas arrestaron a Habré. Sin embargo, 10 días más tarde el Tribunal de Apelaciones de Dakar afirmó no tener jurisdicción para conocer de la solicitud de extradición,⁶⁸ luego el procedimiento nunca fue iniciado en Bélgica.⁶⁹

En todo caso, la jurisdicción universal se ha convertido en un título competencial prácticamente residual en Bélgica, después de que este país hubiera constituido durante años el principal exponente de esta herramienta procesal. El cambio radical de legislación, en la línea de los practicados en la LOPJ española de 2009 y 2014, no deja de ser una demostración de la enorme presión diplomática a la que se ven sometidos los Estados con una regulación de la justicia universal acorde con el derecho internacional. No debe olvidarse, en este sentido, que

⁶⁷ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction... op. cit.*, p. 36.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Véase continuación del caso en capítulo 1, apdo. 2.6 y capítulo 3, apdo. 2.8.

Bélgica es la sede de diversos organismos internacionales, destacando de entre todos ellos el Cuartel General de la OTAN. Así, en junio de 2003, con la nueva ley ya aprobada, el Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, amenazó al gobierno belga con disminuir la financiación procedente de Estados Unidos para operaciones de la OTAN e incluso con trasladar el propio Cuartel General de la organización, ante el temor de que la Ley belga hubiese dejado abierta la posibilidad de procesamiento de militares o altos cargos estadounidenses.⁷⁰

2.4 Estados Unidos

Resulta muy complicado extraer de la legislación norteamericana una regla básica sobre los títulos de jurisdicción. El Código penal federal no contiene ninguna disposición que de forma general determine la competencia territorial de los Tribunales de Estados Unidos. Es de destacar, sin embargo, que el Código impide la extradición de un nacional en caso de que no exista un Tratado de extradición con el Estado solicitante. Además, nadie puede ser juzgado en un Tribunal federal por ningún delito, nacional o internacional, a no ser que una Ley federal lo tipifique.

Por otro lado, encontramos varias normas que contienen cláusulas relativas a la justicia universal, como consecuencia de la ratificación por parte de Estados Unidos de algunos tratados internacionales que contienen la cláusula *aut dedere aut judicare*. Así, existe una Ley federal sobre piratería que pena con cadena perpetua la comisión de actos de piratería en alta mar, siempre y cuando los presuntos responsables se encuentren en Estados Unidos.⁷¹ Además, las disposiciones que penalizan la toma de rehenes⁷² y el secuestro⁷³ o sabotaje de aeronaves⁷⁴ determinan que estas conductas pueden ser enjuiciadas en Estados Unidos incluso aunque hayan sido cometidas fuera del país y por ciudadanos de otra nacionalidad, siempre y cuando los presuntos responsables se encuentren en territorio nacional. Incluso la Ley que combate el tráfico de drogas por vía marítima⁷⁵ contempla el principio de jurisdicción universal sin requerimiento expreso de un punto de conexión con los Estados Unidos.

⁷⁰ LÓPEZ-JACOISTE, M. E., *op. cit.*, p. 848.

⁷¹ Piracy and Privateering Act, 18 USC 1651

⁷² Hostage Taking Act, 18 USC 1203(b)(1)(b)

⁷³ Antihijacking Act, 49 USC 46502(b)

⁷⁴ Destruction Aircraft Act, 18 USC 32(b)(3)

⁷⁵ Maritime Drug Law Enforcement Act 46 USC Appendix 1903 (a)

En cuanto a las grandes violaciones de derechos humanos, el Código penal establece, según lo dispuesto en la Ley federal sobre genocidio, que los Tribunales estadounidenses son competentes para el enjuiciamiento de este delito con independencia del lugar de comisión del mismo, siempre que el presunto responsable se encuentre en Estados Unidos.⁷⁶ Para el delito de torturas, por otro lado, el Código penal prevé la competencia del Poder Judicial estadounidense si el presunto responsable es nacional o si este se encuentra presente en el país, con independencia de su nacionalidad o la de la víctima.⁷⁷

Sin embargo, la Ley federal relativa a los crímenes de guerra requiere, para que sean competentes los Tribunales estadounidenses, que la persona que cometa tales delitos, o bien la víctima de los mismos, se trate de un miembro de las fuerzas armadas estadounidenses o un nacional de este país.⁷⁸ Se trata de una previsión legal especialmente restrictiva y que no resulta acorde con lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Estados Unidos. No obstante, resulta chocante que un caso concreto de crímenes de guerra, como es el reclutamiento de menores de 15 años para fines bélicos, sí admite la jurisdicción universal siempre que el presunto responsable sea nacional de Estados Unidos, los hechos hayan ocurrido en este país, o bien el presunto responsable se encuentre en territorio estadounidense.⁷⁹

Martínez Alcañiz subraya las carencias de la legislación estadounidense sobre el derecho internacional humanitario

Llegados a este punto, huelga afirmar que la legislación norteamericana sobre crímenes de guerra no está regulada acorde con lo dispuesto en los Convenios de Ginebra, los cuales instauran una jurisdicción universal absoluta, y como mínimo, territorial con base en el *iudex apprehensionis*. Resulta incoherente que en relación a otros crímenes internacionales sí se contemple una jurisdicción universal y sobre los crímenes de guerra no se desarrolle el mismo criterio de competencia, a excepción del reclutamiento de niños menores de 15 años para fines bélicos.⁸⁰

⁷⁶ Genocide Convention Implementation Act, 18 USC 1091(e)

⁷⁷ 18 USC 2340(A)

⁷⁸ War Crimes Act, 46 USC 2441(b)

⁷⁹ 18 USC 2442

⁸⁰ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal...*, op. cit., p. 483.

El autor destaca también, en relación con el derecho internacional humanitario, las comisiones militares, con competencia para juzgar a extranjeros por hechos cometidos fuera del territorio de los Estados Unidos contra personales no nacionales, concretamente aliados de este país. Como bien dice el autor "Si bien es cierto que estas comisiones militares pudieran aplicar el principio de beligerancia, no es menos cierto que este principio ha podido ser desplazado por el de jurisdicción universal, en relación a las infracciones graves del DIH".⁸¹

Por otro lado, es de reseñar en este sentido que Estados Unidos nunca ha aprobado una ley específica para el enjuiciamiento de los criminales nazis de la Segunda Guerra Mundial, al estilo de la legislación del Reino Unido.⁸² En su lugar, el país americano ha optado por la extradición y deportación de los presuntos criminales de guerra a los países dispuestos a su enjuiciamiento.

En lo que se refiere al Poder Ejecutivo, este no ha rechazado la detención de ciudadanos extranjeros fuera del territorio nacional con vistas a su enjuiciamiento en los Estados Unidos, como ocurrió con el conocido caso *Noriega*, que llevó al enjuiciamiento de este político y militar nicaragüense y su condena por un Tribunal de Florida a una pena privativa de libertad de 40 años por crimen organizado, tráfico de drogas y blanqueo de dinero. Destaca de este caso que el Tribunal afirmó su jurisdicción con base en que el tráfico de drogas llevado a cabo por Noriega iba a desplegar sus efectos en territorio estadounidense, pues las sustancias iban a ser exportadas a este país.⁸³

A pesar de lo anterior, el gobierno estadounidense se ha mostrado tradicionalmente muy contrario al principio de jurisdicción universal. Como recuerda Reydams, el delegado americano que participó en la elaboración del borrador del Convenio contra el Genocidio calificó al principio de jurisdicción universal como "uno de los más peligrosos e inaceptables de los principios".⁸⁴ Sin embargo, con el tiempo su postura se ha vuelto cada vez más proclive a este título de jurisdicción. Así, 30 años más tarde este país apoyó activamente la inclusión de una provisión sobre jurisdicción universal en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.⁸⁵

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Véase apdo. 2.7 de este capítulo.

⁸³ Sentencia de la Corte del Distrito de South Florida, de 8 de junio de 1999. (*United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 S.D. Fla. 1990).

⁸⁴ REYDAMS, L., *Universal jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁵ *Ibidem*.

En cualquier caso, la principal peculiaridad de los Estados Unidos en relación con el derecho penal internacional es la negativa de este país a ratificar el ER y, por consiguiente, a someterse a la jurisdicción de la CPI. En efecto, si bien Estados Unidos firmó el ER el 31 de diciembre de 2001, poco después, el 6 de mayo de 2002, el propio Presidente George W. Bush remitió una misiva al Secretario General de Naciones Unidas en la que comunicaba la anulación de dicha firma llevada a cabo por su predecesor en el cargo, Bill Clinton.⁸⁶ Con posterioridad las autoridades de este país han reiterado en numerosas ocasiones la intención de no proceder a ratificar el ER. Con esta conducta Estados Unidos exterioriza de forma clara su postura sobre la relación entre la soberanía estatal y la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, dando preferencia claramente a la soberanía por encima de los otros dos principios. En concreto, este país ha manifestado oficialmente que la CPI "amenaza principios de soberanía nacional, es muy fácilmente susceptible a provocar presiones políticas y crea potenciales conflictos con la Carta de Naciones Unidas".⁸⁷

En cuanto al Poder Judicial, el Tribunal Supremo estadounidense ha mantenido tradicionalmente que el principio de territorialidad ha de ser el título de jurisdicción de aplicación general,⁸⁸ sin admitir históricamente demasiadas excepciones al mismo con base en criterios extraterritoriales⁸⁹ Sin embargo, durante los últimos años, la jurisprudencia se ha mostrado más proclive a admitir la extraterritorialidad de la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses, en caso de ser necesaria la protección de un interés nacional.⁹⁰

Entre la jurisprudencia estadounidense sobre jurisdicción universal destaca, en primer lugar, el asunto de la extradición de John Demjanjuk, componente estadounidense del proceso seguido en Israel contra esta persona. En 1983 Israel solicitó a Estados Unidos la extradición de Demjanjuk, ciudadano nacionalizado estadounidense, para ser juzgado por crímenes del régimen nazi. Según el derecho estadounidense las extradiciones solo pueden autorizarse en casos

⁸⁶ Más información en <http://www.amicc.org/usicc/bush> (Consultado el 12 de julio de 2016)

⁸⁷ Comunicación del Secretario de Estado, Colon Powell, sobre la Política del Gobierno de los Estados Unidos sobre el Tribunal Penal Internacional, remitida a todas las misiones diplomáticas del país en avance del anuncio del 6 de mayo de 2002. Texto disponible en http://www.amicc.org/docs/Demarche_US.pdf (Consultado el 12 de julio de 2016).

⁸⁸ Véase *The Apollon, 1824, 9 Wheat. (US) 361, 370 Y The Schooner Exchange v. Mac Faddon, 1812, 7 Cranch (US) 116, 135-6.*

⁸⁹ Aunque los Tribunales norteamericanos sí utilizaron el principio de jurisdicción universal durante el siglo XIX para justificar la regulación de la piratería en alta mar. BRADLEY, Curtis A., "Universal jurisdiction and U.S. Law", *University of Chicago Legal Forum*, vol.2001, núm.1, artículo 9, p. 324.

⁹⁰ MORGAN, Edward M., "Retributory Theater", *American University International Law Review*, vol. 3, núm. 1, 1988, pp. 29-30.

de delitos que sean de la competencia del Estado solicitante; luego, la cuestión principal radicaba en determinar si Israel gozaba o no de competencia para el enjuiciamiento de los citados hechos delictivos. Así pues, tanto el Tribunal de Distrito encargado de resolver la solicitud como la Corte de Apelaciones encontraron adecuada la afirmación de jurisdicción llevada a cabo por el Estado de Israel. En concreto, la Corte de Apelaciones autorizó la extradición aseverando que "ni la nacionalidad del acusado ni la de la víctima, o la localización del crimen son significativos. El supuesto subyacente es que los delitos son ofensas contra el Derecho de gentes o contra la humanidad y que el país de procesamiento está actuando por todos los países. Siendo así, Israel o cualquier país, con independencia de su estatus en 1942 o 1943 puede asumir reivindicar el interés de todos los países al buscar castigar a los perpetradores de tales crímenes".⁹¹ No cabe duda sobre la enorme importancia doctrinal de esta decisión y de este razonamiento judicial.

Otros casos de gran interés en torno al tratamiento del principio de jurisdicción universal por los Tribunales de Estados Unidos son los casos *Estados Unidos c. Yunis*, *Estados Unidos c. Yousef* y *Estados Unidos c. Rezaq*. Se trata de tres asuntos, no conectados entre sí, de apoderamiento ilícito y de ataque a aeronaves civiles en Extremo y Medio Oriente. Los presuntos responsables fueron llevados a la fuerza a territorio estadounidense. Una vez allí, fueron acusados con base en las leyes nacionales de implementación del Convenio de Montreal de 1970 de apoderamiento ilícito de aeronaves y el Convenio de Montreal de 1971 para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Estas leyes nacionales contemplaban la jurisdicción para dichos crímenes si los acusados se encontraban en territorio estadounidense, aspecto que fue recurrido por los acusados pues se encontraban en suelo americano por el hecho de haber sido forzados a ello.

La Corte de Distrito en el caso *Yunis*, en una decisión que sirvió de referencia después para los otros dos asuntos citados, afirmó que los Estados Unidos podían juzgar los citados crímenes con base en el principio de jurisdicción universal, pues este reconoce que determinadas ofensas resultan tan odiosas y son tan ampliamente condenadas que si un Estado captura a presuntos responsables de las mismas puede enjuiciar y castigar a esta persona en nombre de toda la comunidad, con independencia de la nacionalidad del agresor o de la víctima o del

⁹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito, de 31 de octubre de 1985. (*Caso John Demjanjuk, Petitioner-Appellant, v. Joseph Petrovsky, et al., Respondents-Appellees*. No. 85-3435).

lugar de comisión.⁹² A mayor abundamiento, el Tribunal también basó la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses en el principio de personalidad pasiva, pues dos de los pasajeros del avión secuestrado tenían nacionalidad americana. Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones confirmó esta decisión, al afirmar que si bien la ley nacional establecía como requisito que el presunto responsable se encontrara en territorio estadounidense, el Convenio de La Haya utilizaba la expresión "estar presente", sin hacer mención alguna a la voluntariedad o no de esa presencia en el territorio del Estado en cuestión.⁹³

En todo caso, el aspecto más innovador y positivo del tratamiento del principio de jurisdicción universal por Estados Unidos es su regulación de la jurisdicción universal civil sobre violaciones de derechos humanos contenida en el Estatuto de Reclamación de Agravios contra Extranjeros (*Alien Tort Statute*),⁹⁴ de 1789, así como en la Ley de Protección de Víctimas de Torturas (*Torture Victim Protection Act*),⁹⁵ de 1991. Estas dos disposiciones contienen una cláusula que permite la reclamación civil de daños a particulares que hubieran sufrido violaciones del derecho internacional en general o torturas. Bradley, refiriéndose a la cláusula contenida en la Ley de Protección de Víctimas de Torturas, afirma: "Porque esta disposición no requiere una ciudadanía o conexión territorial con los Estados Unidos, puede ser considerada como un ejercicio de jurisdicción universal, y el informe del Senado acompañando a la Ley expresamente se refería al concepto de jurisdicción universal".⁹⁶

El primer caso seguido en Estados Unidos con base en el principio de jurisdicción universal civil fue el conocido como *caso Filártiga contra Peña-Irala*. Los hechos se remontan a 1976, cuando el joven paraguayo Joelito Filártiga fue presuntamente secuestrado y torturado hasta la muerte por Américo Norberto Peña, antiguo Inspector General de la Policía paraguaya. Si bien los hechos fueron denunciados, el sistema judicial paraguayo no emitió ninguna condena contra el señor Peña. Tiempo después, los padres de Filártiga, residentes en los Estados Unidos, aprovecharon una visita de Peña al país para interponer una demanda contra él, invocando la

⁹² Sentencia de la Corte de Distrito de Columbia, de 12 de febrero de 1988. (*Caso United States of America v. Fawaz Yunis*. Crim. A. No. 87-037).

⁹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, de 30 de enero de 1989. (*Caso United States of America, v. Fawaz Yunis*. No. 88-3160).

⁹⁴ *Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350; ATS).

⁹⁵ *Torture Victim Protection Act*, de 12 de marzo de 1992.

⁹⁶ BRADLEY, C. A., "Universal jurisdiction and...", art. cit., p. 342.

competencia de los Tribunales estadounidenses con base en la Ley de Protección de Víctimas de Torturas. Aunque el Tribunal de Distrito desestimó la demanda por falta de competencia, el Tribunal de Apelaciones condenó a Peña, al entender, después de haber estudiado el derecho internacional consuetudinario sobre la materia, que la tortura está prohibida por el derecho de gentes. En concreto, afirmaba el Tribunal que "la prohibición es clara y exenta de ambigüedad, y no admite ninguna distinción entre el tratamiento a los ciudadanos o a los extranjeros".⁹⁷

Con posterioridad, el 15 de octubre de 2003, un Tribunal de Distrito de Florida condenó al chileno Armando Fernández Larios, integrante de la conocida como "caravana de la muerte", al pago de 4 millones de dólares como responsable de la comisión de actos de tortura, crímenes de lesa humanidad y ejecuciones extrajudiciales, constituyendo esta la primera vez que un Tribunal de Jurado de Estados Unidos se pronunciaba sobre un caso de lesa humanidad. El Tribunal de Apelación del 11o. Circuito confirmó la condena en 2005.⁹⁸

En otro caso procedente de Latinoamérica de gran repercusión, en concreto el relacionado con el asesinato de Monseñor Óscar Romero en El Salvador en marzo de 1980, un Tribunal Federal condenó *en absentia* en 2004 al Capitán Álvaro Saravia al pago de una indemnización de 10 millones de dólares por la ejecución extrajudicial y por crímenes contra la humanidad. Esta decisión tuvo una gran repercusión internacional, no solo por la enorme proyección mediática del difundo Monseñor Óscar Romero, sino porque la Sentencia de condena consideró que el asesinato de una sola persona podía tratarse de un crimen contra la humanidad, basándose en el gran impacto que tal asesinato tuvo en el conjunto del pueblo salvadoreño.⁹⁹

También en relación con El Salvador, destaca el caso *Romagoza contra García*, por el que el 23 de julio de 2002 un Jurado de Florida condenó a dos antiguos Ministros de Defensa de este país al pago de 54,6 millones de dólares a tres supervivientes de tortura. La importancia de este veredicto radica, como apunta Van Shaack, en que este constituye "uno de los principales

⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, de 30 de junio de 1980. (*Caso Dolly M.E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*. No. 191, Docket 79-6090).

⁹⁸ Más información del caso en <http://cja.org/espanol-9/casos-3/chile-el-caso-fernandez-larios-3/chile-el-caso-fernandez-larios-4/> (Consultado el 23 de julio de 2016).

⁹⁹ Sentencia de la Corte de Distrito de E. D. California, de 19 de noviembre de 2004. (No. CIV-F-03-6249 OWW LJO) (E.D.Cal. Nov 19, 2004). Más información del caso en <http://cja.org/espanol-9/casos-3/chile-el-caso-fernandez-larios-3/chile-el-caso-fernandez-larios-4/> (Consultado el 23 de julio de 2016).

casos en los que altos mandos militares, contestando plenamente a las alegaciones y declarando en su defensa, han sido declarados responsables de violaciones de derechos humanos exclusivamente con base en la doctrina de la responsabilidad del mando".¹⁰⁰ El recurso de apelación fue resuelto el 4 de enero de 2006 por el Tribunal de Apelaciones del 11o. Circuito que consideró, además, que los hechos no habían prescrito, pues debía considerarse que el plazo de prescripción no se había iniciado hasta el fin de la guerra civil salvadoreña en 1992.¹⁰¹

No todas las demandas civiles con base en el principio de jurisdicción universal han tenido que ver exclusivamente con casos procedentes de Latinoamérica, aunque estas han constituido la inmensa mayoría. De entre las procedentes de otros lugares del mundo, puede resaltar la interpuesta contra Robert Mugabe, ex Presidente de Zimbabue así como contra Stan Mudenge, antiguo Ministro de Asuntos Exteriores e incluso contra su propio partido político (Unión Nacional Africana de Zimbabue –Frente Patriótico), por la comisión de torturas, asaltos, ejecuciones y otros actos de violencia. El Tribunal del Distrito del Sur de Nueva York, encargado de resolver el caso, condenó a los dos demandados como agentes privados de su partido político, esquivando así la petición del Gobierno estadounidense de aplicarles a ambos la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y Ministros de Asuntos Exteriores. Sin embargo, en 2004 la Corte de Apelaciones dictaminó la absolucón total, al entender que la inmunidad diplomática de la que gozaban Mugabe y Mudenge les eximía de ser juzgados por estos delitos, incluso aunque los demandados hubieren actuado como agentes de una entidad privada y no como diplomáticos o como agentes del Gobierno de Zimbabue.¹⁰²

En un caso más reciente, el 28 de agosto de 2012, un Tribunal de Distrito de Virginia condenó al antiguo Primer Ministro de Somalia, Mohamed Ali Samantar, al pago de 21 millones de dólares por la comisión de torturas, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de guerra y otras violaciones de derechos humanos cometidas contra la población civil de Somalia entre los años 1969 y 1991. El Tribunal de Distrito había sobreesido la demanda el 27 de abril de 2007 al entender que el Sr. Samantar gozaba de inmunidad diplomática. Sin embargo, el 8 de enero de

¹⁰⁰ VAN SCHAACK, Beth, "Romagoza v. García: Proving Command Responsibility under the Alien Tort Claims Act and the Torture Victim Protection Act", *Human Rights Brief, American University Washington College of Law*, vol. 10, núm. 1, artículo 1, 2002, p. 1.

¹⁰¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones del 11o. Distrito, de 4 de enero de 2006. (*Caso Juan Romagoza Arce, Neris González and Carlos Mauricio v. José Guillermo García, Carlos Eugenio Vides Casanova*, No. 02-14427).

¹⁰² Sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, de 6 de octubre de 2004. (*Caso Tachiona v. United States*). 386 F. 3d 205. No. 03-6033 (L), 03-6043 (XAP).

2009, el Tribunal de Apelaciones del 4o. Circuito rescataba la demanda, al considerar que la Ley de Inmunidad de Soberanos Extranjeros solo se debe aplicarse a personas individuales si estas se encuentran en el cargo en el momento de interposición de la demanda. Esta decisión fue posteriormente confirmada por el propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que en su Sentencia de 1 de junio de 2010, también consideraba que el Sr. Samantar no gozaba de inmunidad ante demandas interpuestas en un Tribunal de Estados Unidos por crímenes de derecho internacional cometidos en el extranjero.¹⁰³ Con esta decisión sobre el caso *Samantar*, Estados Unidos creaba un valioso precedente jurisprudencial a nivel internacional sobre el equilibrio necesario entre la soberanía nacional, y la inmunidad diplomática como expresión de la misma, y la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, poco tiempo después la jurisprudencia de Estados Unidos sobre el principio de jurisdicción universal dio un giro de 180 grados a raíz del conocido caso *Royal Dutch Petroleum*. Esther Kiobel y otros eran nacionales nigerianos que interpusieron una demanda colectiva en Estados Unidos contra las compañías *Royal Dutch Petroleum* y *Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd.*, por su complicidad con el Gobierno nigeriano en la comisión de asesinatos, torturas, detenciones ilegales y apoderamiento ilícito de propiedades en Nigeria, basándose en la ya comentada Ley de Agravios contra Extranjeros. Su demanda fue desestimada inicialmente por el Tribunal de Distrito. El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la desestimación el 17 de septiembre de 2010, al entender que la Ley de Agravios contra Extranjeros no confiere jurisdicción a los Tribunales estadounidenses para el enjuiciamiento de personas jurídicas.

Finalmente, el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse en este interesante caso sobre la eventual responsabilidad de las grandes corporaciones empresariales por la comisión de violaciones de derechos humanos. En su Sentencia de 17 de abril de 2013 el Tribunal Supremo resolvió por unanimidad, dictaminando que la Ley de Agravios contra Extranjeros no era de aplicación en este caso. En concreto, el Alto Tribunal razonó que no había nada en el texto, la historia o el propósito de la Ley que indicase que esta hubiera sido creada con el objetivo de aplicarse extraterritorialmente. Así, el recurso solo podría haberse admitido, según el Alto Tribunal, si la demanda hubiese contestado esa presunción de no aplicación extraterritorial con algún

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 1 de junio de 2010. (*Caso Samantar v. Yousof*).

vínculo con Estados Unidos lo suficientemente fuerte.¹⁰⁴ El Tribunal Supremo en una decepcionante decisión, que no entró siquiera a pronunciarse sobre la posibilidad de aplicación de la Ley a una persona jurídica, cortó de raíz los 30 años de jurisprudencia en sentido contrario. Así, según la Sentencia *Kiobel*, la Ley de Agravios contra Extranjeros y, por lo tanto, la jurisdicción universal, solo puede aplicarse a aquellos casos en los que exista un vínculo claro con Estados Unidos.

Otro rasgo que caracteriza la reciente actuación judicial de Estados Unidos sobre la materia que nos ocupa es la creciente tendencia a priorizar el derecho migratorio sobre el derecho internacional de los derechos humanos. Sirve como ejemplo en este sentido el caso *Boley*, primero en aplicar la Ley de 2008 sobre responsabilidad penal por el reclutamiento de los menores soldados, disposición que prevé la jurisdicción universal para este tipo de delitos. El 6 de febrero de 2012 un Juez de inmigración decretó la deportación de George Boley a Liberia, su país de origen, a pesar de que esta persona, residente en Estados Unidos, estaba acusada por reclutamiento de menores soldado así como por la comisión de ejecuciones extrajudiciales. Resulta muy poco previsible que en Liberia el señor Boley vaya a ser procesado por los crímenes que presuntamente cometió en el país.

Esta práctica, denunciada por Amnistía Internacional,¹⁰⁵ de perseguir a presuntos responsables de graves violaciones de derechos humanos por meras infracciones del derecho de extranjería, también se puso de manifiesto cuando el 21 de septiembre de 2012, Estados Unidos obtuvo de Canadá la extradición de un nacional norteamericano, Jorge Sosa, por haber ocultado, cuando optaba por la ciudadanía, su presunta responsabilidad como miembro de las fuerzas armadas de Guatemala en el asesinato de al menos 222 personas. En febrero de 2014 el señor Sosa fue condenado a 10 años de prisión por fraude de inmigración. Una vez cumpla su condena será presumiblemente extraditado a Guatemala o España, pues ambos países han cursado una solicitud a tal efecto.

A pesar de que en este segundo asunto la conducta del acusado no vaya a resultar impune, resultaría preferible que Estados Unidos juzgara este tipo de casos como graves violaciones de

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 17 de abril de 2013. (*Caso Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*).

¹⁰⁵ Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction. Strengthening this Essential Tool of International Justice*, Amnesty International Publications, Londres, 2012, p. 53.

derechos humanos con base en el principio de jurisdicción universal y no como simples infracciones a su derecho de extranjería, pues este último jamás debería estar por encima de las primeras.

Para concluir este apartado con un ejemplo positivo, puede destacarse la condena del ex militar Pedro Pablo Barrientos Núñez por la muerte de una de las víctimas más icónicas de la dictadura chilena de Pinochet, Víctor Jara. En junio de 2016, un Jurado de Florida condenó al Sr. Barrientos, nacionalizado norteamericano, al pago de 28 millones de dólares a la familia del cantautor por la comisión de torturas y ejecución extrajudicial.¹⁰⁶ El paradero del antiguo militar era desconocido hasta que en 2012 se descubrió que residía en Estados Unidos, donde se había mudado una vez caído el régimen de Pinochet. En diciembre de 2012, un Juzgado de Chile declaró a Barrientos culpable del asesinato de Víctor Jara *in absentia* y solicitó su extradición a Estados Unidos.

2.5 Francia

Francia, contando con una unidad especializada así como una oficina central encargadas de la investigación de crímenes internacionales, es actualmente el país de la Unión Europea (UE) con el mayor número de procesos en curso bajo el principio de jurisdicción universal.¹⁰⁷

Las reglas sobre competencia de la jurisdicción francesa se encuentran en el Capítulo III del Título I del Libro 1o. del Código penal, titulado "De la aplicación de la ley penal en el espacio", dividido a su vez en dos Secciones: Sección Primera ("Infracciones cometidas o reputadas cometidas en el territorio de la República") y Sección Segunda ("Infracciones cometidas fuera del territorio de la República").¹⁰⁸ El principio de territorialidad aparece consagrado en el artículo 113-2 como regla general de determinación de la jurisdicción penal francesa. El artículo 113-6, por su parte, reconoce el principio de personalidad activa de manera absoluta. Así, establece que "La ley penal francesa es aplicable a todo crimen cometido por un francés fuera del territorio de la República". Además, añade el precepto que la ley penal francesa será aplicable a los delitos cometidos por franceses en el extranjero "si los hechos son penalizados por la legisla-

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Jurado de Florida, de 28 de junio de 2016 (*Jara v. Barrientos*).

¹⁰⁷ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIGGAR, *Universal Jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁸ Código penal francés. Versión consolidada a 29 de enero de 2017.

ción del país donde estos han sido cometidos". Se señala también que el citado precepto será de aplicación incluso si la persona responsable hubiera adquirido la nacionalidad francesa posteriormente a la comisión del hecho delictivo.

El principio de personalidad pasiva aparece contemplado en el artículo 113-7, que establece que la ley penal francesa será aplicable a todo tipo de crímenes castigados con pena de prisión, cometidos por un francés o por un extranjero fuera del territorio nacional cuando la víctima sea de nacionalidad francesa en el momento de la infracción. El artículo 113-10, por su parte, contiene el principio real o de protección de intereses, declarando la competencia de los Tribunales franceses para el enjuiciamiento de delitos que atenten contra los intereses fundamentales de la nación así como aquellos cometidos contra el personal diplomático y consular francés.

Por último, el principio de jurisdicción universal es contemplado por los artículos 113-12 y 113-13 de forma muy general. Así, el artículo 113-12 establece que la ley penal francesa es aplicable a las infracciones cometidas más allá del mar territorial "siempre que las convenciones internacionales y la ley lo prevean", mientras que el artículo 113-13 establece la jurisdicción de los Tribunales franceses para el enjuiciamiento de los actos de terrorismo cometidos por una persona extranjera o francesa o que resida habitualmente en territorio francés.

Estos preceptos del Código penal son complementados por el Código procesal penal.¹⁰⁹ En concreto, los artículos 689 a 689-13 de dicho Código se encargan de regular al detalle el principio de jurisdicción universal. El artículo 689 repite la regla general contenida en el artículo 113-12 del Código penal, si bien el artículo 689-1 establece que en los casos en los que sea un Tratado internacional el que otorgue competencia a los Tribunales franceses, será necesario que el presunto responsable de los hechos se encuentre en territorio francés para que opere dicha competencia. A continuación sigue una enumeración de los instrumentos internacionales ratificados por Francia que contemplan la jurisdicción universal: la Convención contra la Tortura (art.689-2), el Convenio Europeo para la represión del terrorismo (art.689-3), la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (art.689-4), la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (art.689-5), el Conve-

¹⁰⁹ Código procesal penal francés, versión consolidada a 9 de febrero de 2017.

nio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (art. 689-6), Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten servicios a la Aviación Civil Internacional (art. 689-7), Protocolo a la Convención relativa a la Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (art. 689-8), Convenio Internacional para la Represión de los atentados terroristas (art. 689-9), Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (art. 689-10), Reglamento (CE) no. 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 relativo a la armonización de ciertas disposiciones de legislación social en el sector de los transportes por carretera (art. 689-12) y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (art. 689-13).¹¹⁰

Mención aparte merece el art. 689-11, pues este se refiere a la posibilidad de enjuiciamiento de personas presuntamente responsables de crímenes de competencia de la CPI. Los Tribunales franceses solo serán competentes, según este precepto, cuando las personas en cuestión residan en Francia de forma habitual, y siempre que los hechos en cuestión sean punibles según la legislación del Estado en el que se cometieron o si dicho país o bien el de nacionalidad del presuntamente responsable sean parte del ER. Además, añade la disposición, que la persecución de los crímenes solo podrá tener lugar una vez que "el Ministerio Fiscal se asegure de que la Corte Penal Internacional declina expresamente su competencia y verifique que ninguna otra jurisdicción internacional competente para juzgar a la persona ha pedido su entrega y que ningún Estado ha pedido su extradición".¹¹¹ Ha optado, pues, el legislador por configurar la jurisdicción francesa como subsidiaria de la jurisdicción de la CPI, si bien, el propio ER declara que es el principio de complementariedad el que debe regir las relaciones entre dicho Tribunal Internacional y los correspondientes Tribunales nacionales.¹¹²

También es necesario hacer referencia a las tres disposiciones legislativas que gobiernan las relaciones de Francia con los Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia¹¹³ y para

¹¹⁰ Destaca, dentro de esta enumeración de instrumentos internacionales suscritos por Francia que contemplan el principio de jurisdicción universal, la ausencia de una referencia a los Convenios de Ginebra de 1949.

¹¹¹ Art. 689-11 Código procesal penal francés.

¹¹² Preámbulo y artículo 1 ER.

¹¹³ Loi no. 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yugoslavie depuis 1991.

Ruanda,¹¹⁴ así como con la CPI.¹¹⁵ El artículo 2, común a las leyes de cooperación con los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, establece el principio de jurisdicción universal para los crímenes que son competencia de estas dos instancias internacionales, siempre y cuando los presuntos responsables se encuentren en territorio francés. Sin embargo, de forma sorpresiva, la ley de cooperación con la CPI no incluye ninguna cláusula en este sentido.

Como vemos, pues, la legislación francesa establece un doble sistema de requisitos en relación con el enjuiciamiento de crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal: para conocer de los crímenes de torturas, desapariciones forzadas y los cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda solo se exige la presencia de los presuntos sospechosos en Francia en el momento del inicio de la investigación judicial —lo que da pie a la posibilidad de que, incluso si una vez iniciada la investigación la persona sospechosa huye del país, esta pueda continuar porque el sistema penal francés permite los juicios *in absentia*—, mientras para el resto de crímenes internacionales, los previstos en el ER, los Tribunales franceses solo tienen jurisdicción si el acusado reside habitualmente en Francia. Además, en los casos de torturas y desapariciones forzadas no rige el principio de subsidiariedad mientras que en el resto de casos los Tribunales franceses han de otorgar preferencia a la jurisdicción del lugar de comisión de los hechos o bien a la CPI. Este doble sistema ha sido ampliamente criticado por organizaciones como Human Rights Watch. El organismo internacional considera que este "crea una distinción arbitraria y que debería ser eliminado para que todos los crímenes internacionales graves se vean sometidos a los mismos requisitos legales".¹¹⁶

El doble sistema se potencia en relación con el requisito de doble tipificación. Así, los Tribunales franceses pueden someter a su jurisdicción casos de torturas, desapariciones forzadas y crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda incluso cuando los crímenes en cuestión no estuvieran tipificados en el lugar de comisión. Por el contrario, según lo establecido en el art.689-11, para el resto de crímenes de derecho internacional la doble imposición o tipifi-

¹¹⁴ Loi no. 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins.

¹¹⁵ Loi no. 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale.

¹¹⁶ HUMAN RIGHTS WATCH, *The Legal Framework for Universal Jurisdiction in France*, Human Rights Watch, Estados Unidos, 2014, p. 2

cación es exigida. Esta diferenciación también es criticable, pues, como apunta Human Rights Watch, "el objetivo del requisito de la doble criminalidad es el de evitar que los particulares sean procesados por delitos que no fueran considerados como tales en el lugar en el que tuvieron lugar en su momento, pero este no debería ser aplicable a los crímenes internacionales graves que se encuentran bien establecidos en los Tratados internacionales y en el derecho internacional consuetudinario".¹¹⁷

Por otro lado, el sistema procesal francés permite la acusación particular en los procedimientos penales en general. Así, las víctimas y las ONG que asisten a las mismas pueden interponer denuncias directamente ante los Juzgados de Instrucción sin necesidad del consentimiento del Ministerio Fiscal. También tienen la opción de dirigirse con carácter previo a la Fiscalía pero en estos casos la posibilidad de iniciar o no el procedimiento dependerá del propio Ministerio Fiscal. Sin embargo, tras la ratificación del ER, el legislador francés optó por retirar a las víctimas de los crímenes de competencia de la CPI la primera posibilidad, de forma que en este tipo de delitos la intervención de la Fiscalía se torna en requisito indispensable. Esta limitación no resulta baladí, pues las víctimas de graves crímenes internacionales así como las ONG francesas de defensa de los derechos humanos han sido tradicionalmente los principales instigadores de los procedimientos judiciales de este tipo.

En 2010 fue presentado un proyecto de reforma procesal del principio de jurisdicción universal, según el cual los Tribunales franceses serían competentes del enjuiciamiento de los crímenes internacionales contemplados en el ER con la mera presencia en territorio francés de las personas sospechosas. Además, el citado anteproyecto suprimía el requisito de la doble tipificación, suavizaba el principio de subsidiariedad en relación con la CPI y restauraba el sistema de acusación particular para los grandes crímenes internacionales.¹¹⁸ Esta proposición de ley no ha sido, sin embargo, aprobada hasta el momento.

En cuanto al tratamiento del principio de jurisdicción universal por parte de los Tribunales franceses, es necesario destacar, en primer lugar, por su destacable aportación doctrinal, el

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

¹¹⁸ Proposition de loi tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale. https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=313217688B0925D98172D099ED4AFA5F.tpdjo07v_2?idDocument=JORFDOLE000027114127&type=general&typeLoi=prop&legislature=14 (Consultado el 17 de julio de 2016).

célebre caso *Barbie*. Klaus Barbie era un antiguo miembro de la SS alemana así como, posteriormente, el Jefe de la Gestapo en el Lyon de la Francia Ocupada. Después de la Segunda Guerra Mundial huyó a Bolivia, país que entregaría posteriormente al criminal a Francia, tras la correspondiente petición. La Corte de Casación francesa, al pronunciarse sobre el correspondiente recurso sobre la ilegalidad de la detención de Barbie así como su traslado al territorio francés, afirmó: "Por razón de su naturaleza, los crímenes contra la humanidad por los que Barbie está acusado no son solo competencia del Derecho penal interno francés, sino de un orden penal internacional al que la noción de fronteras o las reglas de extradición que de esta se derivan es completamente ajeno (...)".¹¹⁹ La importancia de esta decisión radica, como bien apunta Reydams, en que "en estos ambiguos términos el Alto Tribunal francés reconoce que los crímenes contra la humanidad trascienden la soberanía estatal y que, por lo tanto, la noción de frontera es inaplicable".¹²⁰

Unos años más tarde encontramos el caso *Javor*, iniciado por denuncia de unos refugiados bosnios en julio de 1993, que alegaron la comisión de actos de tortura, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en centros de detención de la antigua Yugoslavia. En primera instancia, el Magistrado competente afirmó su falta de jurisdicción, ante la ausencia de una provisión sobre jurisdicción universal en la Convención contra el Genocidio. Tampoco se declaró competente para el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad, ya que en aquella época el concepto de crímenes contra la humanidad estaba limitado en la legislación francesa a los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.¹²¹ Sólo se declaró competente, pues, para el enjuiciamiento de los actos de tortura y los crímenes de guerra.¹²² La Corte de Apelaciones de París, por su parte, confirmó la decisión del Tribunal de instancia en relación con el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. En cuanto a los actos de tortura afirmó este Tribunal que, en virtud de los artículos 5 y 7 de la Convención contra la Tortura así como del artículo 689-2 del Código procesal penal francés, la jurisdicción universal de los Tribunales franceses depende de la presencia del presunto responsable en territorio galo, luego en este caso concreto dichos Tribunales carecían de jurisdicción. En lo que se refiere a los crímenes de

¹¹⁹ Sentencia de la Corte de Casación, de 20 de diciembre de 1985. Texto de la Sentencia disponible en <http://www.asser.nl/upload/documents/20120329T112937-Barbie%20Klaus%20-%20Arret%20-%2006-10-1983%20-%20Cour%20de%20Cassation%20Francais.pdf> (Consultado el 30-4-16).

¹²⁰ REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction...*, op. cit., p. 135.

¹²¹ Hasta el 1 de marzo de 1994 los crímenes de lesa humanidad estaban incorporados por referencia de la Ley de 26 de diciembre de 1964 a los Principios de Núremberg.

¹²² Resolución del Tribunal de Gran Instancia de París, de 6 de mayo de 1994.

guerra, tampoco entendió el Tribunal de Apelación de París que existiese base suficiente, afirmando que los Convenios de Ginebra carecen de efecto directo.¹²³ Al concluir el periplo judicial de este caso, la Corte de Casación afirmó, previo correspondiente recurso, que la interpretación de la Corte de Apelación fue la correcta y que la Ley de implementación y cooperación con el TPIR, adoptada después de la decisión de la Corte de Apelación, otorga jurisdicción al Estado francés si el presunto responsable se encuentra en Francia y que la mera presencia en Francia de víctimas no es suficiente base para la jurisdicción universal.¹²⁴

Por otro lado, numerosas denuncias fueron presentadas ante los Tribunales franceses en relación con el conflicto de Ruanda, dados los innegables lazos de Francia con el país africano. De entre ellos, destaca el caso *Munyeshyaka* que se diferencia del caso *Javor* notablemente porque tuvo lugar una vez entrada en vigor la reforma del Código penal que criminalizaba el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Así, una vez adoptada la Ley de implementación y cooperación con el TPIR, en julio de 1995, un grupo de personas relacionadas con las víctimas presentaron una querrela contra Munyeshyaka. Una investigación oficial fue iniciada y finalmente Munyeshyaka fue arrestado el 28 de julio de 1995, por los cargos de genocidio, torturas y tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, en agosto de 1995 fue puesto en libertad, después de que el Juez de Instrucción asignado a su caso se hubiera declarado no competente.

En marzo de 1996 el Tribunal de Apelación de Nimes resolvió el recurso interpuesto afirmando que Francia no tenía competencia para juzgar el crimen de genocidio cometido en el extranjero por una persona extranjera y contra víctimas extranjeras.¹²⁵ Sin embargo, en enero de 1998, la Corte de Casación ordenó la reapertura del proceso contra Munyeshyaka, al entender que los actos cometidos coincidían con la definición de tortura del art. 1 de la Convención de Naciones Unidas y que, por otro lado, la Ley de implementación y cooperación con el TPIR era de aplicación.¹²⁶ Así, se ordenaba la retroacción de las actuaciones y el caso volvía al Juez de Instrucción, mientras los años pasaban sin que mayores avances se produjesen en la investi-

¹²³ Decisión del Tribunal de Apelación de París, de 24 de noviembre de 1994.

¹²⁴ Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de marzo de 1996. Texto disponible en http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/France/Javor_Cassation_26-3-1996.pdf (Consultado el 30-4-16). Más información sobre el caso en http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/France/Javor_Cassation_26-3-1996.pdf

¹²⁵ Decisión del Tribunal de Apelación de Nimes, de 20 de marzo de 1996.

¹²⁶ Sentencia de la Corte de Casación, de 6 de enero de 1998.

gación de los hechos, de gran complejidad, por otro lado, dada la lejanía del lugar de comisión de los mismos y las dificultades para obtener testimonios de los testigos.

La dilación del proceso Munyeshyaka fue tal que Francia fue condenada por el TEDH el 8 de junio de 2004, que unánimemente entendió que la Justicia francesa había violado los derechos de una de las víctimas, Yvonne Mutimura, a ser oída prontamente así como su derecho a la reparación.¹²⁷ Paralelamente, el 16 de noviembre de 2006, Munyeshyaka fue condenado *in absentia* a cadena perpetua por un Tribunal Militar en Ruanda.¹²⁸ Por otro lado, el TIR después de haber cursado una orden de arresto internacional para Munyeshyaka en 2007, decidió en febrero de 2008 declinar jurisdicción y dar traslado del caso a las autoridades francesas de nuevo. El 19 de agosto de 2015, la unidad francesa especializada en la persecución de genocidio, crímenes contra la humanidad y tortura dependiente del Tribunal de París, pidió el archivo del caso contra Wenceslas Munyeshyaka, archivo que finalmente se produjo en octubre 2015,¹²⁹ con el consiguiente malestar de las numerosas víctimas ruandesas residentes en el país galo.

Después de los casos *Javor* y *Munyeshyaka* varios procesos fueron iniciados por organizaciones de derechos humanos con base en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura en combinación con el Código penal y el Código procesal penal francés. De entre estos procesos destaca el que inició la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos y otros contra Ould Dah, antiguo Capitán del ejército mauritano al que varios oficiales, residentes en Francia como refugiados, acusaron de cometer actos de torturas contra ellos entre 1990 y 1991. Por tales hechos fue arrestado en Francia el 2 de julio de 1999, cuando asistía a un programa de entrenamiento en Montpellier. El 28 de septiembre del mismo año, Dah fue puesto en libertad con cargos, siendo su pasaporte retirado. Sin embargo, consiguió escapar a Mauritania, donde sigue gozando de protección por las autoridades locales gracias a una Ley de amnistía de 1993. El 8 de julio de 2002 el Tribunal de Apelaciones de Nimes confirmó que Dah debía ser juzgado por los Tribunales franceses. Tal decisión fue recurrida ante la Corte de Casación, que afirmó la jurisdicción universal de los Tribunales franceses para juzgar los crímenes de tortura en aplicación de la Convención de Naciones Unidas, independientemente del lugar de comi-

¹²⁷ Sentencia del TEDH, de 8 de junio de 2004 (Asunto Mutimura c. Francia).

¹²⁸ Más información en <http://www.trial-ch.org/en/ressources/trial-watch/trial-watch/profils/profile/112/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html> (Consultado el 1-5-16).

¹²⁹ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIGGAR, *Universal Jurisdiction... op. cit.*, p. 24.

sión de los crímenes así como de la nacionalidad del supuesto responsable.¹³⁰ Finalmente, el 1 de julio de 2005, la "*Cour d'assises*" de Nimes/du Gard condenó a Ould Dah a 10 años de prisión por ordenar y organizar actos de tortura.

Esta condena fue recurrida por el propio Ould Dah ante TEDH alegando que Francia había violado el principio de irretroactividad del CEDH. El TEDH desestimó esta alegación y, además, confirmó la jurisdicción universal de Francia sobre el caso. Por otro lado, como ya se ha analizado,¹³¹ el TEDH afirma en su decisión que la prohibición de la tortura ha alcanzado el status de norma de *ius cogens*, luego una ley de amnistía mauritana no puede impedir que los Tribunales franceses juzguen a Ould Dah por actos de tortura.¹³²

Por otro lado, uno de los casos franceses de mayor repercusión fue el ya citado caso *Gadafi*. El 6 de octubre de 1999 un Juez antiterrorista francés admitió a trámite la denuncia presentada contra el Jefe de Estado libio, Muamar el Gadafi. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación de París por la sentencia de 20 de octubre de 2000, al no apreciar que la inmunidad de jurisdicción pudiera extenderse a crímenes internacionales. Sin embargo, la Fiscalía interpuso un recurso ante la Corte de Casación francesa por presunta violación del principio de inmunidad. La Corte de Casación francesa, en su breve y ya criticada Sentencia de 13 de marzo de 2001,¹³³ decretó la inmunidad de jurisdicción penal absoluta de este Jefe de Estado ante los Tribunales franceses.¹³⁴

No puede dejar de mencionarse, volviendo a los casos referentes al conflicto de Ruanda, el de Pascal Simbikangwa, por constituir la primera condena de un ciudadano ruandés por la comisión de actos de genocidio en este país. Simbikangwa, antiguo jefe del servicio de inteligencia ruandés residente en Francia, fue denunciado el 13 de febrero de 2009 por el "*Collectif des Parties Civiles pour le Rwanda*" (CPCR) por colaborar e incitar al genocidio así como los crímenes contra la humanidad perpetrados en Ruanda entre abril y julio de 1994. El juicio comenzó

¹³⁰ Sentencia de la Corte de Casación, de 23 de octubre de 2002

¹³¹ Véase capítulo 2, apdo. 3.3.

¹³² TEDH, Decisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 13113/03 presentada por Ely Ould Dah contra Francia, de 17 de marzo de 2009.

¹³³ Véase capítulo 2, apdo. 3.3.

¹³⁴ ZAPPALÀ, Salvatore, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before French Cour de Cassation", *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 3, 2001, p. 596.

el 4 de febrero de 2014 en la "Cour d'Assises" de París. A lo largo del procedimiento el Tribunal escuchó 53 testimonios de testigos, algunos de los cuales llegaron a viajar desde Ruanda expresamente. El 14 de marzo de 2014 la Corte condenó a Simbikangwa a 25 años de encarcelamiento por su participación en el genocidio así como por colaborar e incitar a la comisión de crímenes contra la humanidad.¹³⁵

El segundo caso francés sobre el genocidio de Ruanda tuvo como imputados a Tito Barahira y Octabien Ngenzi. Ambos fueron acusados de haber participado, el 13 de abril de 1994, en la masacre de centenares de Tutsis refugiados en una iglesia de la comuna de Kabarondo, al este de Ruanda. El juicio ante la "Cour d'Assises" comenzó el 10 de mayo de 2014 y el 7 de julio del mismo año ambos fueron condenados a cadena perpetua.

Sin duda, también es necesario hacer mención al primer caso de aplicación del principio de jurisdicción universal en materia civil en Europa. Como veremos en el siguiente apartado, la jurisdicción universal civil es una herramienta ampliamente utilizada en Estados Unidos para dar satisfacción por vía económica a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, sin embargo, en Europa apenas ha sido utilizada en un par de ocasiones. En este caso, la justicia francesa condenó, el 14 de marzo de 2011, a Radovan Karadzic y Biljana Plavsic, a indemnizar con 200,000 euros a una familia bosnia, por los daños y la humillación sufridos en la guerra de 1992 a 1995.¹³⁶ Se trata esta de una decisión inédita y novedosa, pues los acusados no habían sido aún condenados por los mismos actos en el TPIY.

En relación con otro conflicto, también ampliamente conectado con Francia, encontramos el caso *Relizane*, iniciado por la Federación Internacional de Derechos Humanos y la Liga de Derechos Humanos contra dos líderes de la milicia argelina, residentes en Francia, por la comisión de torturas y desapariciones forzadas en la provincia de Relizane en los años 90 del siglo XX durante la guerra civil argelina. Si bien el 26 de diciembre de 2014, el Juez de Instrucción envió el asunto a la "Cour d'Assises" de Nimes para su enjuiciamiento, una vez llevadas a cabo ciertas diligencias (incluido el curso de una comisión rogatoria denegada por Argelia),

¹³⁵ TROUILLE, Helen L., "France, Universal Jurisdiction and Rwandan Génocidaires: The Simbikangwa Trial", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 195-217. También en FIDH, *Rwanda. Procès de Pascal Simbikangwa: Retour sur un procès emblématique*, FIDH, 2014, disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/rwanda_procès_simbikangwa.pdf (Consultado el 4 de abril de 2016).

¹³⁶ Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 14 de marzo de 2011.

este Tribunal decidió no someter a los acusados a juicio en una controvertida decisión de 19 de enero de 2016. El 29 de marzo de 2017, la Corte de Casación francesa confirmó el archivo de las actuaciones.

Por otro lado, merece la pena realizar una mención al proceso seguido ante el Tribunal de Gran Instancia de París contra la empresa francesa Amesys y su gerencia, acusada en 2011 de propiciar actos de tortura a través de la venta de material tecnológico de vigilancia al régimen de Muamar Gadafi, en Libia, por tratarse este de un caso de jurisdicción extraterritorial dirigido contra una persona jurídica. Por los mismos cargos, es decir, por la complicidad en actos de tortura a través de la venta de material de vigilancia, en este caso al régimen de Bashar al-Ássad de Siria, también existe desde 2012 una investigación en curso dirigida contra otra persona jurídica: la compañía francesa QOSMOS.¹³⁷ Como vemos, ambas investigaciones no fueron iniciadas con base en el principio de jurisdicción universal sino con base en el principio de personalidad activa, pues existe un nexo de conexión entre los hechos delictivos y el Estado francés: la nacionalidad francesa de los agentes acusados de la comisión de los supuestos delitos.

También encontramos en Francia ejemplos de investigaciones iniciadas con base en el principio de personalidad, si bien en su vertiente pasiva. Así, encontramos el caso Guantánamo contra un antiguo Comandante de esta base militar, Geoffrey Miller, acusado de cometer actos de tortura contra ciudadanos franceses.¹³⁸ Una vez interpuesta la denuncia, en noviembre de 2002, el procedimiento de instrucción fue abierto en junio de 2005. En enero de 2012 el Juez de Instrucción envió una comisión rogatoria a los Estados Unidos, que fue ignorada por este país. En abril de 2015, el Tribunal de Apelación de París resolvió el recurso de dos de las víctimas determinando que Geoffrey Miller debía ser citado por el Juez instructor, como así fue el 20 de enero de 2016, si bien el señor Miller no ha comparecido por el momento ante los Tribunales franceses.

Por último, es necesario mencionar una investigación penal por las torturas cometidas por el régimen de Bashar al-Ássad, en Siria. Un antiguo fotógrafo de la policía militar siria huyó de este país con miles de fotografías que atestiguaban las torturas cometidas en las cárceles.

¹³⁷ Más información en TRIAL, ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction...*, op. cit., pp. 25-26

¹³⁸ *Ibidem*, p. 27.

En septiembre de 2015, el Ministerio de Asuntos Exteriores francés, con base en estas fotografías,¹³⁹ solicitó al Fiscal de la Unidad especializada para la persecución de crímenes internacionales, que abriese una investigación preliminar por crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y torturas. Francia tiene competencia para el enjuiciamiento de tales crímenes si alguna de las víctimas es francesa o uno de los sospechosos reside habitualmente en Francia o bien, en el caso de los crímenes de torturas, si los sospechosos se encuentran en el país.¹⁴⁰ Con anterioridad, en septiembre de 2012, el Juez Instructor de París había sobreesido la denuncia de una asociación de víctimas en Marruecos ("Association marocaine pour la protection de l'enfance et l'éveil de la conscience de la famille") contra Bashar al-Ássad por la comisión de crímenes de guerra y la utilización de menores como escudos humanos, alegando que según la legislación francesa ninguna investigación podía llevarse a cabo si el sospechoso no está presente en Francia.¹⁴¹

2.6 Países Bajos

Países Bajos ha sido un país tradicionalmente reticente a la aplicación del principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de crímenes internacionales, más allá de aquellos supuestos en los que este título aparece contemplado con carácter obligatorio por Tratados internacionales. Es más, este Estado suele introducir reservas en aquellos instrumentos internacionales que contienen la cláusula *aut dedere aut judicare*, al entender que la obligación de juzgar solo debe operar en aquellos casos en los que una solicitud de extradición ha sido cursada y denegada.

Reydams encuentra las raíces de esta tradicional reticencia hacia la jurisdicción extraterritorial en la propia visión del derecho penal característica de los Países Bajos: "Un importante aspecto de la adecuada administración de justicia es el razonable y responsable trato a los delinquentes, a ser posible en su propio entorno social. Así, la rehabilitación en lugar de la retribución constituye uno de los principales objetivos de la justicia penal".¹⁴²

¹³⁹ Las mismas fotografías también sirvieron para fundamentar una querrela interpuesta ante la AN española. Véase capítulo 6, apdo. 2.5.2.

¹⁴⁰ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction...*, op. cit., p. 28.

¹⁴¹ Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction. Strengthening this Essential Tool of International Justice*, Amnesty International Publications, Londres, 2012, p. 50.

¹⁴² REYDAMS, L., *Universal jurisdiction...*, op. cit., p. 164.

El Código penal holandés (*Wetboek van Strafrecht*) contiene las reglas de jurisdicción en los artículos 2 al 8.¹⁴³ El artículo 2 establece, con carácter general, el principio de territorialidad como principio básico. La jurisdicción extraterritorial ha estado tradicionalmente limitada al principio de protección de intereses así como al principio de personalidad activa, reconocidos por los artículos 4 y 5 respectivamente. Sin embargo, el principio de personalidad pasiva solo es de aplicación en los Países Bajos cuando un Tratado internacional ratificado por este país contiene una obligación inequívoca a este respecto.¹⁴⁴

En cuanto al principio de jurisdicción universal, este es aceptado para algunos delitos de carácter transfronterizo. En concreto, el Código penal contempla la jurisdicción universal para los delitos de piratería y de falsificación de moneda así como determinadas acciones terroristas cometidas contra aeronaves o buques marítimos, siempre y cuando en este último caso los presuntos responsables se encuentren en territorio holandés y que además haya sido cursada con carácter previo una solicitud de extradición y esta hubiese sido denegada (artículo 4).

La justicia universal aparece también consagrada en otro tipo de leyes, ajenas al propio Código penal. Así, la ley neerlandesa de implementación de la Convención contra la Tortura contempla el principio de jurisdicción universal, incluso de forma más amplia que en otros Tratados internacionales, pues la Convención no fue firmada incluyendo la reserva relativa a la obligación de juzgar o extraditar mencionada anteriormente, luego con este tipo de delitos la obligación alternativa opera con independencia de la existencia de una decisión previa de denegación de una solicitud de extradición.¹⁴⁵

Por otro lado, Holanda contaba desde 1952 hasta 2003 con una Ley penal específica para tiempos de guerra (*Wet Oorlogsstrafrecht*), adoptada originalmente para la implementación de las Convenciones de Ginebra de 1949. El artículo 3 de dicho instrumento estipulaba que la ley

¹⁴³ Código penal holandés, de 3 de marzo de 1881. Texto en inglés disponible en http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf (Consultado el 23 de abril de 2016).

¹⁴⁴ REYDAMS, L, *Universal jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 165. El autor sostiene que la tradicional oposición de la doctrina y la práctica judicial neerlandesas al principio de personalidad pasiva explica por qué este país esperó hasta 1988 para proceder a la ratificación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, *op. cit.*, p. 470.

holandesa era de aplicación a cualquier persona que cometiese una violación de los principios o costumbres de la guerra fuera de los Países Bajos.¹⁴⁶

La ley penal para tiempos de guerra fue sustituida en 2003 por una ley más moderna sobre crímenes internacionales en general. La sección segunda de esta disposición establece que se aplicará la ley holandesa a los responsables de la comisión de crímenes internacionales en ella contemplados (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y tortura) cometidos fuera de su territorio nacional, siempre y cuando la persona sospechosa se encuentre en los Países Bajos, o el crimen se cometa contra un nacional holandés o bien sea el nacional holandés el presunto autor de los hechos.¹⁴⁷

En esta misma línea de modernización, y con el objeto de ganar efectividad, Países Bajos ha creado recientemente unidades especializadas y dedicadas en exclusiva a temas de jurisdicción universal, compuestas por alrededor de 70 funcionarios encargados de investigar crímenes internacionales. Una estupenda iniciativa llevada a cabo por estas unidades especializadas consiste en el reparto de folletos en los centros de acogida de refugiados existentes en el país. Dichos folletos contienen información sobre el trabajo que realizan y sobre su mandato de perseguir crímenes internacionales con independencia del lugar de comisión de los mismos.¹⁴⁸

En cuanto a los procedimientos judiciales más significativos destaca el caso *Chili Komitee Nederland contra Pinochet*, por constituir este el primer intento de una ONG de accionar el sistema judicial de un tercer país para el enjuiciamiento del dictador. Con ocasión de una visita privada del General Pinochet a los Países Bajos, la ONG *Chile Committee* interpuso querrela con base en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, ratificada por ambos países, por dos casos de tortura cometidos en Chile en noviembre de 1989. Sin embargo, el Ministerio Fiscal rechazó apoyar la acusación (requisito imprescindible para iniciar el proceso en los Países Bajos), siendo mantenido este criterio con posterioridad por el Tribunal de Ámsterdam en apelación.¹⁴⁹ Este es un claro ejemplo del dilema que supone la presencia meramente transitoria de una

¹⁴⁶ REYDAMS, L., *Universal jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁷ Ley de Crímenes Internacionales, de 2003. Texto traducido al inglés disponible en http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/netherlands/netherlands_loi190603_entof.pdf (Consultado el 22 de abril de 2016).

¹⁴⁸ SCHURR, J., *op. cit.*, "Des enquêteurs spécialisés...", *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁹ Más información en REYDAMS, L., *Universal jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 169-171.

persona sospechosa de la comisión de un crimen internacional contemplado en un Convenio con cláusula *aut dedere aut judicare* en un tercer país.

Otro caso paradigmático fue el caso *Knesevic*, relacionado con los crímenes de guerra y de violencia étnica ocurridos en la antigua Yugoslavia en la primera mitad de los años noventa. Knesevic, refugiado de este país con residencia en los Países Bajos, fue denunciado por otros refugiados como criminal de guerra. El Magistrado instructor correspondiente negó la jurisdicción neerlandesa, afirmando que la Ley de Crímenes en Tiempo de Guerra solo era de aplicación a conflictos en los que los Países Bajos estuvieran involucrados. Sin embargo, interpuesto el correspondiente recurso, el Tribunal Supremo afirmó, en noviembre de 1997, que sí existía jurisdicción, pues el instrumento legal fue aprobado para dar cumplimiento a las Convenciones de Ginebra, que claramente establecen que los Estados Partes deben buscar a las personas sospechosas y enjuiciarlas en sus propios Tribunales, con independencia de su nacionalidad.¹⁵⁰

También destaca el caso *Wijngaarde y otros contra Bouterse*, ex dictador de Surinam y presunto responsable de los eventos conocidos como "asesinatos de diciembre", en los que murieron 15 opositores a su régimen, uno de ellos de nacionalidad holandesa. Como apunta Van Sliedregt, este asunto provocó un intenso debate en los Países Bajos sobre la relación entre el derecho penal nacional y el derecho internacional y sobre el contenido y el alcance de la jurisdicción universal.¹⁵¹ Si bien en un inicio, y después de un largo y complejo periplo judicial desde la interposición de la querrela, el Tribunal de Apelaciones entendió que Bouterse podía ser juzgado con base en el principio de jurisdicción universal por la comisión de crímenes de tortura como crímenes de lesa humanidad, el Tribunal Supremo sostuvo con posterioridad que una persona extranjera sospechosa de la comisión de actos de tortura no puede ser juzgada en los Países Bajos a menos que dicha persona se encuentre voluntariamente en territorio neerlandés.¹⁵²

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda, de 11 de noviembre de 1997. Citada en VAN SLIEDREGT, Elies, "International Crimes before Dutch Courts: Recent Developments", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, p. 902.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 896.

¹⁵² Sentencia del Tribunal Supremo holandés, de 18 de septiembre de 2001. Paralelamente, existe desde 1999 una orden de arresto emitida por parte de las autoridades holandesas contra Bouterse, ahora Presidente electo de Surinam, pues éste fue condenado *in absentia* por tráfico de drogas en dicha fecha.

Poco tiempo después, en octubre de 2005, la Corte de Distrito de La Haya imputó a dos nacionales afganos, antiguos miembros del servicio de inteligencia, por torturar a civiles entre 1985 y 1999, en el contexto de la guerra civil afgana. Resulta chocante que este proceso surgiese a raíz de una petición de asilo de ambos. Las autoridades de inmigración holandesas, tras el estudio de sus solicitudes, consideraron que estos podían ser responsables de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, dando traslado de sus sospechas a la Fiscalía, que formuló acusación contra ellos. Como señala Sliedregt, de este procedimiento surgieron dos importantes cuestiones legales: por un lado, la defensa de los acusados alegó la vulneración del derecho a la no incriminación de estos, dadas las circunstancias en las que se habían obtenido sus testimonios; por otro, debía valorarse la validez del ejercicio de jurisdicción universal sobre violaciones al art. 3 común a los Convenios de Ginebra, al no existir mandato al respecto en este instrumento en los relativo a conflictos de carácter no internacional.¹⁵³ La Corte de Distrito condenó a los acusados, siendo confirmada esta decisión posteriormente por la Corte de Apelaciones de La Haya, que consideró que la Ley de Crímenes de Guerra holandesa constituía base suficiente para el enjuiciamiento con base en el principio de jurisdicción universal.¹⁵⁴

Ryngaert destaca una reflexión contenida en la Sentencia de la Corte de Distrito, en virtud de la cual el Tribunal hacía referencia a la problemática que puede ocasionar para el juzgador occidental hacer frente a circunstancias y hechos tan diametralmente opuestos culturalmente, especialmente a la hora de valorar testimonios de testigos. El autor llama la atención sobre esta limitación estructural que entiende que afecta al ejercicio de la jurisdicción universal y recuerda, como hacía la Corte de Distrito holandesa, que "la batalla global contra la impunidad no debe cegarnos sobre el continuo papel que la presunción de inocencia debe juzgar en una sociedad basada en el Estado de Derecho".¹⁵⁵

Por otro lado, procede de los Países Bajos el segundo caso de jurisdicción universal civil en Europa, después del caso *Karadzic y Plavsic* francés de 2011.¹⁵⁶ El 21 de marzo de 2012 la Corte de Distrito de La Haya otorgó a Ashraf El-Hojouj un millón de euros como compensación

¹⁵³ VAN SLIEDREGT, E., "International Crimes before...", art. cit., p. 897.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Apelaciones de La Haya, de 29 de enero de 2007 (caso *Afganistán*).

¹⁵⁵ RYNGAERT, Cedric, "Universal Jurisdiction over Genocide and Wartime Torture in Dutch Courts: An Appraisal of the Afghan and Rwandan cases (2007)", *Hague Justice Journal*, vol. 2, núm. 2, 2007, p. 24.

¹⁵⁶ Véase punto 2.4 de este capítulo.

por las torturas sufridas en Libia, con base en el artículo 9 c) y d) del Código de Enjuiciamiento Civil neerlandés.¹⁵⁷ Estos preceptos permiten que un extranjero demande a otro por un agravio cometido en el extranjero, siempre y cuando el perjudicado no hubiese podido obtener una reparación de ninguna otra manera.

También debemos hacer mención a la condena emitida el 1 de marzo de 2013 contra Yvonne Ntacyobatabara Basebya, nacional de Ruanda pero residente en los Países Bajos, a seis años y ocho meses de prisión por incitación al genocidio.¹⁵⁸ De acuerdo con la Sentencia, Ntacyobatabara utilizó su influencia para contribuir a la atmósfera de violencia imperante en Ruanda y de forma repetida "cometió el crimen de llamar al genocidio públicamente".¹⁵⁹ Destaca en este caso que, durante el curso del procedimiento judicial, la policía neerlandesa se desplazó a Kigali, en el Distrito de Gikondo, para entrevistar a testigos. De hecho, a lo largo de todo el proceso más de 470 testigos fueron oídos en Ruanda, Canadá, Estados Unidos, Suiza, Australia, Bélgica, Países Bajos, Zambia y Kenia, constituyendo un buen ejemplo de cómo las dificultades prácticas que en principio plantean este tipo de procesos con base en el principio de jurisdicción universal pueden ser salvadas con una buena disposición por parte de los órganos de administración de justicia del país con competencia para el enjuiciamiento.

Para concluir, reseñaremos un proceso con base en el principio de personalidad activa que se encuentra actualmente en curso en los Países Bajos. En concreto, se trata de Sadeq Alamyar, un ciudadano holandés originario de Afganistán, antiguo Jefe de las Fuerzas de Comando del Ejército Afgano, que fue detenido en Rotterdam el 27 de octubre de 2015, acusado de la comisión de crímenes de guerra durante el conflicto iniciado en este país en 1978. En concreto, Alamyar, pendiente de que se decrete la apertura de un juicio oral por los hechos denunciados, es considerado responsable de la masacre de alrededor de 1,000 hombres y niños ocurrida en Karala, provincia de Kunar, el 20 de abril de 1979.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, de 21 de marzo de 2012 (*caso Ashraf El-Hojouj*).

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, de 1 de marzo de 2013 (*caso Basebya*).

¹⁵⁹ Más información en <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/3504/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html> (Consultado el 27 de abril de 2016).

2.7 Reino Unido

Reino Unido también ha sido un país históricamente muy reacio al principio de jurisdicción universal, gravitando todo su sistema procesal penal en torno al principio de territorialidad, como es característico de los Estados regidos por el *Common Law*. De hecho, los ingleses son tan poco proclives al enjuiciamiento de delitos cometidos en el extranjero que su Ley de Extradición permite la extradición de sus nacionales aun en el caso de no existir Tratados internacionales a este respecto.¹⁶⁰ No obstante, pueden encontrarse disposiciones relativas al principio de jurisdicción universal en tres textos legales ingleses: la Ley de crímenes de guerra de 1991, La Ley de las convenciones de Ginebra de 1957 y la Ley de la Corte penal internacional de 2001.

En cuanto a la Ley de crímenes de guerra de 1991, si bien tiene implicaciones extraterritoriales, difícilmente puede afirmarse que contenga el principio de jurisdicción universal en sentido estricto. Fue creada con la intención de dotar de competencia a los Tribunales ingleses para el enjuiciamiento de delitos cometidos en Alemania durante el período de la Segunda Guerra Mundial por personas que con posterioridad adquirieron la ciudadanía o residencia en el Reino Unido. La Sección Primera de esta disposición legislativa establece que serán juzgados por homicidio y asesinato los responsables de estos crímenes con independencia de su nacionalidad siempre que tales hechos se hubiesen cometido entre el 1 de septiembre de 1939 y el 5 de junio de 1945 y que los mismos constituyan una violación de las leyes y costumbres de la guerra.¹⁶¹ En abril de 1999, Anthony Sawoniuk fue condenado a cadena perpetua por la comisión de dos asesinatos llevados a cabo en 1942 en los territorios ocupados por los nazis, en la que constituye la primera y probablemente última condena con base en esta disposición legislativa.

La Ley de las convenciones de Ginebra de 1957¹⁶² presenta un ámbito de aplicación considerablemente más amplio. Esta determina, en su Sección 1.1, que los Tribunales del Reino Unido tendrán competencia para el enjuiciamiento de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra que sean cometidas, tanto dentro como fuera del país, independientemente de la

¹⁶⁰ *Extradition Act, 1989*, Sección 15.

¹⁶¹ *War Crimes Act, 1991*.

¹⁶² *Geneva Conventions Act, 1957*.

nacionalidad de sus autores. En 1995 la Ley fue modificada para introducir en su ámbito de aplicación los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra, I y II, de 1977.¹⁶³

Por su parte, la Ley de la Corte penal internacional de 2001 se encarga de incorporar a la legislación británica los crímenes de derecho internacional previstos en el ER. Las Secciones 51 y 68 comprenden las reglas de jurisdicción sobre este tipo de crímenes, determinando que los Tribunales del Reino Unido solo serán competentes para el enjuiciamiento de estos cuando sean cometidos fuera de territorio británico, si los presuntos responsables son nacionales o residentes en el Reino Unido en el momento de comisión de los hechos o pasaron a residir en este país con posterioridad a la comisión de los hechos pero siguen residiendo allí.¹⁶⁴

A pesar de esta reticencia del legislador del Reino Unido hacia el principio de jurisdicción universal, el sistema judicial inglés tuvo un gran protagonismo en uno de los casos de mayor relevancia internacional en relación con este tema: el caso *Pinochet*. En efecto, en 1998 el ex Presidente chileno, Augusto Pinochet, fue arrestado en Londres para ser extraditado a España, en ejecución de dos órdenes de detención internacional, de 16 y 18 de octubre de 1998, emitidas por el JCI núm. 5 de la AN española, por la presunta comisión de torturas, secuestros y asesinatos durante el transcurso de la dictadura. La tramitación del caso en España se analizará con detenimiento en el capítulo 5,¹⁶⁵ si bien merecen destacarse los principales hitos del procedimiento de extradición seguido en Reino Unido.

El 8 de octubre de 1999, el Magistrado Ronard Bartle, titular del Tribunal penal de Bow Street, decidió conceder la extradición a España de Augusto Pinochet, acusado de la comisión de 34 delitos de tortura y de conspiración para torturar, confirmando así la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Cámara de los Loes. En la primera decisión judicial sobre el asunto, sin embargo, la *High Court* de Londres había dictaminado, el 28 de octubre de 1998, que Augusto Pinochet no podía ser extraditado a España por gozar de inmunidad como ex Jefe de Estado.¹⁶⁶ Esta sentencia fue apelada por la Fiscalía de la Corona Británica ante la Cámara

¹⁶³ *Geneva Conventions (Amendment) Act*, 1995.

¹⁶⁴ *International Criminal Court Act*, 2001.

¹⁶⁵ Véase capítulo 5, apdo. 3.1.

¹⁶⁶ Sentencia de la *High Court of Justice*, de 28 de octubre de 1998 (The Lord Chief of Justice of England and Wales (Lord Bingham of Cornhill), Mr. Justice Collins and Mr. Justice Richards in the matter of an application for a writ of habeas corpus ad subjicendum Re. Augusto Pinochet Ugarte).

de los Lores, que se pronunció al respecto el 25 de noviembre del mismo año.¹⁶⁷ Dicha Sentencia negaba la inmunidad de Pinochet como Jefe de Estado y reconocía la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los hechos delictivos presuntamente cometidos por el dictador. Este fallo, no obstante, fue anulado porque la imparcialidad de uno de los Jueces fue cuestionada por su relación con la ONG Amnistía Internacional. El nuevo fallo de la Cámara de los Lores, integrada en este caso por otros Magistrados, se emitió el 24 de marzo de 1999, aceptándose el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía británica y permitiendo la extradición de Pinochet a España, si bien los tipos por los que se concedió esta (genocidio, terrorismo y torturas) quedaron reducidos a las torturas cometidas a partir de diciembre de 1988, fecha en la que Reino Unido ratificó la Convención contra la Tortura.¹⁶⁸

Como bien indica Castresana Fernández, entre la primera y la segunda resolución de la Cámara de los Lores se produjo un sustancial cambio, pues el Gobierno de Chile se personó para defender la inmunidad de Augusto Pinochet como Jefe de Estado. Como dice el autor: "Este cambio, unido quizá a las reacciones a favor del militar de personalidades tales como Margaret Thatcher, Georges Bush, el Dalai Lama o el Papa, a la incrementada reacción internacional con nuevas demandas de extradición, y a la experiencia adquirida después del primer debate sobre inmunidad, hicieron que en la segunda oportunidad se profundizasen los aspectos en discusión, y los lores se vieron obligados a resolver, prejulgar casi, sobre aspectos sustanciales de la extradición".¹⁶⁹

La decisión de la Cámara de los Lores tuvo una amplísima repercusión mediática y, en general, fue recibida positivamente por la doctrina debido a dos factores fundamentales: reconoce el carácter de crimen internacional del delito de tortura y, además, afirma que no cabe la inmunidad en relación con el mismo porque las torturas no pueden ser consideradas en ningún caso como actos de Estado. Castresana Fernández destacaba en relación con la misma

seis de los siete lores estimaron que todos los individuos son responsables por crímenes contra el derecho internacional, incluso aunque fueran Jefes de Estado al cometerlos, y frente a una imputación de esa naturaleza no puede oponerse el hecho de que tal responsable hubiese actuado en el

¹⁶⁷ Decisión de la Cámara de los Lores, de 25 de noviembre de 1998.

¹⁶⁸ Decisión de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999.

¹⁶⁹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, "Pinochet: balance provisional", *Jueces para la Democracia*, núm. 37, 2000, p. 8.

desempeño de sus funciones oficiales porque el derecho internacional no puede reconocer como oficiales los actos que constituyen crímenes según el propio derecho internacional.¹⁷⁰

Sin embargo, varios autores discreparon de la interpretación realizada por el Alto Tribunal. Así, por ejemplo, Comas d'Argemir apuntaba a que el delito de tortura estaba tipificado como tal en Chile y Reino Unido con anterioridad a la ratificación de la Convención por parte de los dos Estados. Además, señalaba que no solo debía tenerse en cuenta la Convención contra la Tortura sino también el Convenio Internacional de Secuestro y Toma de rehenes así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Así y todo, afirmaba "son cincuenta los casos de torturas, asesinatos y ejecuciones acreditados después de 1988 y hay mil doscientos desaparecidos de los que todavía no se ha dado razón alguna y que de acuerdo con la jurisprudencia internacional son delitos de carácter permanente que siguen todavía vivos. En consecuencia también por estos hechos podría ser juzgado, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas que consideran las desapariciones como una modalidad de tortura".¹⁷¹

El Juez Bartle, en su decisión de extradición de 8 de octubre de 1999, siguió este mismo razonamiento y amplió notablemente los delitos objeto de la extradición, siempre dentro de los márgenes de la Sentencia de la Cámara de los Lores. Así, añadió miles de casos de personas desaparecidas, al considerar las desapariciones forzadas como delitos continuados por cuya causa los familiares de las víctimas siguen sufriendo un dolor grave, físico o mental, en los términos del art. 1 de la Convención contra la Tortura. Contra esta Sentencia del Juez Bartle recurrió el Gobierno de Chile solicitando la liberación del dictador por motivos humanitarios. Finalmente el Ministerio del Interior británico decidió denegar la extradición, tras la realización de varios exámenes médicos, así que Pinochet nunca fue trasladado a España. A pesar de lo anterior, su caso constituye un hito histórico por haberse tratado de la primera vez que se aplicaba el principio de jurisdicción universal a un antiguo Jefe de Estado.

En relación con el tratamiento del principio de jurisdicción universal en el Reino Unido, también puede destacarse el proceso contra Faryadi Zardad, un "señor de la guerra" afgano, condenado a 20 años de prisión en 2007 por los cargos de conspiración para torturar por los

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ COMAS D'ARGEMIR CENDRA, Monserrat, "Pinochet a juicio", en *Jueces para la Democracia*, núm. 35, 1999, p. 99.

actos llevados a cabo en Afganistán durante los años 90.¹⁷² De igual forma, debe mencionarse el proceso contra el Coronel nepalí Kumar Lama, seguido por la comisión de torturas durante la guerra civil que asoló el país entre 1996 y 2006. Si bien el ex militar fue finalmente absuelto el 6 de septiembre de 2016, es de destacar que el señor Lama es la primera persona juzgada fuera de Nepal por crímenes cometidos durante la guerra civil. Además, se trata este del primer caso en la historia de Nepal en el que un miembro de las fuerzas de seguridad en activo es arrestado en un país extranjero por la comisión de crímenes internacionales.¹⁷³

La mayor controversia surgida en el Reino Unido en relación con el principio de jurisdicción universal se produjo, no obstante, en el momento en el que los Tribunales ingleses iniciaron procedimientos contra altos cargos del gobierno de Israel. En concreto, en diciembre de 2009 la ex Ministra de Asuntos Exteriores, Tzipi Livni, canceló un viaje previsto a Londres después de que un Juez de Instrucción admitiera a trámite la denuncia presentada contra ella por particulares por su presunta participación en la comisión de crímenes de guerra relacionados con la ofensiva a Gaza que tuvo lugar entre finales de 2008 y principios de 2009. Ya con anterioridad, en octubre del mismo año, el Vicepresidente de Israel, Moshe Yaalon, había cancelado otro viaje al Reino Unido al haber sido asesorado sobre la posibilidad de ser detenido en territorio inglés por su responsabilidad sobre el ataque aéreo que acabó con la vida de un líder de Hamas junto con la de 14 civiles.

Las fuertes presiones diplomáticas a las que Israel sometió al Reino Unido provocaron que el Parlamento inglés aprobara en 2011 la *Police Reform and Social Responsibility Act*,¹⁷⁴ según la cual actualmente se requiere el consentimiento de la figura equivalente al Fiscal General del Estado español antes de que el Juez Instructor emita una orden de detención producto de una investigación iniciada por denuncia de particulares con base en el principio de jurisdicción universal, lo que hace mucho más difícil el acceso de las víctimas a la justicia. Así, son escasísimas las investigaciones sobre crímenes internacionales llevadas a cabo en el Reino Unido. El país prefiere concentrar sus esfuerzos en la lucha contra el terrorismo, habiendo fusionado recientemente su unidad especial para crímenes de guerra con la dedicada al contraterrorismo.¹⁷⁵

¹⁷² Sentencia de la Corte de Apelaciones, División de lo Penal, de 7 de febrero de 2007

¹⁷³ Más información en <https://trialinternational.org/latest-post/kumar-lama/>

¹⁷⁴ *Police Reform and Responsibility Act*, 2011.

¹⁷⁵ TRIAL, ECCHR, FIDH y FIBGAR, *Universal Jurisdiction annual review 2016*, op. cit., p. 5.

2.8 Senegal

En la legislación penal senegalesa la jurisdicción es esencialmente territorial, al igual que sucede con la inmensa mayoría de países del continente africano. La extraterritorialidad se limita básicamente a los principios de personalidad activa y de protección de intereses. Las disposiciones relevantes sobre la materia se encuentran en el Título XII del Código procesal penal ("Crímenes y delitos cometidos en el extranjero") y, más en concreto, en los artículos 664 y 669. El Código procesal penal no contiene, sin embargo, ninguna cláusula relativa a la personalidad pasiva o al principio de jurisdicción universal.¹⁷⁶ No obstante, destaca que el artículo 79 de la Constitución otorga preeminencia a los Tratados internacionales ratificados frente al derecho interno senegalés.¹⁷⁷

Si Senegal es digno de mención en relación con el principio de jurisdicción universal es principalmente por el célebre caso *Habré*. En enero de 2000 siete nacionales chadianos así como una ONG de este país, en representación de las víctimas del régimen de Habré, interpusieron una denuncia ante un Juez de instrucción de Dakar, acusando al antiguo Jefe de Estado de la comisión de crímenes de lesa humanidad, tortura y actos de barbarie y desapariciones forzadas. Los denunciantes alegaron que el derecho internacional general obliga a Senegal a perseguir los crímenes de lesa humanidad con independencia del lugar de comisión de los mismos y que, además, los artículos 5 (2) y 7 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura obligan a reprimir este delito también con independencia del lugar en el que hubiera sido cometido. De acuerdo con estos razonamientos, el Juez de Instrucción imputó a Hissène Habré por la comisión de actos de tortura.

Ante la Corte de Apelaciones, Habré basó su defensa en tres motivos principales: falta de jurisdicción de los Tribunales de Senegal, violación del principio de legalidad y prescripción de los delitos según el derecho senegalés. La Corte resolvió favorablemente el recurso por falta de jurisdicción y sin entrar en los otros dos aspectos.¹⁷⁸ La Corte de Casación, por último, también dictó Sentencia en favor de Habré al afirmar que la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura carece de efecto directo.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Ley 66-61 de 21 de julio de 1965, del Código Procesal Penal.

¹⁷⁷ Constitución de la República de Senegal, de 22 de enero de 2001. Citada en REYDAMS, L., *Universal jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁸ Sentencia de la Corte de acusación de Dakar, de 4 de julio de 2000.

¹⁷⁹ Sentencia de la Corte de Casación, de 20 de marzo de 2001.

El fracaso del proceso abierto contra Habré en Senegal llevó a los demandantes a elegir Bélgica como foro en el que interponer una nueva denuncia con base en el principio de jurisdicción universal. Sin embargo, la negativa del Tribunal de Apelaciones de Dakar a admitir la solicitud de extradición procedente de las autoridades belgas frustró una vez más el intento de someter al dictador a un proceso judicial.¹⁸⁰

Como consecuencia de la negativa del Poder Judicial de Senegal a proceder a la extradición de Habré, Bélgica demandó a este país ante el TIJ que resolvió el conflicto por Sentencia de 20 de julio de 2012 a favor del país europeo. En concreto, la Corte Internacional concluyó que Senegal había violado las obligaciones dimanantes de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura al no haber entregado a Habré a las autoridades belgas con fines de investigación y enjuiciamiento, habiendo dado refugio al presunto criminal durante más de 20 años. El Tribunal, que afirmó que "la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y se ha convertido en una norma imperativa (*ius cogens*)",¹⁸¹ dictó que la República de Senegal debía proceder al enjuiciamiento de Hissène Habré lo antes posible o, en su defecto, proceder a su extradición.

Tan solo cuatro días después de la Sentencia del TIJ, Senegal firmó un acuerdo con la Unión Africana (UA) que consistía en juzgar a Hissène Habré en las ya citadas Salas Extraordinarias pertenecientes al sistema judicial senegalés, que finalmente condenaron al antiguo Jefe de Estado a cadena perpetua por la comisión de graves crímenes internacionales.¹⁸²

Esta es una sentencia histórica, al tratarse de la primera vez que un país africano aplica el principio de jurisdicción universal pero también por constituir la primera vez que un Estado procesa a un antiguo mandatorio de otro por violaciones de derechos humanos. El proceso en general demuestra, en definitiva, la utilidad del principio de jurisdicción universal como herramienta para el enjuiciamiento de graves violaciones de derechos humanos, que de haber quedado exclusivamente en manos del país de comisión de los hechos hubieran permanecido en la más absoluta impunidad.

¹⁸⁰ Véase apartado 2.3 de este capítulo.

¹⁸¹ Sentencia del TIJ, de 20 de julio de 2012 (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Belgium v. Senegal*), párr. 99.

¹⁸² Más detalles sobre este Tribunal híbrido así como sobre la Sentencia de condena en apartado 2.7 cap. 1.

Capítulo 4
El principio de jurisdicción universal
en el derecho internacional

1. El principio de jurisdicción universal en los tratados internacionales

1.1 Aspectos generales sobre los tratados internacionales y su relación con el derecho interno español

Continuando con este análisis teórico sobre la justicia universal, es necesario detenerse en el derecho penal internacional convencional al objeto de determinar la existencia o no de normas legales internacionales que contengan previsiones sobre el principio de jurisdicción universal, así como el carácter y la naturaleza de dichas previsiones.

En primer lugar, y al objeto de determinar las consecuencias del reconocimiento convencional de la justicia universal, será necesario determinar qué posición ocupan los tratados internacionales en el sistema de fuentes español. Ha de tenerse en cuenta que estos instrumentos presentan unas peculiaridades muy marcadas como fuente del Derecho, pues no son producto exclusivamente de la voluntad de los Estados sino fruto del acuerdo interestatal.

La primera particularidad en relación con los tratados tiene que ver con su eficacia, pues si bien desde la perspectiva internacional estos instrumentos son obligatorios para los Estados desde la ratificación de los mismos, desde el punto de vista interno estos solo despliegan efectos desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, como dispone el artículo 96.1 CE: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". Esta previsión constitucional está además plasmada en el art. 28 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.¹

En cuanto a la posición de los tratados en el sistema de fuentes español, resulta evidente su carácter infraconstitucional. Esta sujeción a la Constitución queda claramente mostrada por la posibilidad de que estos instrumentos sean sometidos a control de constitucionalidad. Como apunta Pérez Tremps, esta posición infraconstitucional se manifiesta en el propio artículo 95 CE, según el cual "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional". En efecto, en caso de existir una contradicción entre un tratado y la Constitución, habría que llevar a cabo una modificación de la Carta Magna para proceder a la ratificación de aquel. Sin embargo, como apunta el autor "si a pesar de la anterior previsión se ratifica un tratado contrario a la Constitución, el tratado es susceptible de ser declarado inconstitucional, lo que llevará aparejado su ineficacia interna, pero no exonerará al Estado español de la responsabilidad internacional en la que pudiera incurrir por inaplicar un tratado ratificado, pero no válido de acuerdo con el ordenamiento interno".²

Por otro lado, si bien los tratados se encuentran jerárquicamente situados por debajo de la propia Constitución, estos priman sobre cualquier otra norma interna, como estipula el ya citado artículo 96 CE, cuando afirma que las disposiciones convencionales "solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo

¹ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, pp. 96841 a 96859.

² PÉREZ TREMPES, Pablo, "Las fuentes internacionales y supranacionales", en LÓPEZ GUERRA, Luis (dir.), *Derecho Constitucional*, 9a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia vol. 1, 2013, p. 103.

con las normas generales del derecho internacional", precepto que otorga una especial fuerza pasiva a las mismas.

Esta fuerza pasiva especial no debe entenderse, sin embargo, como una relación jerárquica entre los tratados y las disposiciones de legalidad ordinaria. Nos encontramos más bien ante una relación de competencia "consistente en entender que las materias reguladas mediante un tratado internacional, y en la medida por él reguladas, quedan substraídas del ámbito de la ley interna, que, en consecuencia, no puede incidir en las mismas mientras se encuentren reguladas por un tratado".³

Una consecuencia necesaria de lo anterior es la siguiente: en caso de conflicto entre una disposición legal española y un Tratado internacional sobre una materia regulada por este, se aplicará preferentemente lo dispuesto por el instrumento internacional. La Sala Primera del TS ya acogía esta teoría en 1989, con ocasión de la resolución de un recurso en relación con un conflicto entre un convenio internacional y el Estatuto de los Trabajadores:

El Convenio, al haber pasado a formar parte del Ordenamiento jurídico español, tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores de posterior publicación, porque al garantizar la Constitución española el principio de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio (...), en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que lo especial (normas del aludido Convenio concretadas a preferencias de créditos sobre buques), no puede entenderse derogado por lo general (normas del mencionado Estatuto de los Trabajadores referente a éstos en general).⁴

Con posterioridad, esta doctrina ha quedado plasmada de forma expresa en el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, dedicado a la prevalencia de los Tratados internacionales: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".⁵

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia no. 404/1989 del TS, de 22 de mayo de 1989, FJ. 2.

⁵ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *op. cit.*

La segunda consecuencia, en relación con el tema que nos ocupa, también debería ser clara: aquellos Tratados internacionales que regulan la aplicación de la ley penal en el espacio, estableciendo foros de competencia para determinados delitos, deberán ser aplicables en España incluso aunque las leyes españolas dispongan lo contrario. Sin embargo, como veremos, esta teoría no ha sido tan pacíficamente recibida por la jurisprudencia española.

Por último, no puede obviarse, hablando del valor de los tratados internacionales en el sistema jurídico español, el artículo 10.2 CE, según el cual "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". El propio TC ya afirmaba en su temprana Sentencia 62/1982⁶ que, de acuerdo con este precepto, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de acuerdo con los citados instrumentos internacionales.

En efecto, a través del artículo 10.2 el sistema español de protección de derechos fundamentales conecta con el sistema internacional, reflejando una apertura de nuestra Constitución hacia el exterior que no evidencia sino la intención de ampliar y perfilar el reconocimiento y contenido de los derechos reconocidos constitucionalmente, de acuerdo con los cánones internacionalmente consensuados. En palabras de Gómez Fernández: "los derechos de la persona se transforman por mor de los dispuesto en el art. 10.2 CE en la clave de bóveda donde se unen, cruzándose para sustentar el modelo de cooperación interordinamental que trata de describirse, el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional".⁷

En cuanto a la interpretación de los tratados, la referencia por excelencia del derecho internacional la constituye la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y, más en concreto, sus artículos 31 a 33.⁸ La regla general de interpretación, contenida en el artículo 31.1, dispone que un Tratado "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente

⁶ STC 62/1982, de 15 de diciembre. F.J. 1.

⁷ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 417.

⁸ Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Instrumento de adhesión de España publicado en BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099 a 13110.

que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".⁹ Esta regla general de interpretación contiene, a su vez, tres principios fundamentales, así:

i) El clásico principio de buena fe del Derecho internacional, ya recogido en el artículo 2.2 de la Carta de Naciones Unidas ("Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta");¹⁰

ii) El principio de la primacía del texto, según el cual el texto constituye la expresión más acabada de la voluntad de las Partes del Tratado y cuyo sentido será determinado teniendo en cuenta no solo su literalidad sino también su contexto;

iii) El principio de la consideración del objeto y el fin del Tratado para su interpretación, como elemento de interpretación de tipo teleológico.¹¹

El TIJ ha reiterado en diversas ocasiones la validez de estos principios. Así, este órgano ha manifestado que "según el Derecho internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un Tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario a atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. La interpretación debe estar fundada ante todo en el texto del Tratado mismo".¹²

Por su parte, el artículo 32 de la Convención de Viena se refiere a la posibilidad de acudir a medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios del tratado así

⁹ Los apartados 2, 3 y 4 se refieren a aspectos más concretos. Así: "2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

¹⁰ Art. 2.2. de la Carta de Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

¹¹ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 13a. ed., (1973) 2002, pp. 165-166.

¹² Sentencia del TIJ, de 3 de febrero de 1994 (*Caso Jamahiriya Árabe Libia/Chad*).

como las circunstancias de la celebración del mismo, para determinar su sentido en caso de ambigüedad, mientras que el artículo 33 está dedicado a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

Los Tribunales españoles están, de esta forma, obligados a interpretar los tratados internacionales suscritos por España de acuerdo con las reglas de interpretación establecidas en el Convenio de Viena. Así lo ha establecido el propio TC en varias Sentencias. Entre ellas, destaca la STC 140/1995, de 28 de septiembre, en cuyo Fundamento Jurídico 4 el Tribunal se refiere a este aspecto en concreto, afirmando, en relación con una interpretación llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales nacionales sobre una excepción a la inmunidad de jurisdicción civil del Agente diplomático contenida en el Convenio de Viena de 1961, que dicha interpretación no resulta irrazonable o arbitraria si el precepto en cuestión de dicho instrumento internacional se interpreta, "como es obligado por su carácter de norma convencional internacional, de acuerdo a las "reglas de interpretación de los tratados" contenidas en los arts. 31 a 33 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, en el que España es parte".¹³

En España, la única norma interna específica sobre esta cuestión era el Decreto 801/1972, de 24 de marzo.¹⁴ Si bien este instrumento se encargó durante décadas de acomodar la normativa española a las exigencias del derecho internacional sobre la interpretación de los tratados y de dar respuesta a las remisiones de nuestro derecho al Convenio de Viena, ha quedado obsoleto debido a los innumerables cambios acaecidos tanto en la sociedad internacional como en el propio ordenamiento jurídico español. Por ello, fue derogado en 2014 por la ya citada nueva Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.¹⁵

La Ley 25/2014 contiene en su artículo unas 35 reglas sobre interpretación de los Tratados más específicas y completas.¹⁶ Estas reglas de interpretación, de origen internacional, resultan

¹³ STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ. 4.

¹⁴ Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales. Publicado en BOE núm. 85, de 8 de abril de 1972, pp. 6264 a 6267.

¹⁵ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, pp. 96841 a 96859.

¹⁶ Así, según el precepto: "1. Las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de Derecho Internacional, los consagrados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados y los contenidos en el propio tratado. 2. En la interpretación de los tratados internacionales constitutivos de Organizaciones internacionales y de tratados adoptados en el ámbito de una organización

determinantes, pues los Jueces y Tribunales españoles deberán acudir a ellas a la hora de dar sentido a las disposiciones convencionales de aplicación en nuestro país. En ocasiones, señalar el objeto y fin de los tratados resulta crucial para precisar el significado de ciertos preceptos. Como veremos, esta tarea alcanza un gran protagonismo en relación con los Tratados que regulan crímenes internacionales, pues en ocasiones la literalidad de los mismos no establece con claridad la obligatoriedad o no del enjuiciamiento de dichos delitos con base en el principio de jurisdicción universal por parte de los Tribunales nacionales.

Una vez determinados el valor y la eficacia de los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español, así como las reglas de interpretación de estos instrumentos, conviene señalar las eventuales consecuencias del incumplimiento del contenido de los mismos para los Estados Parte y, más en concreto, para España.

Ha de tenerse en cuenta que, en primer lugar, según como dicta el art. 60.3.b) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁷ constituye una violación grave "la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o fin del Tratado", lo que recuerda nuevamente la importancia de determinar en cada caso concreto el objeto o fin de cada instrumento internacional de sanción de crímenes internacionales.

Por otro lado, resulta determinante el "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos"¹⁸ pues, si bien es verdad que el texto no está actualmente en vigor y no constituye un tratado, sus disposiciones son en gran parte producto de la costumbre internacional, por lo que puede afirmarse que el propio proyecto constituye derecho internacional consuetudinario.¹⁹ En concreto, el artículo 2 del citado proyecto afirma que "hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en

internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización. 3. Las disposiciones de tratados internacionales afectadas por declaraciones formuladas por España se interpretarán conforme al sentido conferido en ellas. 4. Las disposiciones dictadas en ejecución de tratados internacionales en los que España sea parte se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan. 5. Las dudas y discrepancias sobre la interpretación y el cumplimiento de un tratado internacional del que España sea parte se someterán al dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia".

¹⁷ Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *op. cit.* Art. 60.3.b).

¹⁸ *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Quincuagésimo sexto período de sesiones, de 28 de enero de 2002. Art. 2.

¹⁹ MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal...*, *op. cit.*, p. 177.

una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado",²⁰ destacando el hecho de que tal obligación internacional puede provenir tanto del derecho convencional como del derecho internacional consuetudinario.²¹ El artículo 12 concreta al afirmar que "hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige dicha obligación, sea cual fuera el origen o la naturaleza de dicha obligación".²²

Es importante destacar que los Estados Parte en un Convenio o Tratado no pueden alegar, para el incumplimiento de alguna de sus disposiciones, la existencia de una norma contradictoria en su derecho interno, pues, como expone el artículo 3 del Proyecto, "la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno".²³ En el mismo sentido encontramos el artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. Este instrumento, al referirse a la cuestión del derecho interno y la observancia de los Tratados, afirma que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado".²⁴ Esto quiere decir, en definitiva, que el propio derecho internacional presupone la primacía de este frente a las legislaciones internas de los Estados.

El TIJ también se ha manifestado en este sentido, con motivo de la resolución del *Caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay*, que enfrentó a Argentina contra Uruguay en 2010: "El Uruguay no puede reclamar que estaba obligada a dar prioridad a su propia legislación, dado que no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", como lo establece el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que refleja una norma consuetudinaria bien establecida sobre el tema".²⁵ Varios años antes, el Tribunal ya había tenido la oportunidad de expresar su parecer en términos muy similares: "(...) es un principio generalmente aceptado de derecho internacional

²⁰ *Responsabilidad del Estado...*, loc. cit., art. 2

²¹ MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, op cit., p. 177.

²² *Responsabilidad del Estado...* loc. cit., art. 12.

²³ *Ibidem*, art. 3.

²⁴ Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, loc. cit. Art. 27.

²⁵ Sentencia del TIJ, de 20 de abril de 2010, (*caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay*), párr. 121.

que en las relaciones entre las Potencias contratantes de un Tratado, las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre aquellas del Tratado".²⁶

En sentido parecido también se pronunció el TPIY en la sentencia relativa al caso *Furundzija*, en la que profundiza sobre las consecuencias del incumplimiento del derecho internacional por parte de los Estados. Aunque la Corte internacional se refiere a los delitos de tortura en particular, sus aseveraciones pueden extenderse a todos los crímenes de *ius cogens* que suponen graves violaciones de los derechos humanos:

Normalmente, el mantenimiento o la aprobación de legislación nacional inconsistente con normas internacionales general responsabilidad del Estado y, consecuentemente, da lugar a la correspondiente reclamación de cese y reparación (*lato sensu*) solo cuando esa legislación es aplicada concretamente. Al contrario, en el caso de la tortura, el mero hecho de mantener en vigor o de aprobar legislación contraria a la prohibición internacional de tortura genera responsabilidad internacional del Estado. El valor de la libertad contra la tortura es tan grande que convierte en imperativa la exclusión de cualquier acto legislativo nacional que autorice o condone la tortura o cualquier otra forma que pueda producir ese efecto.²⁷

Teniendo en cuenta las reglas precedentes así como el hecho de que los tratados que sancionan graves crímenes internacionales, especialmente aquellos que contienen la regla de juzgar o extraditar, tienen como objeto y fin evitar la impunidad de tales delitos, podría suponer un ilícito internacional que un Estado en cuyo territorio se encontrase un presunto responsable de la comisión de tales crímenes no llevase a cabo las medidas necesarias para su enjuiciamiento o extradición.²⁸ Es decir, que cabría la posibilidad de que la propia omisión de los Estados en cuanto a la toma de medidas tendentes a combatir la comisión de crímenes internacionales así como al apresamiento y juzgamiento de los responsables de los mismos pudiese derivar en responsabilidad internacional para el Estado en cuestión. Esta parece, a mi juicio, una razonable posición si atendemos a la finalidad de las disposiciones internacionales presuntamente violadas, que no es otra más que la evitación de la impunidad de tales crímenes internacionales,

²⁶ Opinión consultiva del TIJ, de 26 de abril de 1988 sobre la "Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas".

²⁷ Sentencia del TPIY de 10 de diciembre de 1998, (caso *Furundzija*), *loc. cit.*, párr. 150.

²⁸ En este mismo sentido MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, *op. cit.* p. 178.

impunidad que tendría lugar, ciertamente, en casos de inacción de los poderes legislativos y judiciales de los países implicados.

2. El reconocimiento convencional del principio de jurisdicción universal

Resulta crucial el conocimiento de las disposiciones relativas a la jurisdicción penal en cada uno de los instrumentos internacionales que regulan los principales crímenes internacionales al objeto de determinar si la regulación española cumple, en sus pasados y actuales términos, con dichas obligaciones, así como verificar si los Tribunales estatales interpretan de forma correcta las obligaciones internacionales contraídas por nuestro país.

Ya podemos adelantar que en el estudio que sigue a continuación sobre los Tratados se observa una sensible dificultad para extraer reglas generales en torno al tema de la jurisdicción. Como muy bien expresa Comellas Aguirrezábal: "Del examen de todos estos Tratados pueden extraerse varias conclusiones: ni todos los Tratados que recogen el principio de jurisdicción universal tipifican crímenes internacionales, ni todos los crímenes internacionales están tipificados convencionalmente, y los Tratados que los tipifican no siempre recogen el principio de jurisdicción universal".²⁹

En efecto, resulta extremadamente complicado definir una pauta o criterio homogéneo en la práctica convencional referida a los crímenes susceptibles de ser objeto del principio de jurisdicción universal, presentando cada uno de ellos particularidades y matices variados.³⁰ Esta circunstancia entraña múltiples complicaciones a los Estados a la hora de definir y acotar el principio de jurisdicción universal en sus propios textos normativos, pues, como apunta García Sánchez, "los tratados internacionales deben ser la guía para los Estados nacionales a la hora de extender su jurisdicción fuera de sus fronteras, y así garantizar el respeto de los principios de derecho internacional, como el principio de respeto de las soberanías ajenas".³¹

²⁹ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, "La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, p. 77.

³⁰ BOLLO AROCENA, María D., *Derecho Internacional Penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, p. 379.

³¹ GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, "El Principio de Justicia Universal en el ordenamiento interno e internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. Época, núm. 2, 2004, p. 249.

En todo caso, y al margen de estos matices, es necesario resaltar, por las implicaciones que de este hecho se derivan, que el principio de jurisdicción universal solo aparece contemplado como una obligación en los Convenios de Ginebra, si bien la práctica totalidad de Tratados internacionales permiten su ejercicio, de forma más o menos expresa. Esto significa que, en la mayor parte de los casos, la atribución de la competencia para enjuiciar estos crímenes por parte de los Tribunales nacionales dependerá de la propia regulación interna de los países afectados más que de la literalidad de las convenciones y tratados ratificados por estos, al margen de las consideraciones que vendrán a continuación sobre el derecho consuetudinario en la materia. También es de resaltar, por otro lado, cómo varios de los instrumentos internacionales analizados incluyen la fórmula de juzgar o extraditar con carácter obligatorio, pero condicionada a la presencia del presunto responsable de los crímenes en el territorio del Estado en cuestión.

Cuestión clave, en todo caso, es la de discernir si el hecho de que un Tratado internacional califique un delito como crimen internacional significa automáticamente que está reconociendo la aplicación del principio de jurisdicción universal a ese delito, al menos con carácter facultativo, con independencia de la existencia en la literalidad de su articulado de foros de competencia obligatorios para los Estados. En este sentido, parece claro, a mi juicio, que aquellos instrumentos internacionales cuyo objeto y fin está claramente caracterizado por evitar la impunidad de ciertos crímenes internacionales están reconociendo, como mínimo de forma facultativa, el principio de justicia universal en relación con los mismos.

Sin embargo, el verdadero problema que presentan estos supuestos se da cuando las legislaciones internas de los Estados no contemplan la jurisdicción universal para estos delitos, en uso de la facultad otorgada por dichos tratados. O más aún, en aquellos casos en los que los Tratados internacionales sí prevén foros de competencia de manera explícita. En concreto, me refiero a aquellos supuestos en los que los instrumentos internacionales prevén la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales internos de un determinado país, mientras que la legislación nacional del mismo no reconoce este título de competencia. En estos casos, cierto sector de la doctrina opina que, tratándose de tratados *self-executing*, siempre que estos hubiesen sido ratificados por el Estado en cuestión, los foros de competencia por ellos contemplados podrían aplicarse de forma directa, pues estos ya forman parte de nuestro ordenamiento interno, según lo dispuesto por el artículo 96.1 CE. Así opina Bacigalupo Zapater

refiriéndose a la aplicación del principio de personalidad pasiva contenido en la Convención contra la Tortura de 1984

Por lo tanto, primera cuestión: ¿qué es necesario para instituir la jurisdicción española sobre estos delitos? Lo único necesario de acuerdo con nuestro orden jurídico es que tales hechos estén amenazados con pena en una ley en el sentido del art. 25.1. CE. La jurisdicción española solo depende de que una ley incrimine los hechos como delito. En consecuencia no es necesario que además se dicte una ley que ordene cumplir la Convención o que autorice el cumplimiento de la misma, pues el art. 96.1 CE determina que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, formarán parte del ordenamiento interno.³²

En todo caso, lo que sí resulta evidente es que en este tipo de supuestos el Estado en cuestión estaría incurriendo en responsabilidad internacional por incumplimiento de lo dispuesto en un tratado.

En cuanto a la clasificación de los delitos objeto de estudio, y ante la diversidad de concepciones en cuanto a la categorización de los mismos, se ha decidido dividirlos, a efectos sistemáticos, según lo dispuesto en el ER. Así, independientemente de las opiniones doctrinales que distinguen entre crímenes internacionales de primer y segundo grado o entre crímenes en sentido estricto y en sentido amplio, atenderemos a la distinción del artículo 5.1. ER,³³ que fija la competencia de este órgano judicial internacional exclusivamente para "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", en concreto: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Estos cuatro delitos serán destacados especialmente con respecto a los demás crímenes internacionales que, a pesar de la gravedad que presentan —especialmente los delitos de torturas y desapariciones forzadas—, no gozan del mismo reconocimiento convencional, al no contar con el *plus* de refuerzo que supone su calificación como "crímenes más graves" de forma autónoma por el ER, principal instrumento convencional de derecho penal internacional, al

³² BACIGALUPO ZAPATER, E., "Jurisdicción penal nacional...", art. cit. p. 221. En el mismo sentido GARCÍA SÁNCHEZ, B., "El Principio de...", art. cit., p. 267.

³³ Art. 5.1. ER.

margen de su consideración como crímenes de lesa humanidad si estos se dieran en el contexto requerido para ello.

3. Tratados sobre crímenes internacionales calificados como "más graves" por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional

3.1 Genocidio

A pesar de que el término 'genocidio' ya aparece en el acta de acusación de la Fiscalía del Tribunal Militar de Núremberg, así como en las exposiciones finales de las delegaciones francesa y británica,³⁴ la expresión como tal no figura en el Estatuto constitutivo de este Tribunal ni en la propia sentencia. Habrá que esperar, pues, a 1946 para encontrar una definición de genocidio en un instrumento internacional. El 11 de diciembre de ese año la AGNU aprobó la Resolución 96 (1), sobre el crimen de genocidio, definiendo este como "una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas".³⁵

Poco después, ante la necesidad de elaboración de un convenio específico que diera tratamiento al crimen de genocidio, la AGNU ordenó la creación de una Comisión Especial que se encargó de la elaboración de un texto, finalmente aprobado el 9 de diciembre de 1948: la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, a la que España no se adheriría hasta el 13 de septiembre de 1968.

Es de destacar, en primer lugar, como el artículo 1o. de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (CPSDG) califica este concreto delito como crimen internacional: "Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea en tiempo de paz o en

³⁴ *Ibidem*, p. 107.

³⁵ AGNU, Resolución 96 (1) de 11 de diciembre de 1946.

tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar".³⁶ Algún sector de la doctrina ha interpretado que la literalidad de esta afirmación contenida en la CPSDG resulta suficiente para la inclusión del genocidio en la órbita del principio de jurisdicción universal, bien sea solo con carácter facultativo.³⁷

En todo caso, como afirma Serrano Piedecasas, "las obligaciones impuestas a los Estados por la Convención se pueden resumir en un mandato general de 'castigar' los actos definidos por la Convención como genocidio".³⁸ Dicho mandato, según el autor, se traduciría en los siguientes deberes:

- a) Incorporación al derecho interno de disposiciones orientadas a hacer efectivos los preceptos de la Convención;
- b) obligación de juzgar a los presuntos responsables de la comisión de actos de genocidio;³⁹
- c) prohibición de considerar el genocidio como un delito de carácter político;
- d) adecuación del derecho nacional de forma que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique al delito de genocidio.⁴⁰

³⁶ Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Instrumento de adhesión de España publicado en el BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969, pp. 1944 a 1945. Art.1.

³⁷ Así, por ejemplo, GARCÍA SÁNCHEZ, B. "El Principio de...", *op. cit.*, p. 254.

³⁸ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y GARCÍA ARÁN, Mercedes, "La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española", en GARCÍA ARÁN, Mercedes, y LÓPEZ GARRIDO, Diego (coords.), *Crímen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 116.

³⁹ España cumplió con esta obligación al incorporar el delito de genocidio al Código penal en 1971, en concreto en su artículo 137 bis, como Delito contra el Derecho de Gentes: "Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional étnico, social o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes serán castigados: 1o. Con la pena de reclusión mayor a muerte, si causaren la muerte de alguno de sus miembros. 2o. Con la reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave. 3o. Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. En la misma pena incurrirán los que llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro". Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal. Publicado en BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1971, pp. 18415 a 18419.

⁴⁰ SERRANO PIEDECASAS, J. R., "La calificación de los...", art. cit., p. 116.

Además, la CPSDG define el delito de genocidio en su artículo 2 según los siguientes términos

En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total y parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.⁴¹

Esta definición ha contado con una amplia aceptación, como muestra el hecho de que tanto el Proyecto de Código de Crímenes contra Paz y la Seguridad de la Humanidad, como los Estatutos de los Tribunales para la antigua Yugoslavia, para Ruanda e incluso el propio Estatuto de la CPI la reproduzcan literalmente a la hora de fijar un concepto de genocidio. El propio CP español de 1995 claramente se inspira en el texto de la Convención en la redacción de su artículo 607, bajo la rúbrica "Delitos de genocidio", si bien añade la mención a un grupo "determinado por la discapacidad de sus integrantes".⁴²

El bien jurídico protegido por el delito de genocidio, que en ciertas ocasiones se ha confundido con el de los crímenes de lesa humanidad, no es el de castigar atentados llevados a cabo por motivos racistas o xenófobos. Como apunta Gil Gil, "el fin del precepto que nos ocupa es mucho más concreto: se pretende la protección de la existencia de determinados grupos humanos considerados estables, que constituyen el ámbito en el que se desarrolla el individuo en prácticamente todas las facetas sociales y culturales de su existencia y que forman el

⁴¹ CPSG, *loc. cit.*, art. 2.

⁴² Artículo 607. 1. "Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1o. Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros. 2o. Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149. 3o. Con la pena de prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150. 4o. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5o. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los numerales 2o. y 3o. de este apartado. 2. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente".

sustrato de la comunidad internacional, siendo en relación a su funcionalidad para el individuo, de importancia casi comparable a los propios Estados".⁴³

Como decíamos, la noción de genocidio se encuentra ampliamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Sin embargo, ciertos aspectos prácticos relacionados con este tipo de delito no gozan del mismo acuerdo unánime. Uno de estos aspectos, el que más nos interesa, tiene que ver con la aplicación de la jurisdicción universal. En relación con este aspecto, cabe señalar, en primer lugar, que la CPSDG no prevé expresamente la jurisdicción universal a efectos de represión. Eso sí, el artículo 6 de este instrumento internacional establece la jurisdicción obligatoria del Estado del territorio de comisión de los hechos o de un Tribunal penal internacional: "Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el art. 3o. serán juzgados por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción".⁴⁴

Del texto del artículo 6 no puede deducirse ninguna obligación en torno a la jurisdicción cosmopolita, pero es cierto que tampoco prohíbe ningún tipo de competencia, de forma que no supondría un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de Estados ajenos al lugar de comisión de los hechos delictivos. Es más, de la lectura de otros preceptos del Convenio parece extraerse que el espíritu de este instrumento internacional pasa por garantizar el enjuiciamiento de las personas responsables de este tipo de crímenes, evitando la impunidad de los mismos. Tanto el ya citado compromiso de "prevenir y sancionar" el genocidio que adoptan los Estados Partes en el artículo 1, así como el integrado en el artículo 5 de adoptar "las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables"⁴⁵ parecen apuntar en este sentido.

Ollé Sesé hace hincapié en este aspecto del Convenio. Así, según el autor: "Igual que sucedía con otros convenios anteriormente mencionados, la CPSG establece, como en aquellos, los casos en los que el ejercicio de la jurisdicción es obligatoria, pero se distancia en que no se

⁴³ GIL GIL, A., "El crimen de genocidio", art. cit., pp. 348-349.

⁴⁴ CPSDG, *loc. cit.*, art. 6

⁴⁵ *Ibidem*, art. 5.

limita a autorizar, o consentir, o no poner obstáculos a la competencia de los tribunales de otros Estados para conocer de este delito de acuerdo con sus leyes internas, sino que establece el compromiso de los Estados Partes de prevenirlo y sancionarlo y los compromete a incorporar a su legislación nacional las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación del Convenio".⁴⁶ En efecto, que el art. 6 del Convenio solo se refiera a la jurisdicción del territorio de comisión de los hechos o a la de un tribunal internacional no implica que prohíba otras: "Es imposible inferir en un razonamiento lógico que un precepto que no regula una institución jurídica —otras jurisdicciones— pueda implícitamente contemplarlas para atribuirle carácter subsidiario o para cualquier otro efecto".⁴⁷

Este también fue el criterio de la Sala de lo Penal de la AN, expresado así en su ya comentado Auto de 4 de noviembre de 1998

El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio —que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave— tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende.⁴⁸

En el mismo sentido se manifestó el TC en su célebre Sentencia 237/2005

Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de solo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente,

⁴⁶ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para...*, op. cit., pp. 438-439.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 382.

⁴⁸ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 4 de noviembre de 1998, FJ2.

no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio.⁴⁹

Por su parte, el TEDH con ocasión de la resolución del caso *Jorgic*, si bien admite que los Estado Parte del CSPDG no acordaron incluir el principio de jurisdicción universal sobre el delito de genocidio en el art. 6, están obligados por el art. 1 a prevenir y sancionar este crimen internacional, cuya prohibición es una norma de *ius cogens*. En vista de lo anterior, afirma el TEDH, "el razonamiento de los Tribunales nacionales según el cual el propósito de la Convención sobre el Genocidio, según lo expresado en dicho precepto, no excluía la jurisdicción para la sanción del genocidio por los Estados cuyas leyes establecen extraterritorialidad a este respecto debe ser considerada como razonable (y de hecho convincente)".⁵⁰

Sin embargo, cierto sector minoritario de la doctrina rechaza esta consideración y apunta a la subsidiariedad de las jurisdicciones nacionales. Así, encontramos la opinión de autores como Rodríguez Ramos y Gil de la Fuente en relación con el procedimiento judicial relativo al caso *Guatemala*

En efecto, el Convenio para la prevención y sanción de dicho delito de 1948, en vigor en España desde el 12 de diciembre de 1968, dispone en su art. 6 que las personas genocidas 'serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte penal internacional que será competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción'. Por tanto, parece acertado mantener que, para la persecución del genocidio cometido en un país extranjero, solo estaría justificada la intervención de los tribunales españoles en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según el citado Convenio, en este caso la guatemalteca o la Corte Penal Internacional que, por aplicación del art. 11 del Estatuto de Roma que establece la competencia territorial de la Corte, no sería posible.⁵¹

⁴⁹ STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 5.

⁵⁰ STEDH, de 12 de julio de 2007 (*Caso Jorgic c. Alemania*), párr. 68.

⁵¹ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, y GIL DE LA FUENTE, Juan, "Límites de la jurisdicción penal universal española (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)", *Diario La Ley*, núm. 5788, 26 de mayo de 2003, Año XXIV, (edición digital).

En todo caso, como decíamos, la anterior se trata de una opinión minoritaria. Para la mayor parte de la doctrina parece claro que el CPSDG permite, si bien no obliga, que los Estados contemplen el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento del delito de genocidio, opinión que comparto.

3.2 Crímenes de lesa humanidad

Para iniciar este apartado partiremos del concepto de crímenes contra la humanidad de Gil Gil, que define los mismos como "los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o de facto".⁵² La figura de los crímenes de lesa humanidad surgió como extensión de los crímenes de guerra al objeto de proteger bienes jurídicos personalísimos esenciales, tales como la vida, la integridad física o la libertad sexual, ante ataques masivos o sistemáticos perpetrados con la tolerancia o incluso participación del poder político.⁵³ Como afirma Gil Gil, "los crímenes contra la humanidad atentarían así directamente contra bienes jurídicos individuales, pero también contra un bien jurídico colectivo, cuyo portador es la comunidad internacional en su conjunto y ello precisamente sería lo que otorgaría a este crimen su carácter internacional".⁵⁴

Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad fueron definidos por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en concreto en el art. 6 c) del mismo, de la siguiente forma: "El asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron".⁵⁵

García Arán extrae tres notas básicas de las previsiones del EL en relación con los crímenes de lesa humanidad: se trata de una persecución de la disidencia política o ideológica, que

⁵² GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 151.

⁵³ GIL GIL, Alicia, "Crímenes contra la humanidad", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre 2016, p. 204.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, op. cit., art. 6 c).

supone una violación generalizada de los derechos humanos y que puede provenir de las autoridades del Estado o contar con su anuencia.⁵⁶ Se trata, como dice la autora, "de una definición abierta construida sobre unos hechos contra los derechos humanos que son constitutivos por sí mismos de delitos contra la vida, libertad, dignidad, etc. Y que pueden recibir distintas denominaciones en los ordenamientos (asesinato, coacciones, tortura, etc.), pero que pasan a integrarse en el concepto de crimen contra la humanidad cuando se les añade una nota específica: la persecución de la disidencia política o ideológica".⁵⁷

Con posterioridad, el Estatuto del TPIY también incluyó en su artículo 5 un catálogo de delitos como crímenes de lesa humanidad con el matiz de que estos se cometieran en el contexto de un conflicto armado, ya fuera interno o internacional.⁵⁸ Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del TPIR recogía el mismo catálogo de delitos, pero los mismos solo serían objeto de la competencia del Tribunal en el contexto de un "ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas".⁵⁹

Finalmente, el ER incluyó en su artículo 7.1 un catálogo más extenso y detallado de este tipo de crímenes:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.⁶⁰

⁵⁶ GARCÍA ARÁN, M., "La calificación de...", *art. cit.*, p. 130.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ En concreto: "a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos". Estatuto del TPIY, *op. cit.*, art. 5.

⁵⁹ Estatuto del TPIR, *loc. cit.*, art. 3.

⁶⁰ ER, *loc. cit.*, art. 7.

Del ER se desprende, pues, que los crímenes contra la humanidad constan de dos partes: las conductas típicas, por un lado y, por otro, el contexto en el que se deben enmarcar tales actos delictivos. Tal contexto vendría compuesto por los siguientes elementos comunes:

- 1) El ataque contra una población civil como manifestación de una política de un Estado o de una organización;
- 2) el ataque contra una población civil entendido como línea de conducta que implica la comisión múltiple y general o sistemática de los actos típicos;
- 3) el elemento subjetivo: la actuación con conocimiento del ataque.⁶¹

Como apunta Gómez Benítez, es precisamente el contexto o línea de conducta en la que se inscriben los actos delictivos lo que convierte en crímenes contra la humanidad estos hechos que, de forma independiente pueden ser constitutivos de otros ilícitos, encontrándose incluso algunos de ellos reconocidos en instrumentos convencionales autónomos.⁶² Sin embargo, también remarca el autor que "tales instrumentos jurídicos internacionales no los contemplan en su dimensión específica de crímenes contra la humanidad, es decir, como parte de una política de Estado u organización, o bien, si lo hacen, no prevén responsabilidad individual, o carecen de fuerza vinculante suficiente".⁶³

En efecto, no existe un tratado internacional que regule de forma específica los crímenes contra la humanidad, luego no puede decirse que exista una obligación convencional que establezca la jurisdicción universal para este tipo de delitos en su conjunto más allá de la propia jurisdicción de la CPI. No obstante, autores, como Abad Castelos, admiten la procedencia del principio de jurisdicción universal para este tipo de crímenes en el derecho consuetudinario, al menos a título facultativo.⁶⁴

⁶¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte penal internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el derecho penal español", en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 19-36.

⁶² *Ibidem*, pp. 19-20.

⁶³ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁴ ABAD CASTELOS, M., "La persecución restringida...", *op. cit.*, p. 75.

Otro instrumento dedicado a los derechos humanos, pero ya en desuso, es la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, cuyo artículo 1 establece el carácter de crimen de lesa humanidad que reviste este delito, es mucho más clara en relación con la jurisdicción universal. Así, su artículo 4 afirma lo siguiente

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan: (...) b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personal apátridas.⁶⁵

Por otro lado, señala el artículo 5 de la citada Convención

Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier Tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción.⁶⁶

En efecto, este instrumento internacional, no ratificado por España, establece sin ambigüedad la obligatoriedad de la jurisdicción universal para este tipo de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, como comentaba, esta Convención se encuentra prácticamente extinguida desde la desaparición del régimen del *apartheid* en Sudáfrica.

Otros delitos considerados como crímenes contra la humanidad también han sido regulados convencionalmente de forma específica. Es el caso de la esclavitud y de los delitos de torturas o de desaparición forzada, que serán examinados en este capítulo de forma independiente.

3.3 Crímenes de guerra

El derecho internacional humanitario o derecho de la guerra es un ordenamiento jurídico especial, regulador de una situación excepcional (como un conflicto armado) en la que se derogan

⁶⁵ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973. A/RES/3068 (XXVIII). No ratificada por España.

⁶⁶ *Ibidem*, art. 5.

determinadas prohibiciones que rigen en tiempos de paz, como puede ser la de matar a combatientes, siempre que no se vulneren determinadas reglas.

El derecho de la guerra es una disciplina relativamente reciente que se ha ido forjando a través de la celebración de sucesivas conferencias internacionales a partir del siglo XIX. El primer hito lo constituye la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864,⁶⁷ que dio lugar al nacimiento de la célebre Cruz Roja internacional. Sin embargo, fue tras la Segunda Guerra Mundial cuando la comunidad internacional se tomó en serio la tarea de tipificar los crímenes de guerra. Así, la Conferencia diplomática de 1949 elaboró los célebres cuatro Convenios de Ginebra: el I Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Destaca la existencia de un art. 3 común a todos los Convenios, relativo a una serie de mínimos que deben cumplirse en los conflictos de carácter no internacional.⁶⁸

Varios años después, en 1977, los Convenios de Ginebra fueron completados y modernizados por dos Protocolos Adicionales, dedicados, el primero de ellos a las víctimas de conflic-

⁶⁷ Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña.

⁶⁸ Artículo 3. Conflictos no internacionales: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

tos armados internacionales y, el segundo, a las dos los conflictos armados sin carácter internacional.⁶⁹

Así, como expone Liñán Lafuente, podemos diferenciar dos tipos de normas, dentro del conocido como "Derecho de Ginebra", en función de su ámbito de aplicación: "a) El Derecho humanitario bélico aplicable a los conflictos armados de carácter internacional, constituido por los cuatro Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I; b) el Derecho humanitario bélico aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional o interno, constituido por el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II".⁷⁰

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 constituyen los instrumentos más completos y detallados del derecho internacional humanitario, incluyendo una amplísima gama de prohibiciones y sanciones. Este conjunto de textos legales podría ser de aplicación incluso para Estados no firmantes de los mismos, pues sus infracciones constituyen crímenes internacionales de *ius cogens* y ya han alcanzado, como opina un amplísimo sector de la doctrina representado por autores como Bassiouni, la categoría de derecho internacional consuetudinario.⁷¹

No cabe duda acerca de la consideración de las violaciones graves del derecho de Ginebra como crímenes internacionales, pues ya el propio TIJ declaró el valor obligatorio general del art. 3 común a los Convenios de Ginebra en su Sentencia de 27 de junio de 1986, relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.⁷² Además —añade Liñán Lafuente que —la inclusión de estos crímenes tanto en los Estatutos de los Tribunales internacionales de Ruanda y la ex Yugoslavia como en el propio ER de la CPI ha confirmado "la existencia en el derecho internacional contemporáneo de una norma consuetudinaria de valor obligatorio y general que atribuye a la infracción del art. 3 de los Convenios de Ginebra una responsabilidad penal individual".⁷³

⁶⁹ Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977. Instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989, pp. 23828 a 2386.

⁷⁰ LIÑÁN LAFUENTE, A., "Los Crímenes de guerra", en *Derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 392.

⁷¹ BASSIOUNI, M. Ch., "Universal Jurisdiction for...", *op. cit.*, p. 29.

⁷² TIJ, Sentencia de 27 de junio de 1986 relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (*Nicaragua c. EE.UU.*).

⁷³ LIÑÁN LAFUENTE, A., en "Los crímenes de guerra", *op. cit.*, p. 394.

Los Convenios de Ginebra establecen con suficiente claridad, en una disposición común, la obligatoriedad de la jurisdicción universal, si bien matizada mediante la fórmula de juzgar o extraditar, para los crímenes de guerra considerados como graves. Así, según el texto de estos instrumentos: "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes".⁷⁴

Como vemos, el primer inciso del precepto establece la jurisdicción universal obligatoria para la persecución de las infracciones graves del derecho de la guerra, mientras que en el segundo inciso se contempla la cláusula de juzgar o extraditar, al ofrecerse la posibilidad al Estado Parte de entregar al presunto responsable a otro Estado para que sea juzgado, con la única condición de que en el país receptor existan cargos contra aquel. En cualquier caso, como bien apunta Martínez Alcañiz, "rige la máxima *primo prosequi, secundo dedere*, es decir, en primer lugar se debe buscar y perseguir (efecto de la jurisdicción universal primaria) y, en su defecto, se puede extraditar".⁷⁵

En efecto, los Convenios de Ginebra emplean la fórmula más habitual entre los tratados de derecho penal internacional a la hora de regular un marco competencial: la de la célebre y ya comentada obligación de juzgar o extraditar. No obstante, con carácter previo opera una obligación de buscar a los responsables de los crímenes en cuestión, en el caso de que estos no se encontraran en el territorio del Estado Parte, algo que distingue a los Convenios de Ginebra de otros instrumentos internacionales en los que la cláusula *aut dedere aut iudicare* solo opera una vez que el presunto responsable se encuentra en territorio nacional o, incluso, aquellos que requieren que medie una solicitud de extradición previa.

⁷⁴ Art. 49 del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 12 de agosto de 1949, publicado en el BOE núm. 236, de 23 de agosto de 1952. Disposición equivalente a los artículos 50, 129 y 146 de la II, III y IV Convención respectivamente, así como al artículo 85 del Protocolo Adicional I.

⁷⁵ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, op. cit., p. 219.

El carácter obligatorio de la jurisdicción universal para este tipo de crímenes ha sido confirmado por el TPIY en el caso *Tadic*, llegando a afirmar este órgano que las Convenciones de Ginebra establecen un sistema de jurisdicción universal obligatorio "basado en el concepto del deber y el derecho que tienen todos los Estados Contratantes de juzgar o extraditar a todas las personas presuntamente responsables de "infracciones graves".⁷⁶

Un sector de la doctrina, representado por autores como ORIHUELA CALATAYUD es contundente sobre la obligación de enjuiciamiento, si bien solo reconoce dicha obligatoriedad cuando los presuntos responsables se encuentran en el territorio en cuestión:

(...) la obligación de enjuiciar incluida en estas disposiciones no está condicionada al reconocimiento de la competencia de los jueces y tribunales nacionales en la legislación interna de los Estados parte, sino que la misma se ha conferido desde el momento en el que el Estado ha manifestado el consentimiento en quedar obligado por el tratado y este ha entrado en vigor. Los órganos judiciales de los Estados parte en estos convenios, con independencia de lo que establezca su Derecho interno, poseen jurisdicción, están capacitados para actuar contra dichas personas y obligados a hacerlo cuando los presuntos responsables se encuentren en su territorio.⁷⁷

Otros autores, como Sosa Navarro, también admiten sus dudas a este respecto: "(e) hecho de que en la construcción incluida en estos instrumentos no se haga referencia expresa al requisito de la presencia del acusado en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, desata dudas acerca del carácter configurador del requisito territorial para la activación de la obligación de extraditar o juzgar, al menos en relación a los más graves crímenes internacionales."⁷⁸

Sánchez Legido, por su parte, es mucho más contundente:

La consideración según la cual el artículo 146 del cuarto Convenio de Ginebra impone una obligación operativa *urbi et orbi*, independientemente de la presencia o no del sospechoso en el territorio, puede

⁷⁶ Decisión de 2 de octubre de 1995 de la Cámara de Apelaciones (caso *Tadic*, IT-94-1). *supra* nota 3, párr. 80.

⁷⁷ ORIHUELA CALATAYUD, E., "La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a raíz de las últimas reformas (2014 y 2015)", art. cit., p. 291.

⁷⁸ SOSA NAVARRO, M., *Aut dedere aut iudicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*, tesis doctoral dirigida por la Prof. Dra. Da. Ana Manero Salvador y el Pf. Dr. D. Carlos Fernández Liesa, Universidad Carlos III de Madrid, noviembre de 2013, p. 263. Añade la autora: "De ser así, podríamos hablar de una versión reforzada de la obligación de extraditar o juzgar, a caballo entre la obligación clásica que requiere, para su activación, la presencia del acusado en el territorio del Estado y el principio de jurisdicción universal, que reconoce la competencia de cualquier Estado para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de derecho internacional independientemente de su reconocimiento en instrumentos convencionales". *Ibidem*.

tener ciertamente encaje en el tenor literal del precepto, pero no resulta avalada ni por la interpretación del párrafo en su conjunto, ni por la práctica generalizada subsiguiente de los Estados, ni por la interpretación que del mismo parece haber hecho la Comisión de Derecho Internacional, ni por los propios trabajos preparatorios del precepto.⁷⁹

Bariffi defiende una posición parecida, según la cual la obligación que contienen los Convenios de Ginebra solo sería de aplicación entre los Estados beligerantes y respecto de los delitos cometidos en el territorio en el que se desarrolle el conflicto armado en cuestión, limitándose con respecto a los Estados neutrales a los hechos ocurridos en su territorio o a aquellos casos en los que los presuntos responsables se encontraran en su territorio. Así justifica el autor su postura: "(n) solo dar el derecho, sino obligar a cada Estado Parte, aunque se trate de un Estado neutral, que no tiene acceso al acusado, ni a las pruebas, ni a los testigos, que se encuentra a distancias enormes de los hechos ocurridos, que seguramente no conoce ni la cultura ni la lengua del acusado o de las víctimas, todo ello, parece una carga que, en la mayoría de los casos y con toda la mejor voluntad y disponibilidad de los Estados, no se encuentran en posibilidad de cumplir".⁸⁰

Se olvida Bariffi, parece ser, de la existencia de mecanismos de cooperación interestatal cuyo objeto es, precisamente, facilitar a los Estados el acceso a pruebas y declaraciones de testigos, que pueden encontrarse a gran distancia. En cuanto a la carga relacionada con el idioma o las diferencias culturales, estas dificultades podrían ser salvadas con la existencia de equipos especializados en la investigación de crímenes internacionales, formados para conocer las características especiales de este tipo de delitos.⁸¹

Más acertada me parece la opinión de autores como Garcés, para quien el artículo común a los Convenios de Ginebra es claro en cuanto a: "1) la irrelevancia de la nacionalidad del sospechoso, del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad de la víctima; 2) la obligación

⁷⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, A., "El fin del modelo...", *op. cit.*, p. 33.

⁸⁰ BARIFFI, Francisco José, "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009, p. 33. Apunta el autor, coherentemente con la teoría que defiende, los requisitos necesarios para activar la obligación de juzgar o extraditar contenida en los Convenios de Ginebra: "1. Debe tratarse de una violación grave de conformidad con las disposiciones de los Convenios. 2. Debe versar sobre hechos ocurridos en la jurisdicción de algún Estado que sea parte del Convenio que resulte pertinente. 3. El Estado Parte debe revestir carácter beligerante o en caso de neutral el acusado se debe encontrar bajo su jurisdicción. 4. En caso de optar por la extradición se requiere que la parte interesada haya formulado cargos suficientes". Ídem, p. 36.

⁸¹ Ídem, p. 36.

impuesta a cada Estado miembro, haya sido parte o no en el conflicto, de buscar y hacer comparecer ante sus tribunales a los sospechosos de graves infracciones del Convenio; 3) sin depender de ningún nexo prescriptivo de nacionalidad, territorialidad, personalidad pasiva o activa, ni de protección".⁸²

También Abad Castelos afirma con rotundidad que los Convenios de Ginebra incorporan el principio de jurisdicción universal de forma absoluta, incluso aunque no exista relación alguna entre el Estado que la ejerce y los hechos delictivos e independientemente de la presencia del presunto responsable en el territorio de dicho país. Cuestión distinta, aclara la autora, y este aspecto es importante, sería la posibilidad de celebrar un juicio *in absentia*, posibilidad que ordenamientos jurídicos como el español no permiten.⁸³

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización internacional de amplio reconocimiento y principal encargada de promover el respeto del derecho internacional humanitario así como su aplicación en las legislaciones nacionales, ha reiterado esta idea al afirmar que "las Convenciones de Ginebra establecen la jurisdicción universal obligatoria ya que obligan a los Estados Partes a procesar a las personas que presuntamente hayan cometido infracciones graves o a establecer los procedimientos necesarios para extraditar a dichas personas".⁸⁴ Añade el CICR que "los Estados deben establecer investigaciones legales o procedimientos incluso contra personas que se encuentren fuera de su territorio. Teniendo en cuenta que la extradición a otro país puede no ser una opción, los Estados deben contar en cualquier caso con una legislación penal que les permita procesar a presuntos culpables, independientemente de su nacionalidad o del lugar de comisión de los hechos".⁸⁵

En todo caso los Tribunales nacionales, ante una posible duda sobre la literalidad de los Convenios de Ginebra en cuanto a la obligatoriedad de aplicar la jurisdicción universal contenida en los mismos, han de acudir al objeto y fin de estos instrumentos internacionales, que no es

⁸² GARCÉS, Joan E., "La jurisdicción universal y las infracciones graves del IV Convenio de Ginebra de 1949", en *Tiempo de Paz, Recortes en la Justicia Universal*, op. cit., p. 55.

⁸³ ABAD CASTELOS, M., "La persecución restringida...", op. cit., p. 74.

⁸⁴ Informe del Secretario General de Naciones Unidas: "El ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal", Documento de Naciones Unidas A/66/93, de 20 de junio de 2011. Párrafo 124. Disponible en http://www.fd.uc.pt/igc/pdt/mne/varios/uj_3.pdf (Consultado el 9 de mayo de 2015).

⁸⁵ *Ibidem*.

otro más que evitar la impunidad de los crímenes de guerra, independientemente de la nacionalidad de los responsables así como del lugar de comisión de los mismos.⁸⁶

Por otro lado, debe realizarse una matización en torno a las conductas reflejadas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra así como en el Protocolo II, es decir, a aquellas cometidas en el contexto de conflictos internos. En relación a este tema, doctrina y organismos internacionales coinciden en afirmar que la obligatoriedad de la jurisdicción universal solo se refiere a los conflictos de carácter internacional, no a los conflictos que tienen lugar en el interior de los Estados.

El TPIY se posicionó en este sentido en el ya comentado caso *Tadic*: "Los Estados Partes en las Convenciones de Ginebra de 1949 no quisieron entregar a otros Estados jurisdicción sobre graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario cometidas en sus propios conflictos internos —al menos no el mandato de jurisdicción universal supuesto en el sistema de infracciones graves—".⁸⁷

Entre la doctrina, podemos destacar la opinión de Pignatelli y Meca en este mismo sentido, quien afirma que el principio de jurisdicción universal solo rige en el contexto de conflictos armados internacionales, atendiendo a lo establecido en los Convenios de 1949 así como en el Protocolo I Adicional de 1977, no pudiendo ser predicada la obligatoriedad del mismo en relación con las infracciones del artículo 3 común a los aludidos Convenios de Ginebra y del Protocolo II Adicional, esto es aquellas que se cometen en conflictos de carácter interno. Además, según el autor, "tampoco opera aquel principio, desde el indicado punto de vista positivo, en relación con los llamados actos contrarios o simples infracciones, aun cuando se cometan en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional, puesto que se circunscribe convencionalmente a 'las infracciones graves al presente' Convenio (en referencia a cualquiera de los cuatro Convenios de 1949) y a las 'infracciones graves del presente Protocolo' (en referencia al Protocolo I Adicional de 1977)".⁸⁸

⁸⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *Informe en Derecho: la obligación de España de perseguir los crímenes internacionales. A propósito del Caso Tibet*, Series Análisis Jurídicos, núm. 18, Febrero 2015, Rights International Spain. Disponible en <http://rightsinternational.spain.org/es/publicaciones> (Consultado el 20 de mayo de 2015).

⁸⁷ Decisión de 2 de octubre de 1995 de la Cámara de Apelaciones (asunto *Tadic*, IT-94-1). *supra* nota 3, párr. 80.

⁸⁸ PIGNATELLI y MECA, Fernando, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español: Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 76-77.

Valga añadir que, si bien es cierta esta ausencia de obligatoriedad en el seno de conflictos internos, los Estados tienen el derecho de establecer la jurisdicción universal para sus Tribunales nacionales sobre otras violaciones del derecho de la guerra, incluso aunque no se trate de violaciones graves del artículo 49. Esto incluye, según el propio CICR, "las violaciones graves del artículo 3 de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo II cometidas en el seno de conflictos no internacionales así como otros crímenes de guerra como los reconocidos por el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional".⁸⁹ Bollo Arocena resume la opinión doctrinal mayoritaria sobre este supuesto en las siguientes líneas:

Por todo ello, debemos concluir afirmando que es posible el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de conductas criminales cometidas en un conflicto armado, con independencia de que este sea interno o internacional. No tiene ninguna razón de ser la atribución de un tratamiento diferenciado a comportamientos similares por el mero hecho de que el contexto en el que se cometan sea distinto. No obstante lo anterior, y a diferencia de lo que ocurre con las infracciones graves en sentido estricto, nos encontramos ante una mera facultad de los Estados y no ante una clara y taxativa obligación de éstos, convencionalmente establecida.⁹⁰

3.4 Crimen de agresión

De los grandes crímenes internacionales, es el crimen de agresión el menos perfilado hasta el momento a nivel convencional a pesar de que, como afirma Maculan, se trata del crimen internacional por excelencia porque "por un lado, implica una necesaria violación de la paz internacional, y, por otro, lado, está intrínsecamente vinculado a un conflicto inter-estatal".⁹¹ La propia autora achaca los retrasos en la regulación de este crimen a sus propias características, dadas las intensas connotaciones políticas y diplomáticas que genera, al tener su origen en un ilícito internacional protagonizado por un Estado.⁹²

La primera definición de este delito data del EL, cuyo art. 6 a) entendía por el mismo, bajo la denominación de "crímenes contra la paz": "A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras

⁸⁹ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, "El ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal"..., *op. cit.*, párr., 126.

⁹⁰ BOLLO AROCENA, Ma. D., *Derecho Internacional Penal, op. cit.*, p. 383.

⁹¹ MACULAN, E., "El Crimen de agresión", en *Derecho penal internacional, op. cit.*, p. 417.

⁹² *Ibidem.*

de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados".⁹³

Tiempo después un Comité Especial sobre la Cuestión de la Definición de la Agresión fue creado en el seno de Naciones Unidas, fruto de cuyos trabajos la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, de 14 de diciembre de 1974, definía en su artículo 1 el crimen de agresión de la siguiente forma: "La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición".⁹⁴

Definición de muy similares características fue acuñada por el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, que ya instauraba la responsabilidad penal individual para este tipo de crimen en su artículo 16: "El particular que, ya como dirigente u organizador, participare activamente u ordenase la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de la agresión cometida por un Estado será responsable de la comisión de un crimen de agresión".⁹⁵ Sin embargo, el artículo 8 del citado Proyecto otorgaba la competencia del enjuiciamiento de este crimen a un Tribunal penal internacional de forma exclusiva, eliminando la posibilidad de que fuesen los Tribunales nacionales los que se encargasen del enjuiciamiento a menos que se tratase de un nacional de dicho Estado.⁹⁶

Este sistema se justifica en que sería contrario al derecho internacional que los Tribunales de un Estado determinaran si otro Estado ha cometido un acto de agresión. Así, como afirma Maculan, "la agresión es efectivamente un crimen internacional por excelencia, pues involucra necesariamente a dos Estados, y por esta razón parece mucho más adecuada su persecución y sanción por parte de un tribunal penal internacional".⁹⁷

Es innegable, en efecto, el elemento fuertemente internacional de este crimen que, recordemos, requiere con carácter previo la afirmación de la existencia de un acto de agresión por parte

⁹³ EL, *loc. cit.*, art. 6 a).

⁹⁴ AGNU, Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

⁹⁵ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, *op. cit.*, art. 16.

⁹⁶ *Ibidem*, art. 8.

⁹⁷ MACULAN, E., "El crimen de agresión", *op. cit.*, p. 430.

del órgano multilateral con competencia para ello, el CSNU. Sin embargo, tampoco podemos olvidar que la posibilidad del enjuiciamiento por Tribunales domésticos de los actos de agresión protagonizados por un individuo del propio Estado presenta el riesgo de convertirse, en palabras de Bollo Arocena, en una mera "operación de maquillaje",⁹⁸ con el fin de dar la apariencia de una depuración de responsabilidades.

Remiro Brotóns también es crítico con esta posición de la Comisión de Derecho Internacional, órgano encargado de la redacción de este Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad: "La posición de la Comisión parece infundada al hacer de la nacionalidad del agresor la única conexión legitimadora de una jurisdicción estatal porque: 1) presume que son nacionales quienes toman las decisiones que hacen de su Estado un agresor; y, 2) pasa por alto el interés legítimo del Estado agredido a ejercer la jurisdicción si la oportunidad se presenta, interés que puede ser también el de los países de nacionalidad o residencia de las víctimas".⁹⁹

Durante los trabajos preparatorios para la elaboración del ER, se discutió sobre la pertinencia de incluir el crimen de agresión. Finalmente, el art. 5 ER incorporó este crimen en el elenco de delitos de competencia del TPI. Sin embargo, este es el único de ellos que carece de definición en el Estatuto. Así, aunque la CPI contaba con competencia *ratione materiae* sobre el crimen de agresión, no podía ejercer su jurisdicción sobre el mismo al no existir definición ni estar comprendidas en el Estatuto las condiciones jurisdiccionales del mismo. El propio art. 5.2 ER disponía que "la Corte no ejercerá su competencia hasta que se apruebe una disposición, de conformidad con los artículos 121 y 123 del Estatuto, en que se defina el crimen, definición que deberá ser necesariamente compatible con las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas".¹⁰⁰ En palabras de Remiro Brotóns,

esta fue la fórmula a la que se acudió en el último minuto para salvar la credibilidad y la imagen de una Corte *in statu nascendi*, un compromiso entre quienes buscaban restringir la definición del crimen

⁹⁸ BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal, op. cit.*, p. 392.

⁹⁹ REMIRO BROTONS, A., "A vueltas con el crimen de agresión", *op. cit.*, p. 71. Añade más adelante: "La Comisión es, por otro lado, poco realista al entregar la competencia a los compatriotas del agresor, porque la diseminación fatal de la culpa del agresor al Estado, a sus instituciones, a sus ciudadanos, que probablemente consintieron, autorizaron o jalearon sus actos frente a enemigos tradicionales, tiene un efecto disuasorio, no sólo sobre la administración de justicia, sino sobre la misma previsión legal. ¿Cuántos ordenamientos estatales recogen el crimen de agresión? ¿Cuántos la jurisdicción sobre el mismo? Los Estados juzgan a los traidores (vencidos), no a los agresores (vencedores)?" Ídem, p. 72.

¹⁰⁰ ER, *loc. cit.*, art. 5.2.

y someter la jurisdicción de la Corte al control previo del Consejo de Seguridad y los que, en las antípodas, reclamaban una definición amplia del crimen y libertad de la Corte en su persecución. Además, para sofocar la sospecha de que el Estatuto servía la estética de los principios, reenviando *ad calendas graecas* su aplicación, la Conferencia de Roma encargó expresamente a la Comisión Preparatoria de la Corte la tarea de elaborar propuestas sobre la agresión.¹⁰¹

Dicha tarea culminó con la celebración de la Conferencia de revisión del ER, que tuvo lugar en Kampala entre mayo y junio de 2010, donde el tema del crimen de agresión constituyó una cuestión prioritaria. Así, fruto de la misma se aprobaron dos importantes enmiendas al Estatuto, para cuya entrada en vigor es necesario que se cumplan ciertos requisitos comprendidos en los artículos 15 bis 1-3 y 15 ter 1-3.¹⁰²

En primer lugar, se introdujo un nuevo art. 8 bis, que definía de forma detallada los conceptos de "crimen de agresión" y "acto de agresión".¹⁰³ Destaca de esta definición que el sujeto activo del crimen de agresión debe ser una persona que esté "en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado" y, por otra parte, que tal acto de agresión no puede ser cualquier ataque sino que debe constituir "por sus características,

¹⁰¹ REMIRO BROTONS, A., "A vueltas con el crimen de agresión", *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁰² Al menos 30 Estados Parte deben ratificar las enmiendas, debe transcurrir un año desde estas 30 ratificaciones para que la CPI pueda conocer de estos crímenes y al menos dos tercios de los Estados Parte deben consentir a otorgar dicha competencia, no antes del 1 de enero de 2017. Más información en QUESADA ALCALÁ, Carmen, "El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global", en *Cuadernos de Estrategia*, 160, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 77-116.

¹⁰³ "1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos".

gravedad y escala" una "violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas". Es decir, que nos encontramos, como afirma Remiro Brotóns, ante "un crimen de líderes, *le crime de la crème de la crème*, incluidos junto a las autoridades oficiales o institucionales, los representantes de los poderes fácticos; pero para ello no basta con agredir, con violar la Carta, hay que hacerlo a lo grande".¹⁰⁴

Por otro lado, los nuevos artículo 15 bis y 15 ter establecen las condiciones para el ejercicio de competencia de la Corte, en los supuestos de remisión del caso en cuestión por un Estado o *motu proprio* (art. 15 bis) o bien por el CSNU (art. 15 ter).¹⁰⁵ Según el texto de la enmienda, el Fiscal de la CPI está autorizado a iniciar de oficio o a instancia de un Estado un procedimiento por un crimen de agresión, incluso sin que medie una calificación como tal por parte del CSNU. Sin embargo, el CSNU sí está habilitado para bloquear dicha investigación. En todo caso, el crimen de agresión solo podrá ser juzgado cuando sus autores fuesen nacionales de alguno de los Estados que hayan aceptado la competencia de la CPI. Así lo dispone una de las Resoluciones aprobadas en la Conferencia: "Se entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado".¹⁰⁶ Como afirma Maculan, "esta precisión sugiere que los Estados tienen un margen de intervención bastante reducido respecto de este crimen, es decir, los supuestos en los que su jurisdicción se basa en el principio de personalidad activa, ello es, cuando el sujeto activo del crimen es un nacional de ese Estado".¹⁰⁷

A pesar de estas limitaciones, no puede negarse que los cambios introducidos en el ER como consecuencia de la Conferencia de Kampala suponen un gran avance en materia de jurisdicción universal. Así, si bien parece cerrada la puerta a que los Tribunales nacionales puedan proceder al enjuiciamiento de presuntos responsables de actos de agresión con base en la justicia cosmopolita, pues esta posibilidad ha sido descartada por la propia Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, al menos en un futuro próximo existirá un Tribunal internacional con competencia para el enjuiciamiento de este tipo de crímenes internacionales, aunque de forma limitada.

¹⁰⁴ REMIRO BROTONS, A., "A vueltas con el crimen de agresión", art. cit., p. 62.

¹⁰⁵ Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010. Publicado en BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2014, pp. 72966 a 72970.

¹⁰⁶ Resolución RC/Res.6, El Crimen de Agresión, aprobada por consenso en la 13a. sesión plenaria el 11 de junio de 2010 (Anexo III).

¹⁰⁷ MACULAN, E., "El crimen de agresión", art. cit., p. 431.

4. Tratados sobre otros crímenes internacionales

4.1 Piratería

En relación con el delito de piratería, ya se ha expuesto en esta obra¹⁰⁸ cómo el principio de jurisdicción universal ha sido tradicionalmente aceptado en relación con este tipo de crímenes, siempre de forma facultativa, pudiéndose afirmar que precisamente su represión dio origen a este título competencial. Las características de la piratería hacen, pues, que esta pueda incluirse en el elenco de crímenes de *ius cogens*, si bien su introducción en esta categoría responde más a la amplia aceptación estatal por cuestiones históricas o de índole práctico que a la naturaleza de las prácticas de piratería que, en mi opinión, no revisten la misma gravedad que el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad o el crimen de agresión.

Durante los siglos XIX y XX varios convenios internacionales contemplan el principio de justicia universal en relación con el delito de piratería, cristalizando de esta forma la base consuetudinaria del mismo.

El primero de estos instrumentos internacionales es el Tratado de Lima para Establecer Reglas Uniformes en Materia de Derecho Internacional Privado de 1878, cuyo artículo 34.3 establece la competencia de los tribunales internos por determinados delitos cometidos fuera del país, incluyendo entre ellos la piratería.¹⁰⁹ Posteriormente, el Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889 también consagra de forma clara el principio de jurisdicción universal en relación con la piratería en su artículo 13.¹¹⁰

¹⁰⁸ Véase capítulo 1, apdo. 1.2.

¹⁰⁹ Artículo 34: "Los que delinquieren fuera del país, falsificando la moneda nacional, billetes de banco de circulación legal, títulos de efectos públicos u otros documentos nacionales, serán juzgados por los tribunales de la República, conforme a sus leyes, cuando sean aprehendidos en su territorio o se obtenga su extradición. También son competentes los tribunales nacionales para juzgar: 1o.—A los ciudadanos de la República que hubieren cometido en país extranjero un delito de incendio, asesinato, robo o cualquier otro que esté sujeto a la extradición, siempre que haya acusación de parte o requerimiento del Gobierno del país en que el delito se hubiere cometido. 2o.—A los extranjeros que, habiendo cometido los mismos delitos contra ciudadanos de la República, vengán a residir en ella, siempre que preceda acusación de parte interesada; y 3o.— Los piratas". Tratado para establecer Reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado firmado en Lima el 9 de noviembre de 1878.

¹¹⁰ Artículo 13: "Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes". Tratado sobre Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889 en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. Texto disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf

También es reconocida la jurisdicción extraterritorial para la piratería en la Convención de Derecho Internacional Privado, más conocida como Código de Bustamante, de 1928.¹¹¹ Destaca además este instrumento internacional por su contenido sobre cooperación internacional en materia de extradición, pues este consagra el principio de juzgar o extraditar.¹¹²

Años después, el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 19 de marzo de 1940 contempla el principio de jurisdicción universal respecto a la piratería otorgando, sin embargo, preferencia a la jurisdicción del Estado de comisión de los hechos delictivos, concediéndole la facultad de solicitar la extradición de los presuntos responsables de este y otros delitos.¹¹³ Sin embargo, y pese a la existencia de todos estos instrumentos internacionales, no fue hasta la firma del Convenio de Ginebra, de 29 de abril de 1958, sobre alta mar, cuando se consagró la primera definición del delito piratería,¹¹⁴ estableciendo la jurisdicción universal para el mismo, de manera facultativa, en su artículo 19.¹¹⁵

Este repaso por los instrumentos internacionales que codificaron el derecho consuetudinario en relación con la justicia internacional sobre los crímenes de piratería concluye con la

¹¹¹ Artículo 307: "También estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados, los que cometan fuera del territorio un delito como la trata de blancas que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional". Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928.

¹¹² Artículo 344. "Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, cada uno de los Estados contratantes accederá a la solicitud de cualquiera de los otros para la entrega de individuos condenados o procesados por delitos que se ajusten a las disposiciones de este título, sujeto a las provisiones de los tratados o convenciones internacionales que contengan listas de infracciones penales que autoricen la extradición". Artículo 345. "Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo". Ídem.

¹¹³ Artículo 14: "La piratería internacional, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos, quedan sujetos a la jurisdicción y ley del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes, cualquiera que sea el lugar donde se cometan dichos delitos, sin perjuicio del derecho de preferencia que compete al Estado en el cual los hechos delictuosos sean consumados, de solicitar, por vía de extradición, la entrega de los delincuentes". Tratado de Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940 en el Segundo Congreso Suramericano de Derecho Internacional Privado.

¹¹⁴ Artículo 15: "Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación: 1) Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido: a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos. b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado. 2) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata. 3) Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrs. 1 y 2 de este artículo". Convención sobre Alta Mar, hecha en Ginebra el 29 de abril de 1958. *op. cit.*

¹¹⁵ Art. 19: "Todo Estado puede apresaran alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave. Los Tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que deben imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes, dejando a salvo los intereses legítimos de terceros de buena fe". Ídem.

Convención de Montego Bay sobre el derecho del mar que destaca especialmente por establecer la obligatoriedad de la cooperación estatal en la represión de la piratería en alta mar o en aquellos lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado.¹¹⁶ Este Tratado estableció, además, el derecho de apresamiento de buques o aeronaves piratas, la detención de personas a bordo y la incautación de bienes en alta mar o cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado así como el derecho de visita de los buques de guerra respecto de otras embarcaciones en caso de razonable sospecha de su dedicación a la piratería.¹¹⁷

A modo de conclusión, y teniendo en cuenta los instrumentos internacionales más modernos en relación con la piratería, la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre la Alta Mar y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, podemos decir que, como hemos visto, ambos textos admiten la posibilidad de que los piratas sean enjuiciados por los órganos judiciales del Estado de apresamiento de los mismos. En todo caso, los dos Tratados contemplan la jurisdicción universal como una mera facultad de los Estados y no como una obligación absoluta de proceder al apresamiento y posterior enjuiciamiento de los piratas. Será, pues, la legislación interna de cada país la que habilite o no a sus Tribunales para el enjuiciamiento de este tipo de delitos.

4.2 Esclavitud y tráfico de personas

A pesar de que la Declaración del Congreso de Viena de 1815 asimiló el tráfico de esclavos con la piratería y de que esta práctica es considerada por autores de renombre, como Bassiouni, como un crimen internacional de *ius cogens*,¹¹⁸ la jurisdicción universal no ha tenido tanto reconocimiento convencional en relación con la esclavitud como con la piratería.

Del análisis del texto de los primeros instrumentos internacionales que regularon las prácticas relacionadas con la esclavitud se deriva que solamente unos pocos de ellos establecieron la jurisdicción universal de forma facultativa, permitiendo que los Estados pudieran apli-

¹¹⁶ Artículo 100: "Deber de cooperar en la represión de la piratería. Todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado". Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, *op. cit.*

¹¹⁷ Artículos 105 y 110 de la citada Convención, respectivamente.

¹¹⁸ BASSIOUNI, M. Ch., "Universal Jurisdiction for...", *op. cit.*, p. 26.

carla si así lo disponían sus legislaciones. Convenciones como la relativa a la "trata de blancas"¹¹⁹ o incluso el Convenio sobre el Trabajo Forzoso¹²⁰ carecen de disposiciones sobre el principio de jurisdicción universal. Por otro lado, en aquellos casos en los que el tráfico de esclavos ha tenido lugar en alta mar esta práctica ha gozado del mismo tratamiento que el delito de piratería, con el consiguiente reconocimiento del principio de jurisdicción universal.¹²¹

Con respecto a la explotación sexual de las personas, los instrumentos internacionales han permitido que los Estados establezcan libremente los títulos competenciales en virtud de su legislación interna, permitiendo la jurisdicción universal pero sin establecer el carácter obligatorio de la misma. Bassiouni expone su opinión sobre los motivos de esta tendencia: "Esto puede ser explicado en parte por el hecho de que estas prácticas son conducidas por medios de tránsito a través del territorio de los Estados y que la última etapa de dicho tráfico es la explotación en el territorio de un Estado. Como consecuencia de ello, un Estado puede ejercer jurisdicción penal territorial para combatir este crimen internacional sin la necesidad de la jurisdicción universal".¹²² Esta posición neutral adoptada por el derecho internacional queda claramente plasmada en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949, que contempla de forma general el principio de territorialidad para el enjuiciamiento de los crímenes relacionados con la misma en sus artículos 1 y 2, así como el principio de personalidad activa de manera subsidiaria en su artículo 9. Además, el artículo 11 establece que "ninguna de las disposiciones del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de prejuzgar la actitud de cualquiera de las Partes respecto a la cuestión general de los límites de la jurisdicción penal en derecho internacional".¹²³ A más abundamiento, el artículo 12 matiza que el citado Convenio "no afecta al principio de que las infracciones a que se refiere habrán de ser definidas, enjuiciadas y castigadas, en cada Estado, conforme a sus leyes nacionales".¹²⁴

¹¹⁹ Es el caso del Convenio Internacional para la Represión de la "Trata de Blancas", de 4 de mayo de 1910, de la Sociedad de Naciones.

¹²⁰ Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, de 28 de junio de 1930 (Convenio núm. 29) de la Organización Internacional del Trabajo.

¹²¹ Así el artículo 13 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre Alta Mar o el artículo 99 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ya citadas.

¹²² BASSIOUNI, M. Ch., "Universal Jurisdiction for...", *op. cit.*, p. 26.

¹²³ Art. 11. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950. Instrumento de adhesión de España publicado en el BOE núm. 230, de 25 de septiembre de 1962, pp.13506 a 13508.

¹²⁴ *Ibidem*, art. 12.

Varias décadas más tarde, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional,¹²⁵ continúa con la misma línea de neutralidad en cuanto al tema de los títulos de competencia, pues no dispone de ningún precepto relativo a la jurisdicción universal.

En todo caso, resulta innegable que la esclavitud sexual puede constituir la materialización tanto de un crimen de lesa humanidad como de un crimen de guerra. Así lo dispone el propio ER. En el primer de los casos, que la explotación sexual sea considerada como un crimen de lesa humanidad, los Elementos de los Crímenes precisan los siguientes requisitos:

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad¹⁸.
2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.¹²⁶

En el segundo de los casos, para que la esclavitud sexual sea considerada como un crimen de guerra es preciso que se haya cometido en el contexto de un conflicto armado, tanto interno como internacional, mediando conciencia del autor sobre las circunstancias de este.¹²⁷

Mención aparte merece otra práctica relacionada con la esclavitud: el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Este fenómeno es regulado por otro Protocolo de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.¹²⁸ Puede decirse que este instrumento reconoce de

¹²⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44083 a 44089.

¹²⁶ Art. 7.1.g-2 Elementos de los Crímenes

¹²⁷ Arts. 8.2.b.xxii-2 y 8.2.e.vi-2 Elementos de los Crímenes.

¹²⁸ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003, pp. 43796 a 43804.

manera implícita la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal en relación con un supuesto de hecho muy concreto, como es el tráfico de migrantes por mar mediante buques sin bandera.¹²⁹

En todo caso, tanto el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes como el relativo a la Trata de Personas incluyen, por remisión a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, la manida fórmula permisiva de la jurisdicción universal. Así, el artículo 15.6 de la Convención: "Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno".¹³⁰

4.3 Delitos de tortura y desapariciones forzadas

Si bien este delito es considerado como un crimen de primer grado o de *ius cogens* tanto por la jurisprudencia internacional como por la doctrina científica mayoritaria e incluso recibe tal denominación en los Principios de Princeton, por las razones sistemáticas ya expuestas aparece recogido en el presente apartado al no estar comprendido en el ámbito de aplicación del ER.

El delito de tortura fue regulado por primera vez a nivel internacional por la Convención contra la Tortura de 1984.¹³¹ El artículo 5 de esta Convención establece lo siguiente:

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas neces-

¹²⁹ "Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda". *Ibidem*, art. 8.7.

¹³⁰ Art. 15.6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Publicado en el BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, págs. 35280 a 35297. Si bien, el artículo 4.2 de este Tratado también establece que "Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades".

¹³¹ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, pp. 33430 a 33436.

rias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo". 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.¹³²

El Convenio establece un catálogo totalmente abierto y permisivo en relación con los foros de competencia aplicables al delito de tortura. Así, el artículo 5 de la Convención impone, en primer lugar, el principio de territorialidad y el de personalidad activa y personalidad pasiva, si bien este último con carácter facultativo.¹³³

El apartado segundo, por su parte, consagra el principio de juzgar o extraditar, el cual es desarrollado posteriormente en el artículo 7.1 de la propia Convención: "El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento".¹³⁴ Si bien podría entenderse que ambos preceptos establecen el principio de juzgar o extraditar condicionado a que el Estado Parte en cuestión hubiese denegado una solicitud de extradición formulada por otro Estado competente, el Comité contra la Tortura, órgano encargado de la interpretación del Convenio, es claro en este sentido, negando la existencia de tal condicionamiento: "(...) la obligación de procesar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud para su extradición. La alternativa disponible para el Estado Parte en el marco del artículo 7 de la Convención solo existe cuando se ha realizado una solicitud de extradición y pone al Estado Parte en la posición de tener que elegir entre (a) proceder a la extradición o (b) someter el caso a sus propias autoridades judiciales

¹³² *Ibidem*, art. 5.

¹³³ En relación con este último punto, Bueno Arús considera que el añadido "si el Estado lo considera apropiado" en relación con el principio de personalidad pasiva "no quiere decir que el Estado español ex post facto va a decidir si quiere o no que los torturadores sean castigados por nuestros Tribunales en el caso concreto sub iudice, sino que el Estado español, al firmar el Convenio, tenía que haber hecho en ese momento, con carácter previo, la declaración de que aceptaría la competencia cuando las víctimas fueran ciudadanos españoles". BUENO ARÚS, Francisco, "Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo)", en *La Ley Penal*, núm. 34, 2007, (edición digital). Sin embargo, no comparto en absoluto esta afirmación, por resultar extremadamente rigorista y, a mi juicio, contraria al objeto y fin de la Convención contra la tortura.

¹³⁴ *Ibidem*.

para incoar actuaciones penales, al ser el objetivo de la disposición prevenir que cualquier acto de tortura quede impune".¹³⁵

Esta interpretación del Convenio ha sido posteriormente reafirmada por el TIJ. En efecto, el Tribunal de Naciones Unidas afirma, en su Sentencia sobre las *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar* relativa al caso Hissène Habré, que el "artículo 7.1 exige que el Estado afectado someta al caso a sus autoridades competentes para el procesamiento, independientemente de la existencia previa de una solicitud de extradición de la persona sospechosa".¹³⁶ El Tribunal añade en este sentido: "(...) la alternativa entre extradición o entrega para procesamiento, según la Convención, no significa que haya que otorgarse el mismo peso a las dos opciones. La extradición es una opción ofrecida por la Convención al Estado, en tanto que el procesamiento constituye una obligación internacional de acuerdo con la Convención, cuya violación constituye un hecho ilícito internacional que conlleva la responsabilidad del Estado".¹³⁷

Por último, el artículo 5 en su apartado tercero incluye una cláusula por la cual no se excluye ningún tipo de foro de competencia que dispongan las leyes nacionales de cada país, por la que por lo tanto se permite el establecimiento del foro de competencia universal.

Por su parte, el delito de desaparición forzada está reconocido por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006,¹³⁸ cuyo art. 2 define este delito como "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley".¹³⁹ Además, su art. 5 reafirma expresamente que "la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está

¹³⁵ Comité contra la Tortura, caso Suleymane y otros c. Senegal, Comunicación núm. 181/2001, UN Doc. CAT/C/36/D/181/2001 (2006), párrafo 9.7. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/cat/decisions/181-2001.html> (Consultado el 24 de enero de 2015).

¹³⁶ TIJ, Sentencia de 20 de julio de 2012 sobre las "Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar" (*Bélgica contra Senegal*), párr. 94.

¹³⁷ *Idem*, párr. 95.

¹³⁸ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm., de 18 de febrero de 2011, Sec. I. pp. 18254 a 18271.

¹³⁹ *Ibidem*, art. 2.

definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable".¹⁴⁰

La Convención contra las desapariciones forzadas contiene en su artículo 9 normas idénticas en relación a la jurisdicción de los Estados Parte que las contenidas en la Convención contra la Tortura.¹⁴¹ Así, este precepto resuelve la cuestión de los foros de competencia a través del principio de territorialidad, el principio de personalidad activa y pasiva (con carácter facultativo esta última) y consagrando el principio de juzgar o extraditar con carácter obligatorio, sin excluir cualquier otro tipo de jurisdicción penal acorde con las leyes nacionales del Estado en cuestión.

Destaca el art. 11 de la Convención contra las Desapariciones Forzadas, conforme al cual: "El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal". Orihuela Calatayud reflexiona sobre la importancia de la inclusión de una mención a los Tribunales internacionales en este tipo de textos normativos. En opinión de la autora, "(l)a mención a las instancias judiciales internacionales constituye una manifestación de la adaptación de la regla *aut dedere aut iudicare* a los avances experimentados por la justicia penal internacional y debe ser considerada en la elaboración de nuevas cláusulas convencionales siempre y cuando existan tribunales penales internacionales competentes para sancionar las conductas cuya prevención y sanción se intente hacer efectiva en futuros tratados internacionales".¹⁴²

¹⁴⁰ Ídem, art. 5

¹⁴¹ Art. 9. 1. "Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado; c) Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido. 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales". Ídem.

¹⁴² ORIHUELA CALATAYUD, E., "La regulación de la...", *op. cit.*, p. 295.

4.4 Terrorismo

El fenómeno del terrorismo reviste tal complejidad que la tarea misma de proponer un concepto de este resulta extremadamente complicada y carente de consenso. Como expone Lamarca Pérez, "nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario".¹⁴³ No obstante, siguiendo la línea de la autora, podemos afirmar que el terrorismo se caracteriza principalmente por constituirse de dos elementos: el estructural, que requiere que los hechos delictivos se lleven a cabo por personas pertenecientes a una organización, y el teleológico, que exigiría que dicha agrupación de personas actuase con el objetivo de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública de forma grave.¹⁴⁴

El delito de terrorismo es considerado por cierto sector de la doctrina como un crimen de primer grado. En este sentido opina Ollé Sesé, quien fundamenta esta consideración en la importancia de los bienes jurídicos afectados en tanto que no solo se tutela el derecho a la vida o la libertad de las personas individualmente afectadas sino también, el propio valor de la democracia. Este hecho explica, en su opinión, la consideración del terrorismo como crimen internacional de *ius cogens* a pesar de que, como el propio autor señala, no existe consenso internacional a día de hoy sobre el propio concepto de terrorismo, particularmente en relación con la inclusión del denominado "terrorismo de Estado".¹⁴⁵

Este crimen fue regulado por vez primera en la esfera internacional, en concreto en el ámbito del Consejo de Europa, a través del Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo, de 27 de enero de 1977, cuyo artículo 6 establece la obligatoriedad de la jurisdicción de un Estado "en el caso de que el presunto autor de aquel se encuentre en su territorio y que el Estado no lleve a cabo la extradición después de haber recibido una solicitud de extradición de un Estado Contratante cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista

¹⁴³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Delitos contra el orden público", en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, San Fernando de Henares (Madrid), 2012, p. 840.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal...*, op. cit., pp. 204-205.

igualmente en la legislación del Estado requerido".¹⁴⁶ Como vemos, se incluye un principio de juzgar o extraditar, si bien en este caso parece que dicha obligación sí está condicionada a la existencia previa de una solicitud de extradición.

Añade el citado precepto en su apartado segundo, que "el presente Convenio no excluirá ninguna competencia en materia penal ejercida con arreglo a las leyes nacionales".¹⁴⁷ Esta cláusula facultativa, tradicionalmente utilizada en los tratados de derecho penal internacional a modo de no exclusión de ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno, mediante la cual se entiende permitida la jurisdicción universal sin lugar a dudas, ha sido plasmada con posterioridad en numerosos instrumentos internacionales en materia de terrorismo en general,¹⁴⁸ así como en aquellos relativos específicamente a la seguridad marítima¹⁴⁹ y a la seguridad aérea.¹⁵⁰

Por otro lado, en 1995, la AGNU "reiterando que todos los Estados tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y también que cada uno debe tratar de asegurar el reconocimiento y la observancia efectivas y universales de esos derechos y libertades", exhortaba a los Estados de la comunidad internacional, a través de una fórmula bastante indeterminada, a que tomaran "todas las medidas necesarias en concordancia con las normas internacionales de derechos humanos para prevenir, combatir y eliminar todos los actos de terrorismo donde quiera y por quien quiera que los haya cometido".¹⁵¹

¹⁴⁶ Arts. 6 del Convenio Europeo de 27 de enero de 1977 para la Represión del Terrorismo, núm. 090 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 242/1980, de 8 de octubre.

¹⁴⁷ *Ibidem*, art. 7.

¹⁴⁸ Es el caso del art. 6.5 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 140, de 12 de junio de 2001, págs. 20547 a 20553 y del art. 7.6 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2002, pp. 18361 a 18369.

¹⁴⁹ Así, por ejemplo, en el art. 5 del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005. Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE núm. 170, de 14 de julio de 2010, pp. 61810 a 61827.

¹⁵⁰ Art. 5.3 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 56, de 5 de marzo de 1992, págs. En el mismo sentido encontramos el Art. 8.4. del Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, hecho en Beijing el 10 de septiembre de 2010.

¹⁵¹ AGNU, Resolución (A/50/186), de 22 de diciembre de 1995.

Años más tarde, en 2005, el Consejo de Europa aprobó un nuevo Convenio para la Prevención del Terrorismo que detalla con más precisión el tema de los títulos de competencia. Así, el artículo 14 establece para el enjuiciamiento de estos delitos, en sus apartados segundo y tercero, el principio de territorialidad así como el de personalidad activa con carácter obligatorio.¹⁵² Por su parte, el apartado tercero establece que: "Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia con respecto a todo delito tipificado de conformidad con el presente Convenio en los casos en que el presunto autor del delito se encuentre en su territorio y no lo extradite a una Parte cuya jurisdicción se base en una regla de competencia que exista también en la legislación de la Parte requerida";¹⁵³ en este caso, sin exigir una solicitud de extradición como condición previa a la obligación de enjuiciamiento. Por último, también se incluye la cláusula que no excluye ninguna jurisdicción conforme al derecho estatal.¹⁵⁴

Si bien, como exponíamos en el capítulo 1, el Tribunal Especial para Líbano calificó el terrorismo como crimen internacional en su Sentencia de 16 de febrero de 2011, esta consideración no ha estado exenta de polémica¹⁵⁵ y no ha hecho más que evidenciar aún más, si cabe, que no existe consenso a día de hoy en el seno de la comunidad internacional sobre el fenómeno del terrorismo. Clara muestra de ello es la enorme prolijidad y fragmentación de la legislación internacional que regula este tipo de delitos así como la ausencia de un gran tratado internacional de carácter general sobre el terrorismo, cuyas negociaciones fueron iniciadas pero actualmente se encuentran en punto muerto ante la diversidad de opiniones entre los diferentes países. En concreto, desde 1963 son nada menos que 14 instrumentos jurídicos con alcance

¹⁵² Art. 14.1. "Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia con respecto a todo delito tipificado de conformidad con el presente Convenio: a) Cuando se haya cometido el delito en su territorio; b) cuando se haya cometido el delito a bordo de un buque con pabellón de esa Parte o a bordo de una aeronave matriculada en esa Parte; c) cuando haya cometido el delito uno de sus nacionales. 2. Cada Parte podrá asimismo establecer su competencia con respecto a todo delito tipificado de conformidad con el presente Convenio: a) Cuando el delito tuviera como finalidad o resultado la comisión de un delito previsto en el artículo 1 del presente Convenio, en su territorio o contra uno de sus nacionales; b) cuando el delito tuviera como finalidad o resultado la comisión de un delito previsto en el artículo 1 del presente Convenio, contra una instalación pública de esa Parte situada fuera de su territorio, incluidos los locales diplomáticos y consulares; c) cuando el delito tuviera como finalidad o resultado la comisión de un delito previsto en el artículo 1 del presente Convenio, con el fin de obligar a esa Parte a realizar o abstenerse de realizar un acto cualquiera; d) cuando haya cometido el delito un apátrida con residencia habitual en su territorio; e) cuando se haya cometido el delito a bordo de una aeronave al servicio del Gobierno de esa Parte". Convenio para la Prevención del Terrorismo (Convenio núm. 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009, pp. 87358 a 87371.

¹⁵³ *Ibidem*, art. 14.3.

¹⁵⁴ *Ibidem*, art. 14.4.

¹⁵⁵ Citamos de nuevo a Kai Ambos en AMBOS, Kai, "Creatividad Judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a. Época, núm. 7, enero de 2012, pp. 143-173.

universal, así como cuatro enmiendas a los mismos, los que han regulado diferentes aspectos de este fenómeno.¹⁵⁶

De determinados pronunciamientos, tanto del CSNU como de su Asamblea General, podría extraerse una obligación genérica de proceder a la persecución y enjuiciamiento del terrorismo, aplicable a todos los Estados.¹⁵⁷ De hecho, para algunos autores, como García Sánchez, de estas Resoluciones se derivaría el reconocimiento del principio de justicia universal para los crímenes de terrorismo internacional, sin sometimiento a la presencia de los presuntos responsables en el territorio del Estado en cuestión. La autora basa dicho reconocimiento en el contenido de la Resolución del Consejo de Seguridad 1373, de 28 de septiembre de 2001, que insta a los Estados de la comunidad internacional a que "aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que además de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo".¹⁵⁸ Sin embargo, a mi parecer, si bien este documento refleja claramente la intención de acabar con la impunidad de este tipo de delitos e insta a los Estados a tomar las medidas necesarias a tal fin, a modo de lo recogido en la Resolución de la AGNU de 22 de diciembre de 1995, del texto de este documento no se des-

¹⁵⁶ Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves ("Convenio de Tokio"), Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves ("Convenio de La Haya") de 1970, Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 2010, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 ("Convenio de Montreal", Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973, Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979, Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980, Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional de 1988, Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988, Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991, Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005 y Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional de 2010. Información disponible en <http://www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml> (Consultado el 4 de julio de 2015).

¹⁵⁷ Resolución 1511 (2003) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 16 de octubre, 1456 (2003), de 20 de enero de 2003 y Resolución de la Asamblea General 51/210, de 16 de enero de 1997.

¹⁵⁸ Resolución de 5 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 1373 (2001) sobre medidas para combatir el terrorismo, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385.ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001. Publicado en BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2001, pp. 43030 a 43032.

prende una obligación concreta y específica en relación con el principio de jurisdicción universal.

El Informe de la Federación de Asociaciones de Juristas de España (FAP), *Contra la Impunidad*, también cita las normas internacionales sobre extradición como expresión de la voluntad global de combatir el terrorismo de forma extraterritorial, haciendo alusión a la excepción que constituyen los crímenes de terrorismo a la tradicional exclusión de los delitos políticos en relación con la extradición —lo que no significa, según los autores, negar el carácter político de los delitos de terrorismo—. En los términos del propio documento: "La necesidad de excepcionar, por tanto, tiende a confirmar la orientación política del terrorismo —ya que si no la tuviera, no sería necesario establecer dicha excepción—, y debe explicarse por la pretensión de excluirlo de los beneficios internacionales que, derivados de una concepción liberal, se atribuyen a la delincuencia política. Pero en todo caso, este trato excepcional y excluyente de tratamiento benévolo, pone claramente de manifiesto la voluntad de favorecer la persecución internacional del terrorismo".¹⁵⁹

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos por parte de la comunidad internacional para dotar de cierta homogeneidad a las legislaciones sobre terrorismo, la inclusión de este crimen dentro del elenco del ER de la CPI resultó imposible debido a la ya mencionada falta de acuerdo para fijar una definición del mismo. Esta ausencia de tipificación y la consiguiente falta de competencia de la CPI sobre el mismo, dificultan en gran medida, a mi parecer, la calificación de estos delitos como crímenes de *ius cogens*.

No obstante, debe tenerse en cuenta la posible consideración del terrorismo como crimen contra la humanidad en caso de ser los actos delictivos perpetrados en el marco del contexto correspondiente. Así lo considera García Arán, cuando afirma que "el terrorismo puede tener la consideración de crimen contra la humanidad si se dan las características genéricas de este, de entre las que requiere especial desarrollo la posibilidad de ser cometido por autoridades del Estado o con su anuencia (...)".¹⁶⁰

¹⁵⁹ AA.VV., "Contra la impunidad. Informe de la Federación de Asociaciones de Juristas de España", en *América Latina, Hoy*, núm. 20 (Diciembre 1998), p. 78.

¹⁶⁰ GARCÍA ARÁN, M., "La calificación de...", *op. cit.*, p. 132.

En el mismo sentido, Mendoza Calderón distingue entre terrorismo internacional y el terrorismo como crimen de lesa humanidad. Según la autora existe un delito de terrorismo internacional "cuando los actos constituyen una ofensa criminal en la mayoría de los sistemas legales nacionales, como asesinato, secuestro, tortura, extorsión, etc., dirigidos a difundir terror a través de la producción de acciones violentas o de amenazas directas de ello contra un Estado, o bien realizadas contra un público o un grupo particular de personas",¹⁶¹ siendo además necesaria la existencia de un móvil político, social y filosófico.¹⁶² En cambio, los actos de terrorismo se considerarían crímenes de lesa humanidad cuando estos formen parte de un ataque generalizado o sistemático sobre la población civil. La autora añade tres requisitos mínimos que deberá cumplir el terrorismo para poder ser calificado como crimen de lesa humanidad: "debe enmarcarse en una estrategia más amplia, extendida y sistemática, siendo parte de un flujo de atentados terroristas, con algún elemento de planificación central o superior, no consintiendo simplemente en un episodio aislado; segundo, debe tratarse de atentados violentos perpetrados contra la población civil, porque los que tienen por blanco a los militares pueden configurar crímenes de guerra, dependiendo de las circunstancias, y tercero, debe existir en los autores conocimiento e intencionalidad, cumpliéndose el elemento *mens rea* del crimen internacional".¹⁶³

La AN ha tenido que pronunciarse sobre la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad, en abril de 2016, con ocasión de la querrela presentada por el asesinato de Luis Portero García por ETA, rechazando tal consideración con base en, entre otros, los siguientes argumentos:

Para que una organización terrorista, pueda crear un elemento contextual en el que se inserten los actos que configuran los crímenes contra la humanidad, sería preciso un cambio en la naturaleza de aquellas, para llevar a cabo ataques sistemáticos en el sentido estricto de los crímenes contra la humanidad, y además que la organización en cuestión se viera a sí misma como en un "estado de guerra", o como representante de lo que la doctrina denomina un "protoestado", en cuyo caso esas conductas, sí tendrían la consideración de crímenes contra la humanidad.¹⁶⁴

¹⁶¹ MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo", *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 6, 2005, p. 98.

¹⁶² MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "El delito de terrorismo como crimen internacional, ¿su consideración como crimen de lesa humanidad?", *La Ley Penal*, núm. 124, enero-febrero 2017 (edición digital).

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Auto núm. 155/2016 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 8 de abril de 2016, FJ 4. Esta tesis contrasta con una resolución anterior, de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, que sí apreció la existencia de un delito

En efecto, no parece que las características del terrorismo etarra puedan ajustarse a las de los crímenes de lesa humanidad, tal como apunta, no solo esta Resolución sino también la ya comentada postura de la AN sobre el exhorto cursado por un Tribunal argentino en relación con la querrela presentada en el país latinoamericano en similares términos.¹⁶⁵

4.5 Tráfico ilegal de drogas y estupefacientes

Encontramos el primer antecedente de regulación internacional de este tipo de delitos en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, posteriormente enmendada por el Protocolo de Nueva York de 1975. Este instrumento contempla, en su artículo 36, una serie de disposiciones penales, destacando entre ellas la contenida en el apartado 2, letra a) IV, según el cual "los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la Ley de la parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado".¹⁶⁶ No obstante, el apartado 3 del mismo precepto añade que las disposiciones contenidas en el mismo están limitadas por las disposiciones penales en materia de jurisdicción de cada Estado parte,¹⁶⁷ luego estos foros de competencia no pueden ser considerados como una obligación. Estas normas jurisdiccionales son prácticamente reproducidas por el artículo 22 del posterior instrumento internacional regulador de la materia: el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971.¹⁶⁸

La rápida expansión del tráfico ilícito de drogas a nivel mundial después de la aprobación del Convenio Único de Naciones Unidas de 1961 llevó a la aprobación de un nuevo instrumento,

de lesa humanidad en los crímenes de ETA ("En el caso de los crímenes de ETA concurren *prima facie* dichos elementos o circunstancias, pues los hechos delictivos se cometen como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror, son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos", FJ 3), si bien decidió no aplicar dicho tipo penal a los hechos ocurridos antes de 2004, fecha de la incorporación de la figura delictiva al CP español, en aras del principio de legalidad.

¹⁶⁵ Véase capítulo 3, apdo. 2.2.

¹⁶⁶ Art. 36.2.a).IV de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975. Publicado en el BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981, pp. 25865 a 25880.

¹⁶⁷ *Idem*, art. 36.3.

¹⁶⁸ Convenio sobre sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971. Instrumento de adhesión de España publicado en el BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976, pp. 17684 a 17692.

el tratado más reciente sobre tráfico de drogas a nivel global: el Convenio sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena en 1988.¹⁶⁹ Este contiene, en su artículo 4, normas más precisas en materia de jurisdicción que las de sus predecesores. En concreto, el Convenio estipula, en el apartado primero del citado artículo 4, que cada una de las Partes será obligatoriamente competente respecto de los delitos cometidos en su territorio o a bordo de sus naves o aeronaves. Además, establece una serie de supuestos en los que cada Estado estará facultado para declararse competente, incluyéndose entre estos aquellos casos en los que los delitos sean cometidos por sus nacionales o por personas con residencia habitual en su territorio. El apartado segundo del artículo 4, establece ciertas reglas específicas en torno al principio de juzgar o extraditar.¹⁷⁰ Por último, el apartado tercero del precepto, introduce la conocida fórmula en virtud de la cual la Convención "no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una parte de conformidad con su derecho interno",¹⁷¹ permitiendo, pues, aunque de forma tácita, el reconocimiento estatal del principio de jurisdicción universal.

5. El principio de jurisdicción universal como derecho internacional consuetudinario

Una vez realizado el estudio sobre el reconocimiento convencional del principio de jurisdicción universal así como el repaso por la legislación y prácticas judiciales de un número representativo de Estados en torno a dicho título de jurisdicción, puede ser abordado el dilema de considerar (o no) el principio de jurisdicción universal como un principio de derecho internacional consuetudinario. Este tema reviste un interés especial, dada la inexistencia de una pauta común para todos los delitos internacionales en el derecho convencional. Teniendo en cuenta esta carencia, resulta esencial determinar si en el derecho consuetudinario podemos encontrar una obligación general de aplicación del principio de jurisdicción universal a los ilícitos de carácter internacional. Además, debe tenerse en cuenta que, al contrario de lo que ocurre con

¹⁶⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 270, de 10 de noviembre, de 1990, pp. 33062 a 33074.

¹⁷⁰ "Cada una de las Partes: a) Adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra basándose en que: i) El delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbore su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o ii) El delito ha sido cometido por un nacional suyo; b) Podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra".

¹⁷¹ *Ibidem*, art. 4.3.

los tratados y demás instrumentos de derecho positivo, los cuales solo afectan a los Estados que los han ratificado, el derecho consuetudinario es verdaderamente universal en su aplicación, obligando a toda la comunidad internacional en su conjunto.

Resulta más que evidente la importancia del derecho consuetudinario como fuente del principio de jurisdicción universal. De hecho, no hay más que constatar, como ya se ha hecho en la presente obra, cómo los delitos de piratería han terminado por ser considerados como crímenes internacionales dada la práctica estatal generalizada y mantenida a los largo de la Historia de perseguir a sus responsables con independencia del lugar de la comisión de estos. En lo que se refiere a estos concretos delitos podemos decir que ha primado más la fuerza de la costumbre internacional que la propia gravedad de la naturaleza de los mismos a la hora de su integración en el elenco de ilícitos perseguibles de manera universal.

Debemos comenzar examinando el propio concepto de derecho internacional consuetudinario. El apartado b) del art. 38 del Estatuto del TIJ define la costumbre internacional como la expresión de "una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho".¹⁷² De esta definición se derivan dos elementos que conforman la costumbre internacional: por un lado, la práctica constante y uniforme y, por otro, la convicción por parte de los sujetos de derecho internacional de que se trata de una práctica obligatoria jurídicamente, u *opinio iuris*.

El proceso de formación de la costumbre internacional es complejo y, por encima de todo, se diferencia del proceso de formación de las normas internas en que en el caso de la costumbre son los propios destinatarios de la regla jurídica, es decir, los Estados, los que crean, modifican o derogan esta. Así pues, cuando nos referimos al elemento material de la costumbre, esto es a la práctica constante y uniforme, nos referimos a la repetición de actos de los Estados. Esta se puede manifestar, como expone Díez de Velasco "bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencias internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las Organizaciones

¹⁷² Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, anexo a la Carta de Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

internacionales, etc."¹⁷³ Lo imprescindible para que se cree una costumbre internacional es que dicha práctica sea uniforme.

Pues bien, según lo analizado en el capítulo 3, no puede decirse que exista una práctica constante y uniforme de los Estados en cuanto al principio de jurisdicción universal, ni en lo referido a las legislaciones nacionales ni a las interpretaciones de las mismas llevadas a cabo por los Jueces y Tribunales. Son muy pocos los países que contemplan este título de jurisdicción sin ningún tipo de limitación para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales. Y tampoco puede decirse que la tendencia sea la de incorporar esta herramienta procesal de forma más completa, pues precisamente parece que los Estados que contaban con legislaciones más proclives al principio de jurisdicción universal han visto reformado el principio de manera restrictiva durante los últimos años.

En este mismo sentido opina Alija Fernández, quien también resalta la importancia de determinar la existencia de una costumbre internacional sobre el principio de jurisdicción universal, dada la ausencia de un Tratado internacional general en la materia. Sin embargo, en opinión de la autora, "si bien la atribución de jurisdicción universal a los tribunales internos es generalizada, la falta de uniformidad en cuanto al alcance de la jurisdicción no permite hablar de una regulación consuetudinaria del principio de jurisdicción universal".¹⁷⁴ De hecho, la voluntad de los Estados cuyos Tribunales han aplicado efectivamente el principio de jurisdicción universal parece ser la de restringir este principio por vía legislativa ante el surgimiento de conflictos diplomáticos en relación con el mismo. En sus palabras: "En efecto, en la práctica se observa una clara tendencia hacia una jurisdicción universal restringida mediante la exigencia de vínculos relevantes con el Estado ante cuyos tribunales se pretende acudir, la configuración de una competencia subsidiaria de otros Estados más próximos al delito, la operatividad de inmunidades respecto de los representantes de Estado en las relaciones internacionales o el control de la apertura del proceso por parte de la Fiscalía".¹⁷⁵

¹⁷³ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 108-109.

¹⁷⁴ ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, "El alcance de la jurisdicción universal a la luz de la evolución de la práctica estatal", *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, núm. 112, primavera 2014, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 2014, p. 16

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 16-17.

Ollé Sesé tampoco considera que el principio de jurisdicción universal haya alcanzado la categoría de derecho internacional consuetudinario. Aun así, el autor rechaza que se argumente la ausencia de una práctica generalizada en el enjuiciamiento de crímenes internacionales de primer grado como único fundamento para justificar dicha afirmación.¹⁷⁶ En todo caso, el autor considera que las legislaciones internas así como la práctica habitual de los Tribunales nacionales conducen a la conclusión de que el principio de jurisdicción universal solo constituye un principio del Derecho penal internacional.¹⁷⁷

En cuanto al elemento espiritual, u *opinio iuris*, este puede manifestarse de muy diferentes maneras pero, como también apunta Díez de Velasco, "siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades".¹⁷⁸ Destacan en este sentido las reflexiones de Fernández Liesa sobre la *opinio iuris*:

No es necesaria la prueba de la *opinio iuris* (y aún menos, lógicamente del comportamiento) de todos y cada uno de los Estados sino más bien el consensus generalis como convergencia de opiniones. La formación de una norma consuetudinaria requiere que exista la voluntad de un conjunto suficientemente representativo de la comunidad internacional, que incluya a los Estados especialmente interesados. Entre los dos elementos de la costumbre, y en la formación y transformación del consensus generalis, ha habido un proceso en el que se le da más relevancia a la *opinio iuris generalis* que, en ocasiones, compensa la falta de consistencia de la práctica.¹⁷⁹

Un ejemplo claro de exteriorización de la *opinio iuris* lo constituyen las Resoluciones de la AGNU, como afirmó el propio TIJ en su opinión consultiva de 1996 sobre la legalidad de la amenaza

¹⁷⁶ Hoy, el número de crímenes internacionales de primer grado (genocidio, lesa humanidad...), afortunadamente para el bienestar de la humanidad, representan cuantitativamente un porcentaje mínimo, en términos comparativos, respecto de los crímenes internacionales de segundo grado (tráfico de drogas, falsificación de moneda...); y también respecto de otros vínculos jurisdiccionales extraterritoriales tales como los indicados de personalidad activa (delitos cometidos por nacionales en el extranjero) o pasiva (delitos cometidos contra nacionales en el extranjero) o de protección de intereses contra el Estado (traición, rebelión, sedición, etc., cometidos en el extranjero)". Ollé Sesé, *Justicia universal...*, op. cit., p. 241.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 110.

¹⁷⁹ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español", en *Justicia de transición...*, op. cit., p. 74.

o el uso de las armas nucleares.¹⁸⁰ La AGNU parece haber querido reconocer una obligación de alcance global en cuanto a la represión de los crímenes internacionales en su Resolución sobre *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, cuando afirma: "En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas".¹⁸¹

Este documento, constituye, en opinión de De Prada Solaesa, *opinio iuris* y, consecuentemente, instaura obligaciones de carácter general para todos los Estados de la comunidad internacional en cuanto a la investigación y enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales así como a la cooperación de los Estados entre sí y con los Tribunales internacionales.¹⁸² Indudablemente esta obligación general de investigación y enjuiciamiento no está sometida a ninguna limitación por parte de la AGNU, luego debe entenderse que cada Estado procederá al cumplimiento de la misma con las herramientas procesales de que disponga en su legislación procesal penal, siendo el principio de jurisdicción universal perfectamente válido para dicha tarea, si bien no se prevé con carácter obligatorio, al menos de forma expresa.

Una muestra más de esta convicción de obligación en sentido general de perseguir y sancionar crímenes internacionales lo encontramos en la propia adopción del ER de la CPI. En efecto, el Preámbulo de este instrumento internacional, ratificado por más de cien Estados, afirma que "los crímenes más graves de trascendencia de la comunidad internacional en su

¹⁸⁰ "El Tribunal observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una *opinio juris*. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma". Opinión consultiva del TIJ sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Resolución A/51/218 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 19 de julio de 1996. Párr. 70.

¹⁸¹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

¹⁸² DE PRADA SOLAESA, R., "La justicia universal, pasado, presente y futuro", *op. cit.*, p. 21.

conjunto no deben quedar sin castigo" y que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales". Sin embargo, como afirma Comellas Aguirrezábal, "qué crímenes son éstos y, sobre todo, cómo hay que llevar a cabo ese "deber", es una cuestión mucho más controvertida".¹⁸³

Es cierto, pues, que existe una convicción entre los Estados sobre la obligatoriedad de perseguir y sancionar los crímenes internacionales, pero no puede decirse que estos se sientan obligados a perseguir y sancionar dichos crímenes mediante una herramienta como el principio jurisdiccional, es decir, sin la exigencia de un vínculo con el país, ni siquiera la mera presencia del acusado en territorio nacional. Así lo refleja el *Informe de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de Jurisdicción Universal*, que afirma que "los Estados, en su mayoría, aceptan que el derecho internacional consuetudinario permite el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura así como sobre la piratería".¹⁸⁴ Ambas organizaciones insisten en que el derecho consuetudinario solo contempla el ejercicio de la jurisdicción universal, al igual que el de los otros tipos de títulos competenciales, como una mera posibilidad, no estando los Estados obligados con base en la costumbre a afirmar un tipo de jurisdicción u otro.¹⁸⁵

Por otro lado, podemos encontrar resoluciones de diversos organismos con carácter internacional que recomiendan la adopción de medidas a los Estados para poner en práctica el principio de jurisdicción universal. Así ocurre, por ejemplo, con los *Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad*, aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que son mucho más contundentes en la materia. Estos establecen que "los Estados deberán emprender medidas eficaces, incluida la aprobación o la enmienda de la legislación interna, que sean necesarias para permitir que los tribunales ejerzan la competencia universal con respecto a delitos graves de conformidad con el derecho internacional".¹⁸⁶

¹⁸³ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T., "La jurisdicción universal en España...", *op. cit.*, p. 80.

¹⁸⁴ *Informe de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de Jurisdicción Universal*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 11.

¹⁸⁶ Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 61o. período de sesiones. Principio 21.

Por su parte, el ya citado Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad disponía en su artículo 8 que "sin perjuicio de la jurisdicción de un Tribunal penal internacional, cada Estado Parte deberá adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes reconocidos en los artículos 17, 18, 19 y 20 [crímenes de genocidio, contra la Humanidad, contra el personal de las Naciones Unidas y crímenes de guerra], independientemente del lugar de comisión de dichos crímenes y de la identidad de sus autores".¹⁸⁷

También son frecuentes las manifestaciones doctrinales sobre la materia en el mismo sentido. Así, podemos citar el contenido de la Resolución *Justitia et Pace*, emitida por el Instituto de Derecho Internacional de Cracovia durante su 17a. sesión bajo el título de *Jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*. La conocida como Resolución de Cracovia establece que la jurisdicción universal "está basada fundamentalmente en derecho internacional consuetudinario" así como que esta herramienta "debe ser ejercitada sobre crímenes identificados en derecho internacional como susceptibles de ser objeto de esa jurisdicción en cuestiones como genocidio, crímenes de lesa humanidad, graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 para la protección de crímenes de guerra u otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados internacionales o no internacionales".¹⁸⁸

Sin embargo, estas resoluciones, que bien pueden reflejar la opinión doctrinal preponderante y, como tal, deben inspirar a los Estados en sus comportamientos futuros, no son suficientes para cumplir con los requisitos necesarios para conformar una costumbre internacional: la práctica constante y uniforme de los Estados así como la convicción de obligatoriedad.

No puede olvidarse, por otro lado, que la jurisdicción universal de tipo consuetudinario se encuentra estrechamente vinculada a las ya comentadas obligaciones *erga omnes* dimanantes de las normas internacionales *de ius cogens*, las cuales otorgan a los Estados la facultad o incluso el deber de perseguir universalmente los crímenes cosmopolitas más graves. En este sentido

¹⁸⁷ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, *op. cit.*, artículo 8, Establecimiento de la jurisdicción.

¹⁸⁸ Instituto de Derecho Internacional *Justitia et Pace*, "Jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra", Resolución adoptada en Cracovia, el 26 de agosto de 2005. Disponible en http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf (Consultado el 6 de abril de 2017).

encontramos varias resoluciones de Tribunales penales internacionales que apuntan a la obligación universal de perseguir determinados crímenes derivada del carácter de *ius cogens* de estos. En este sentido destaca la ya mencionada Sentencia del TPIY relativa al caso *Furundžija*. Esta resolución, después de afirmar que la prohibición de tortura constituye una norma de *ius cogens* y que, como tal, genera obligaciones en todos los Estados, establece que "una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* otorgado por la comunidad internacional a la prohibición de tortura es que cada Estado tiene derecho a investigar, perseguir y castigar o extraditar a individuos acusados de tortura, que se encuentren en un territorio bajo su jurisdicción".¹⁸⁹

El TPIY también manifestó en su Sentencia relativa al caso *Kupreskic* que "la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario y, en particular, aquellas que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, son también normas obligatorias de derecho internacional o de *ius cogens*, esto es de carácter no derogable y preferente".¹⁹⁰

El TESL se expresó en el mismo sentido en su Sentencia relativa al caso *Kallon y Kamara*, al afirmar que "resulta lógico que un Estado no pueda relegar al olvido aquellos crímenes sobre los que otros Estados tienen jurisdicción para perseguir, ya que la obligación de proteger la dignidad humana es una norma perentoria y ha adquirido la naturaleza de obligación *erga omnes*".¹⁹¹

El incontestable carácter de *ius cogens* de las normas que prohíben los crímenes internacionales impone, pues, a los Estados la obligación de perseguir y sancionar estos delitos. Pero, una vez más, de ese carácter de *ius cogens* no puede derivarse la obligación de persecución con base en el principio de jurisdicción universal, que no dejaría de ser más que una facultad con la que cuentan los sistemas nacionales para cumplir con esa obligación.

Algunos autores entienden que el carácter de *ius cogens* de los crímenes de primer grado impone la obligación de juzgar o extraditar pero siempre hablan del principio de jurisdicción universal como una mera facultad. En este sentido opina Bassiouni, cuando afirma que: "Como

¹⁸⁹ Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (caso *Furundžija*), *op. cit.* párr. 156.

¹⁹⁰ Sentencia del TPIY de 14 de enero de 2000, (caso *Prosecutor v. Kupreskic*, IT-95-16-T), párr. 520.

¹⁹¹ Decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona, de 13 de marzo de 2004, relativa al caso *Kallon y Kamara*, párr. 71.

crimen internacional de ius cogens, se presume que los crímenes contra la humanidad imponen la obligación de juzgar o extraditar, y que permiten al Estado apoyarse en el universalidad para su enjuiciamiento, castigo y extradición".¹⁹² Comellas Aguirrezábal, por su parte, estima que la tendencia es claramente más proclive a admitir el principio con carácter facultativo, "pero no el deber de perseguir a los responsables de estos crímenes, al menos mientras aquellos no se encuentren en su territorio".¹⁹³

Como afirma Martínez Alcañiz, esta facultad reconocida por el derecho internacional debería ser propiamente reflejada en el derecho interno de los Estados de la comunidad internacional, a través de la promulgación de las corrientes normas internas de extensión de la jurisdicción penal. Así, como afirma el autor, "el valor de la costumbre internacional es relevante, pero los Estados deben incorporarla en su ordenamiento jurídico".¹⁹⁴ En efecto, en opinión de Martínez Alcañiz, resulta necesaria esta trasposición de la costumbre internacional a los derechos domésticos de los Estados, especialmente en aquellos pertenecientes al sistema continental.¹⁹⁵

No podemos olvidar las dificultades que presenta en ordenamientos jurídicos como el español la integración del derecho internacional consuetudinario en nuestro sistema de fuentes en materia penal, dada la configuración del principio de legalidad, tan apegada al concepto de Ley formal emanada del Parlamento.¹⁹⁶ En este punto, la opinión de Gil Gil refleja, a mi parecer, la opinión mayoritaria de la doctrina penalista española al respecto: "La costumbre como fuente de Derecho penal no puede cumplir con las exigencias que nuestro ordenamiento, jurisprudencia y doctrina atribuyen al principio de legalidad: ni con la garantía formal que nuestro Tribunal Constitucional atribuye al principio de legalidad, ni con el fundamento democrático de dicha garantía formal, ni, sobre todo, con su vertiente material, que consiste no solo en la preexistencia del mandato o prohibición sino también en la exigencia de taxatividad".¹⁹⁷

¹⁹² BASSIOUNI, M. Ch., "Universal Jurisdiction for International", art. cit., p. 119.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 81. En este mismo sentido cita también la autora, en la doctrina española, a REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1255-1256 o a SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal...*, op. cit., p. 392.

¹⁹⁴ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., *El principio de justicia universal...*, op. cit., p. 184.

¹⁹⁵ *Ídem*, p. 185.

¹⁹⁶ Véase cap. 2, apdo. 3.2.

¹⁹⁷ GIL GIL, A., "La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1, 2005, pp. 6-7.

Así, a pesar de que en puridad la costumbre internacional "desde el momento de su cristalización en la Comunidad Internacional —y salvo oposición manifiesta de España a la nueva costumbre—, se integra en el ordenamiento español y es aplicable por todos los órganos administrativos y judiciales",¹⁹⁸ y de que la aplicación de costumbres internacionales no es ajena a la jurisprudencia española,¹⁹⁹ resulta hoy por hoy inadmisibile para los Tribunales nacionales, con algunas excepciones y matices que veremos en los dos capítulos siguientes, una condena penal impuesta exclusivamente con base en un principio de derecho internacional consuetudinario, sin normativa interna habilitadora mediante.

¹⁹⁸ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 197.

¹⁹⁹ Así, en materia de inmunidades diplomáticas encontramos, por ejemplos, las SSTC 107/1992, de 1 de julio, y 292/1994, de 27 de octubre.

Capítulo 5
La primera etapa del principio
de jurisdicción universal
en España (1985-2005)

1. La antigua Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870

Al margen de remotas manifestaciones históricas del principio de jurisdicción universal,¹ se entiende que este fue introducido en el derecho español a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870 (en adelante LOPJ 1870). En concreto, el artículo 336 de la Ley establecía la competencia de los órganos judiciales españoles para juzgar tanto a españoles como a extranjeros que hubieren cometido una serie de delitos fuera del territorio del país, enumerando en concreto los siguientes: "Contra la seguridad del Estado, lesa majestad, falsificación de la firma de la estampilla real o del regente, falsificación de la firma de los ministros, falsificación de otros sellos públicos, falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado, y la introducción o expendición de lo falsificado, falsificación de billetes de banco cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción o expendición de lo falsificado, y los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes

¹ OLLÉ SESÉ sitúa el primer atisbo de este principio en las Siete Partidas de 1265: "[e]t si aquel que fizo el yerro, fuese home que anduiesse fuyendo de un lugar a otro, de manera que no lo pudisen fallar, do fizo el alfecho, nin do ha la mayor parte de sus bienes, o do ha la mayor morada, entonces á este atal en cualquier lugar quel fallen lo pueden acusar, et él es tenuto de responder al acusamiento". OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 356.

en territorio extranjero".² Puede apreciarse, de la revisión del elenco de delitos, que este precepto contemplaba tanto el principio de jurisdicción universal como el principio de protección real o de intereses, confundiendo ambos títulos de competencia.

Interesa especialmente la mención a los delitos contra la seguridad del Estado. Para conocer qué concretos crímenes estaban incluidos bajo esta rúbrica era necesario acudir al Código penal, al no estar estos catalogados en la LOPJ 1870. Las distintas reformas de los códigos penales del momento agruparon como *Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado* tanto a ilícitos referidos a los intereses del Estado en sí, como a otros encargados de proteger intereses supranacionales. La promulgación de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, dotó de cierto orden al Título I relativo a los *Delitos contra la Seguridad Exterior del Estado*,³ introduciendo un Capítulo III en el que, con el título de *Delitos contra el Derecho de Gentes*, se incluyó el delito de genocidio. De esta forma, este crimen internacional pasó a ser objeto del principio de jurisdicción universal en España, estando habilitados los Tribunales nacionales desde ese momento para perseguir a los presuntos responsables de la comisión del mismo independientemente de su nacionalidad y del lugar de comisión de los hechos.

En cuanto a los otros preceptos de la LOPJ 1870 relacionados, es de destacar la limitación impuesta por el artículo 337 al clásico principio de cosa juzgada.⁴ Por su parte, el artículo 338 de la citada Ley establecía expresamente que lo dispuesto en los dos preceptos anteriores sería también aplicable a las personas extranjeras que cometiesen alguno de los delitos en ellos comprendidos "cuando fueren aprehendidos en el territorio español o se obtuviera la extradición". Este matiz es importante porque a través del mismo la Ley reconocía la competencia de los Tribunales españoles, incluso en aquellos casos en los que los presuntos responsables no se encontrasen en territorio nacional.

² Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870. Disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/leyOrganicaPoderJudicial1870.pdf> (Consultado el 28 de junio de 2015).

³ Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal. Publicado en el BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1971, págs. 18415 a 18419.

⁴ Según este precepto: "Si los reos de los delitos comprendidos en el artículo anterior hubiesen sido absueltos o penados en el extranjero, siempre que en este último caso se hubiese cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa. Lo mismo sucederá si hubiesen sido indultados, a excepción de los delitos de traición y lesa majestad".

Por último, los siguientes dos preceptos se dedicaban a establecer el principio de personalidad activa,⁵ refiriéndose el artículo 339 a los crímenes cometidos en el extranjero por un español contra otro español y el artículo 340 a los cometidos por un español contra un extranjero. Ambas situaciones estaban sujetas a los mismos requisitos, contenidas en el artículo 339, mucho más estrictas que las referidas a los principios de jurisdicción universal y de protección: "1a. Que se querelle el ofendido ó cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes. 2a. Que el delincuente se halle en territorio español. 3a. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado ó penado en el extranjero, y en este último caso haya cumplido su condena".⁶

Como vemos, pues, la legislación española de finales del siglo XIX y principios del XX seguía la estela de la tendencia legislativa a nivel mundial, contemplando la extensión de la jurisdicción más allá de las fronteras nacionales casi de forma exclusiva para la protección de intereses estatales. Con la llegada del siglo XX y, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, la jurisdicción española comenzó a extenderse tímidamente hasta que en 1971 llegó a incluir el ya tipificado delito de genocidio. No obstante, habría que esperar hasta el final de la dictadura para la creación de una nueva LOPJ que, por fin, declarase competentes a los Tribunales españoles para conocer de graves crímenes internacionales cometidos en el extranjero.

2. El artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1o. de julio, del Poder Judicial

2.1. El art. 23 LOPJ en su redacción inicial

El 1 de julio de 1985 se aprobó la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial⁷ (en adelante LOPJ), actualmente en vigor, que no solo se encarga de perfilar la jurisdicción de los Tribunales españoles sino también del estatuto legal de Jueces y Magistrados y de la elección, composición y funciones del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Los distintos foros de competencia de la jurisdicción española están contemplados en el art. 23 LOPJ. Lo controvertido de esta cuestión

⁵ El principio de personalidad pasiva no estaba reconocido en la LOPJ 1870.

⁶ Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, *op. cit.*, art. 399.

⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en el BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, pp. 20632 a 20678.

ha propiciado, como veremos al detalle, que la redacción de este precepto haya sufrido varias modificaciones desde su aprobación.

En su redacción inicial el artículo 23 se dividía en una serie de apartados, dedicados cada uno de ellos a uno de los tradicionales títulos de competencia. Así, el primero de ellos consagraba el principio de territorialidad, estableciendo con carácter general la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los delitos y faltas cometidos en territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves españolas.⁸

El apartado segundo consagraba, por su parte, el principio de personalidad activa, al declarar la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera del territorio nacional, siempre y cuando los presuntos responsables fueren españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad española después de la comisión de los hechos.⁹ Nótese cómo el principio de personalidad activa solo era aplicable en esta redacción inicial en caso de tratarse de delitos, a diferencia de lo que ocurría con el principio de territorialidad, que comprendía tanto delitos como faltas. Además, el artículo 23.2 LOPJ exigía que el hecho delictivo también fuese punible en el lugar de ejecución, excluía la acción popular e incluía la excepción de cosa juzgada. García Sánchez encuentra la justificación de estas limitaciones en el respeto a las soberanías de otros países así como en la prevención frente a un exceso del poder del Estado sobre sus súbditos.¹⁰ Por otro lado, según la autora, "el fundamento de tal criterio que atribuye la competencia a España se centra en evitar la impunidad que vendría dada por la existencia de un principio vigente en Derecho extradicional como es la no entrega de nacionales. Además responde dicho principio a la prevención especial del Derecho penal, en el sentido de que para una mejor resocialización del delincuente el lugar más adecuado para juzgarle, en la generalidad de los casos, es el Estado de su nacionalidad".¹¹

Por su parte, el apartado tercero del art. 23 LOPJ plasmaba con claridad el principio real o de protección de intereses. En virtud del mismo, la jurisdicción española sería competente

⁸ Art. 23.1. LOPJ: "En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte".

⁹ En la redacción inicial del artículo 23 LOPJ el legislador no quiso reconocer de ninguna forma el principio de personalidad pasiva, criterio que ha mutado con el tiempo hasta quedar reflejado este título competencial en la normativa actualmente en vigor.

¹⁰ GARCÍA SÁNCHEZ, B., "El Principio de...", *op. cit.*, p. 244.

¹¹ *Ibidem*, pp. 244-245.

para conocer de una serie de delitos, todos ellos relacionados con la protección de los intereses más vitales del país,¹² quedando otra vez excluidas las faltas, cometidos fuera de España.

Finalmente, el legislador español dedicó el apartado cuarto del artículo 23 LOPJ a la jurisdicción universal, en concreto en los siguientes términos:

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Los delitos que comprendía esta primera versión del art. 23.4 LOPJ presentaban distinta naturaleza, pues se incluían tanto crímenes internacionales de *ius cogens* como delitos de carácter meramente transfronterizo, siendo la aplicación de la jurisdicción universal para este segundo grupo de ilícitos penales mucho más pacífica que para los primeros.¹³ A día de hoy destaca, en esta redacción inicial del precepto, la ausencia de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Efectivamente, en 1985 el legislador español decidió no introducir este tipo de crímenes internacionales en el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal, pues estos no estaban aún recogidos en el propio CP. Los motivos de tal omisión parecen claros: en tal fecha no habían sido firmados todavía los Estatutos del TPIY ni del TPIR ni mucho menos el de la CPI, luego la legislación española carecía de referencias internacionales de suficiente consistencia que describiesen este tipo de crímenes y que previesen penas por la comisión de los mismos, al margen del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

¹² Art. 23.3.LOPJ: "a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española. i) Los relativos al control de cambios".

¹³ De hecho, los Tribunales españoles iniciaron durante los primeros años varios procedimientos judiciales por delitos como la falsificación de moneda y similares sin mayores controversias, no convirtiéndose el artículo 23.4 LOPJ en un precepto problemático hasta el inicio de los procesos relativos a crímenes internacionales de primer grado.

Años más tarde, y especialmente desde la firma del ER, algunos autores españoles defendieron la necesidad de introducir los crímenes contra la humanidad en nuestro CP. Así, en 2001, antes de la entrada en vigor de dicho instrumento, GÓMEZ BENÍTEZ calificó tal ausencia de tipificación de "laguna de impunidad",¹⁴ resaltando que dicha laguna convertía a España en "un remanso más"¹⁵ en el que podían refugiarse los responsables de la comisión de estos delitos en el marco de actos que no pudiesen ser juzgados por los Tribunales internacionales de Yugoslavia o Ruanda.

Finalmente, el tipo de crímenes de lesa humanidad fue introducido en el CP español a través de la LO 15/2003, que añadió al Título XXIV del Libro II un Capítulo II bis denominado *De los delitos de lesa humanidad*, formado por un único art. 607 bis que prácticamente reproduce el art. 7 del ER.¹⁶ Algún tiempo después, como veremos, este delito pasaría a formar parte del art. 23.4. LOPJ.

Para concluir el artículo 23, su apartado 5 declaraba expresamente que la excepción de cosa juzgada contemplada en el apartado segundo para el principio de personalidad activa también sería de aplicación para el principio de protección real o de intereses y el principio de jurisdicción universal. Destaca que la LOPJ 1995 estableciera requisitos considerablemente más estrictos para el principio de personalidad activa que para los principios de protección o de jurisdicción universal. En efecto, si bien el artículo 23.2 LOPJ exigía, además de la nacionalidad española del agente responsable, que el hecho fuera punible en el lugar de ejecución así como que mediase denuncia o querrela por parte del agraviado o el Ministerio Fiscal, los apartados tercero y cuarto del mismo precepto no estaban sujetos a dichos condicionamientos y solo se veían limitados por la excepción de cosa juzgada.

En cuanto a la configuración del principio de jurisdicción universal por la LOPJ, si bien el nexo jurisdiccional del art. 23.1 LOPJ era el territorio español, la del art. 23.2 la nacionalidad de los responsables y del art. 23.3 la protección de intereses esenciales del Estado español, en el

¹⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español", en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.), *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 16.

¹⁵ *Ibidem*, p. 17

¹⁶ RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia, "Delitos contra la comunidad internacional", en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, p. 882.

caso de la jurisdicción universal la única conexión de los Tribunales españoles con los hechos delictivos era, de acuerdo con la concepción doctrinal mayoritaria sobre este mecanismo, la naturaleza de los crímenes cometidos. El legislador español consagraba, pues, una jurisdicción universal pura,¹⁷ que no solo se manifestaba en la ausencia de vínculos adicionales de conexión con nuestro país, sino también en la posibilidad del inicio de la investigación sin contar con la presencia de la persona sospechosa en territorio español, permitiendo, pues, la activación de herramientas de cooperación judicial internacional para hacer efectiva esta presencia en el momento del enjuiciamiento.

El elemento más polémico de la redacción del precepto fue y sigue siendo, sin duda, la cláusula g) del apartado 4, según la cual los Tribunales españoles debían perseguir cualquier otro delito "que según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido por España". El problema ha consistido desde entonces en determinar qué delitos "deben" ser perseguidos por nuestros Tribunales, entendiéndose a primera vista que solo podría tratarse de aquellos ilícitos contemplados por instrumentos internacionales que impongan el principio de jurisdicción universal de forma obligatoria. Sin embargo, como ya se ha analizado, son muy escasos los instrumentos internacionales que establecen esta obligación de forma clara y taxativa. En la mayoría de los casos el principio de jurisdicción universal se establece de forma facultativa o solo se contempla de manera obligatoria la persecución con base en el principio de juzgar o extraditar, siendo, eso sí, muy común la existencia de cláusulas permisivas de todo título de jurisdicción seleccionado por las legislaciones nacionales de cada país en cuestión.

Esta cláusula del apartado 4 del artículo 23, ha supuesto, pues, en un considerable esfuerzo interpretativo de los instrumentos internacionales ratificados por España por parte de Jueces y Tribunales, no exento de desacuerdos y polémicas. La doctrina científica también se ha pronunciado sobre este extremo. Así, autores como García Sánchez han opinado que para un correcto funcionamiento del principio de jurisdicción universal, en la citada cláusula "se deberían de incluir todos los delitos que afecten a intereses internacionales declarados por los Tratados internacionales correspondientes ya sea expresa o tácitamente y que hayan sido ratificados por España".¹⁸ Es más, la propia autora, abogaba por una reforma dicha cláusula con el objeto de

¹⁷ Así lo reconoció el propio TC en su Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, como veremos a continuación.

¹⁸ En concreto, la autora considera que deberían entenderse incluidos en esta cláusula los siguientes delitos: toma de rehenes, represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, daños a cables submarinos, publicaciones obscenas, trata de

que se incluyesen todos los ilícitos internacionales "que se puedan perseguir en España conforme a los Tratados internacionales",¹⁹ para que esta no quede, en definitiva, sin efecto.

La misma opinión fue mantenida por Lamarca Pérez y Ollé Sesé, quienes consideraban que aquellos instrumentos internacionales en los que se reconoce el principio de jurisdicción universal solo de forma implícita, como es el caso de la Convención contra la Tortura o la de Desapariciones Forzadas, deberían considerarse incluidas en esta cláusula. Lo contrario, según los propios autores, dejaría esta fórmula prácticamente vacía de contenido.²⁰ Como veremos más adelante, la deriva legislativa del principio de jurisdicción universal se ha alejado notablemente de esta postura.

2.2. La introducción de nuevos delitos objeto de persecución universal: los delitos de prostitución y corrupción de menores, de mutilación genital femenina y de tráfico ilegal o inmigración de personas

El art. 23.4 LOPJ ha experimentado algunas modificaciones de pequeño calado al objeto de introducir nuevas figuras delictivas en su ámbito de aplicación, fruto de la necesidad de adaptación del sistema procesal español a la firma de instrumentos internacionales sobre las diferentes materias en cuestión.²¹

mujeres y niños, esclavitud, delitos contra personas internacionalmente protegidas, delitos de guante blanco cometidos por organizaciones nacionales o internacionales que practican el delito como medio de enriquecimiento y de manera habitual, los delitos de torturas, crimen organizado y tráfico de personas, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. GARCÍA SÁNCHEZ, B., "El Principio de...", art. cit., pp. 263-264.

¹⁹ *Ibidem*, p. 265.

²⁰ LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M., "La reforma del principio de justicia universal", *Revista La Ley Penal*, núm. 83, junio 2011 (edición digital). Encontramos, no obstante, opiniones doctrinales en sentido contrario. Así, De Llera Suárez-Bárcena, opinaba que "para que se pueda afirmar la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de un tratado es preciso que dicho tratado contenga una disposición establecida en los mismos términos que la ley interna, es decir, que les asigne jurisdicción a los tribunales españoles de manera directa, sin que baste con que la indique como deseable o que aconseje o, incluso, imponga a los Estados Partes el deber de modificar su derecho interno para adaptarlo a las sugerencias o a las obligaciones asumidas con la firma del tratado concreto de que se trate". DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, "La reforma de la jurisdicción universal operada por la LO 1/2009", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2010, (versión digital). Para el autor, la expresión "según los tratados o convenios internacionales...deba ser perseguido en España" solo puede ser interpretada entendiendo que los instrumentos internacionales deben atribuir la potestad de persecución y enjuiciamiento a los Tribunales españoles de manera directa. Por lo tanto, en sus palabras, "resulta obvio que sólo aquellos tratados que sean de los denominados *self-executing* —es decir, que no requieran legislación estatal de desarrollo—, pueden constituir la base jurídica para atribuir el conocimiento de los delitos a la jurisdicción española. *Ibidem*."

²¹ De Llera Suárez-Bárcena, en defensa de su postura, entiende que estas modificaciones legislativas no hacen sino mostrar que la cláusula h) del art. 23.4 sólo se refiere a los instrumentos internacionales de ejecución directa y que, para el resto de tratados

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, modificó por primera vez el art. 23.4 LOPJ, añadiendo una mención a los delitos de prostitución y corrupción de menores o incapaces dentro del elenco de delitos objeto del principio de jurisdicción universal, en cumplimiento de la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la explotación sexual de los niños.²²

Tiempo después, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, también modificó el art. 23.4. LOPJ²³ introduciendo un nuevo apartado g) por el que a partir del momento quedarían incluidos dentro del ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal los delitos relativos a la mutilación genital femenina, "siempre que los responsables se encuentren en España".²⁴

A pesar de lo acertado de la inserción de este tipo penal en la órbita del principio de jurisdicción universal, situando esta grave violación de derechos humanos en el lugar correspondiente y cumpliendo con las recomendaciones de los organismos internacionales en la materia, no debe pasarse por alto la inserción de un requisito extra para la persecución de este tipo de delitos. En efecto, la reforma de 2005, aunque no parecía revestir demasiada envergadura, inicia el camino de desnaturalización del principio de jurisdicción universal que la legislación española ha recorrido después ampliamente.

Este cambio no solo abría la puerta, como así fue, a la generalización de este requisito para otra serie de delitos. Además, en aquel momento suponía situar, sin motivo aparente, el delito de mutilación genital femenina en una categoría inferior a la del resto de crímenes incluidos

que sólo contemplan la jurisdicción universal como una posibilidad o recomendación, es necesaria la expresa mención de los delitos en el art. 23.4 LOPJ para que los Tribunales españoles gocen de competencia sobre los mismos. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *op. cit.*, p. 3.

²² Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Publicado en BOE núm. 104, de 1 de mayo, págs. 16099 a 16102. Como exponía la propia EM de la Ley, el objeto de esta reforma, que aparecía reflejada en la Disposición final, era el de "aplicar igualmente el principio de universalidad a los delitos de corrupción de menores o incapaces, por considerarlos en el actual momento histórico al menos de tanta trascendencia internacional como los relativos a la prostitución, al responder unos y otros a la categoría internacional de delitos de explotación de seres humanos, renunciando, además, al principio de la doble incriminación cuando no resulte necesario en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte". *Ibidem*.

²³ Obviando la añadidura efectuada en la letra e) por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de septiembre, según la cual la redacción de la misma pasaría a ser "Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces".

²⁴ Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005. Pág. 24457. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24457-24457.pdf> (Consultado el 11 de julio de 2015).

en el apartado cuarto del artículo 23, para los que el legislador no había considerado necesario introducir esta traba. Parecía enviarse un mensaje claro: la mutilación genital femenina no es tan grave como otras violaciones de derechos humanos que sí merecen ser perseguidas independientemente de la localización de los presuntos responsables. La discriminación de género que indirectamente plasmaba esta reforma resulta, en mi opinión, más que evidente.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración de personas modificó de nuevo el artículo 23 LOPJ en su apartado cuarto, con la inclusión de una nueva letra a) que decretaba la competencia de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los delitos de *Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores*, sin establecer requisitos adicionales para tal enjuiciamiento".²⁵

Con la aprobación de esta reforma se trataba de poner fin a la laguna por la que los Tribunales españoles carecían hasta la fecha de competencia para el enjuiciamiento en aquellos casos en los que un buque de pabellón español procedía al rescate en aguas internacionales de una embarcación que transportase personas indocumentadas con la intención de penetrar en territorio español, salvo en aquellos supuestos en los que tal tráfico de personas tuviese fines de explotación sexual.

La legislación española ya había abordado el fenómeno de la inmigración clandestina al introducir, a través de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, un nuevo Título XV bis en el CP relativo a los "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros"²⁶ con un artículo 318 bis que, tras la posterior reforma

²⁵ La propia EM de la Ley ya hacía referencia a las razones para la inclusión de estos crímenes en el ámbito del art. 23.4. LOPJ: "El tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas se encuadra entre los delitos caracterizados no sólo por atentar contra valores de carácter humanitario considerados esenciales por la Comunidad Internacional, sino también por la tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión. Además, estamos ante un tipo de criminalidad transnacional, ámbito en el cual el factor de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión, cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada". Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007, pp. 47334-47335.

²⁶ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Publicado en BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pp. 1139-1150.

efectuada en 2003,²⁷ castigaría en su apartado uno al "que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España" con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Precisamente la reforma procesal de 2007 venía a solucionar el problema del enjuiciamiento de las conductas tipificadas en el artículo 318 bis CP por los Tribunales españoles en casos de interceptación de embarcaciones en aguas internacionales.

Este problema había sido puesto de manifiesto en sede judicial en varias ocasiones antes de la reforma de 2007, obligando a la Sala Segunda del TS a pronunciarse al respecto con resoluciones criticadas por la doctrina por su excesiva creatividad.²⁸ En todo caso, la laguna legal fue finalmente colmada gracias a la promulgación de la LO 13/2007, de 19 de noviembre, que vino a legalizar esta jurisprudencia "creativa" del TS, poniendo fin a la problemática y a las críticas doctrinales al respecto.²⁹

3. Primeras actuaciones judiciales para el enjuiciamiento de crímenes internacionales con base en el principio de jurisdicción universal: España se convierte en referente mundial en la lucha contra la impunidad

Las primeras actuaciones de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como aquellas que más recorrido procesal han tenido, fueron las relacionadas con países latinoamericanos. En concreto, los casos más célebres, con inicio en el caso *Pinochet*, tuvieron que ver con la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes cometidos por el aparato estatal de las dictaduras argentina y chilena, si bien la represión ejercida en Guatemala también dio lugar a una de las Sentencias más emblemáticas de la jurisper-

²⁷ LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, pp. 35398-35404.

²⁸ Ver estudio en profundidad en PÉREZ ALONSO, Esteban, "Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo español", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), pp. 131-196.

²⁹ A pesar de que el propio Pérez Alonso considera que "la competencia extraterritorial en el caso del tráfico ilegal o inmigración clandestina debería fundamentarse sobre la base del principio real o de protección de intereses del Estado español y no en el de justicia universal, pues este delito no reúne las condiciones básicas que permitan afirmar que con el mismo se afectan intereses de la comunidad internacional". *Ibidem*, p. 172.

dencia constitucional española, destacando en ambos casos la pasividad, al menos inicial, de los órganos judiciales locales al respecto.

Por el contrario, no prosperaron las querellas interpuestas contra el militar hondureño Billy Joya,³⁰ o por violaciones de derechos humanos cometidas durante los mandatos de Alan García y Alberto Fujimori en Perú,³¹ destacando precisamente que en este último caso el rechazo se motivó por considerar los órganos encargados de tramitar las mismas que los Tribunales peruanos presentaban capacidad e intención de proceder al enjuiciamiento de los hechos denunciados. También fueron inadmitidas a trámite las querellas interpuestas contra Hugo Chávez³² y Fidel Castro,³³ si bien en estos dos casos el motivo fue el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de ambos como Jefes de Estado en ejercicio.³⁴

³⁰ El JCI núm. 2 de la AN rechazó la apertura de diligencias en relación con este caso, por Auto de 8 de septiembre de 1998, al considerar que el principio de irretroactividad de las normas penales impedía la aplicación del art. 23.4 LOPJ a unos hechos ocurridos en 1982, si bien solo dos meses más tarde el Pleno de la Sala de lo Penal de este mismo órgano rechazó este criterio (Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998).

³¹ La querella, presentada ante el JCI núm. 1, fue inadmitida por este órgano judicial por Auto de 15 de junio de 2001, confirmando dicha decisión el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 21 de enero de 2002. Una vez recurrida la inadmisión ante el TS, el Alto Tribunal resolvió el recurso de casación por STS 71/2003, de 20 de mayo, rechazando el mismo al considerar los hechos como meros actos de represión política y, en todo caso, alegando la subsidiariedad de la jurisdicción española y la capacidad para dicho enjuiciamiento de los órganos judiciales peruanos.

³² Presentada querella contra el ya fallecido Presidente de Venezuela, Hugo Chávez por terrorismo y crímenes de lesa humanidad, el JCI núm. 4 inadmitió a trámite la misma por Auto de 18 de marzo de 2003, al apreciar la existencia de inmunidad por razón del cargo del antiguo Jefe de Estado del país latinoamericano, si bien el Magistrado-Juez remitió testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de la CPI.

³³ El 5 de noviembre de 1998 se presentó querella contra Fidel Castro por delitos de genocidio, terrorismo y torturas. El JCI núm. 2 inadmitió la causa, confirmándose esta decisión por Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 4 de marzo de 1999, ante la apreciación de la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado cubano.

El 14 de octubre de 2005, otra querella fue interpuesta contra Fidel y Raúl Castro así como contra Osmani Cienfuegos y Carlos Amat, por la presunta comisión de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, torturas y terrorismo; también inadmitida por razón de inmunidad del Jefe de Estado por el JCI núm. 2, por Auto de 14 de octubre de 2005, apreciándose en relación con el resto de querellados conexidad subjetiva en relación con el principal de ellos, Jefe de Estado en ejercicio. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN confirmó la decisión el 10 de marzo de 2006.

La tercera querella contra los responsables del régimen cubano se interpuso el 26 de febrero de 2007, en este caso contra Fidel Castro y Osmani Cienfuegos, y concretada en la muerte de nueve prisioneros en 1961 como consecuencia del intento de invasión de Bahía de Cochinos. El JCI núm. 1 inadmitió a trámite la querella por Auto de 16 de abril de 2007, al apreciar identidad tanto de hechos denunciados como de querellantes en relación con las dos querellas anteriores; confirmando su propia decisión el mismo órgano por Auto de 25 de mayo de 2007.

Esta última decisión fue recurrida en apelación, para cuyo conocimiento la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN avocó al Pleno, que el 13 de diciembre de 2007 confirmó la inadmisión, estimando que el Sr. Castro gozaba de inmunidad, si bien aunque por su enfermedad hubiese cedido temporalmente el poder a su hermano.

³⁴ Por los mismos motivos tampoco prosperaron las querellas interpuestas contra el Rey Hassan II de Marruecos y contra el Presidente de Guinea Ecuatorial, Obiang Nguema.

Sin embargo, los verdaderos problemas llegaron cuando otros casos procedentes de localizaciones diferentes a la latinoamericana fueron iniciados en la AN, especialmente por estar relacionados con el aparato político y militar de grandes potencias internacionales. En concreto, nos referimos a los comienzos del caso *Couso* —dirigido contra oficiales del Ejército de Estados Unidos— y el caso *Falun Gong* —contra dirigentes del Gobierno de la República de China—. Como veremos, la tramitación de estos procedimientos, así como otros que vendrían después, y los problemas diplomáticos ocasionados en relación con los mismos, fueron el detonante que llevó a la restricción del ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal operada en 2009.

3.1. El célebre caso Pinochet

Los días 28 de marzo y 1o de julio de 1996 la Unión Progresista de Fiscales interpuso denuncia y sucesiva ampliación de la misma por los hechos delictivos que tuvieron lugar en Argentina y Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y marzo de 1990, contra los responsables de los asesinatos, secuestros y desapariciones masivas de disidentes políticos que ocurrieron durante las dictaduras militares argentina y chilena, en el marco de un plan de represión ideológica contra ciudadanos y residentes de estos países, destacando el hecho de que algunas de las víctimas, como Carmelo Soria, eran españolas.

El JCI núm. 6 admitió a trámite dicha denuncia en relación con los hechos ocurridos en Chile y se declaró competente para conocer de la misma, tras la emisión de un informe favorable por parte de la Fiscalía de la AN, momento a partir del cual fueron iniciadas las Diligencias Previas núm. 142/1996. Con posterioridad, el JCI núm. 6 se inhibiría a favor del JCI núm. 5, en el que se instruía la pieza separada relacionada con la *Operación Cóndor* (relativa a la desaparición de doscientos chilenos en territorio argentino), como parte del Sumario 19/1997, abierto en relación con los hechos ocurridos en Argentina.

El 2 de octubre de 1997 el Fiscal Jefe de la AN Eduardo Fungairiño Bringas, emitía un informe, conocido como *Informe Fungairiño*, contrario a la competencia española en los asuntos tramitados en los JCI núms. 5 y 6 por los hechos ocurridos durante las dictaduras militares en Argentina y Chile. Dicho informe entendía que ninguno de los títulos de jurisdicción contenidos en la LOPJ española en su redacción de aquel momento —principio de territorialidad, de perso-

nalidad activa, de protección real o de jurisdicción universal— podía sustentar la jurisdicción en tales casos.

Destaca del informe, en primer lugar, que el Fiscal califica de "prevalente" el principio de territorialidad sobre los títulos de jurisdicción de carácter extraterritorial. A continuación, ya en relación con el principio de jurisdicción universal, entiende que los hechos denunciados no se corresponden con ninguno de los delitos previstos expresamente por el art. 23.4 LOPJ (genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera o cualquier otro que según los Tratados internacionales suscritos por España deba ser perseguido por los Tribunales nacionales).

En relación con el delito de genocidio, afirma el Fiscal que la regulación de este crimen en el art. 607 CP, de modo idéntico a la establecida en el CPSG, se refiere a la destrucción de cualquier grupo nacional, étnico, racial o religioso, no apreciando que los hechos denunciados fueran motivados por la pertenencia de las víctimas a ninguno de los grupos mencionados.³⁵

En cuanto a la calificación de los hechos como actos de terrorismo, el Fiscal también descarta esa posibilidad, pues, ateniéndose a la idea de terrorismo del CP de 1995 (art. 571 y siguientes según la versión en vigor en 1998) cuestiona, por un lado, que las fuerzas armadas argentinas o chilenas puedan ser consideradas como una "banda armada". En cuanto al requisito de subvertir el orden constitucional, el Fiscal también lo descarta utilizando para ello un más que cuestionable razonamiento, según el cual "en cuanto a que la finalidad del exterminio de la disidencia política fuera la subversión del orden constitucional, no cabe olvidar que las Juntas Militares no pretendían sino la sustitución temporal del orden constitucional establecido, mediante acta institucional que tenía por objeto, precisamente, subsanar las insuficiencias que de ese orden constitucional adolecía para mantener la paz pública(...)".³⁶ Parece, de esta

³⁵ En concreto, afirma la Fiscalía: "La motivación de la criminal actuación de las Juntas Militares fue la venganza frente a los atentados terroristas de los "montoneros —en el primer caso— y la creencia de que el régimen de Salvador Allende acabaría con las estructuras políticas tradicionales chilenas —en el segundo—, lo que conlleva, desde el particular punto de vista de los militares sublevados, la necesidad de la eliminación física de todo rasgo de disidencia política, sin que la raza, religión, nacionalidad o etnia de los miles de muertos y desaparecidos fuese determinado de su actitud (...)". Informe del Fiscal de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 1997.

³⁶ *Ibidem*.

forma, que la Fiscalía de la AN con esta afirmación, ampliamente criticada,³⁷ otorgaba validez a los retorcidos argumentos que las autoridades de las Juntas Militares utilizaron como excusa para proceder al exterminio de la disidencia política.

Por otro lado, se refiere a la legislación de "punto final" emitida por las autoridades argentinas, otorgando también validez a la misma.³⁸ Por último, el Fiscal pasa a cuestionar directamente la propia eficacia del principio de jurisdicción universal, planteando la duda de si los delitos objeto de este título pueden ser perseguidos en cualquier país sin la existencia de ningún vínculo de conexión con los mismos. En su opinión, debería existir al menos un vínculo o punto de conexión entre el Estado de comisión de los hechos y el Estado de investigación y enjuiciamiento, más allá de la mera voluntariedad de este último. Para sustentar su tesis formula una serie de preguntas de dudosa pertinencia. Así, cuestiona: "¿Puede un Juez de Montreal (Canadá) entender de los delitos de piratería cometidos en el Mar de Arabia por marinos de las Islas Maldivas, porque la víctima haya acudido a ese Tribunal para formular la denuncia? ¿Puede un Juez de París entender de un delito de prostitución de menores en Sao Paulo (Brasil) porque una asociación internacional haya entendido a dicho Juez competente frente a otros?"³⁹

³⁷ Sirvan de ejemplo las palabras de Serrano Piedecabras: "Es frecuente que, transitoriamente en un país la legalidad sea antijurídica. Es decir, se sancionan leyes antijurídicas que, sin embargo, los jueces aplican escrupulosamente. Fue el caso de España durante la época franquista o de Chile y Argentina con sus Juntas Militares. Un golpe de Estado que derriba por la fuerza a un Gobierno elegido democráticamente se coloca inexorablemente fuera de la legalidad, más allá de los propósitos que animaron a esos militares en su aventura. Los presupuestos de igualdad, libertad y justicia ante la Ley son dogmas formales vacíos de contenido si no se crean incesantemente las condiciones necesarias para alcanzarlos. No debemos pensar que su reconocimiento constitucional conforma el punto de partida del sistema jurídico y político de un país, sino más bien el punto de llegada. Por eso, no se puede creer en aquellos que prometen salvar el orden democrático al tiempo que destruyen sin compasión el existente. Y, por eso, resulta difícil de justificar en la España de hoy las opiniones vertidas por la Fiscalía de la Audiencia Nacional". SERRANO PIEDECASAS, J. R., "La calificación de...", *op. cit.*, pp. 119-120.

³⁸ En concreto, afirma que "revisar por parte de un Juez español la legislación adoptada por el Parlamento argentino o las decisiones del legislativo chileno supone una fase de judicialización internacional del control de las violaciones de los derechos humanos para la que la vigencia del respeto de dichos Derechos se articula sobre la base de la participación de Estados independientes y soberanos en acuerdos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..." *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*. García Arán da respuesta a esta ilógica cuestión, que no hace otra cosa más que hacer patente un claro desconocimiento de la figura de la jurisdicción universal: "Lo cierto es que no es necesario que la hipotética asociación considere al hipotético juez competente "frente a otros", porque con ello se estaría manteniendo una concepción territorial y excluyente, que resulta ajena al principio de justicia universal. Con arreglo a éste, bastaría con que a ese hipotético juez se le considere "competente" y para serlo, basta con que la legislación francesa reconozca la protección universal frente a los delitos relativos a la prostitución. A partir de ahí, quedaría establecida la competencia jurisdiccional que, para poder ejercerse si los imputados no se encuentran en territorio del país que se considera competente, necesitará de otros mecanismos legales o policiales de cooperación dirigidos a colocarlos realmente bajo su jurisdicción. Pero en primer lugar, si los hechos se persiguen en Brasil, no será necesario que se ponga en funcionamiento el mecanismo internacional y, sobre todo, la hipotética dificultad de hacer efectiva la competencia internacional no puede llevar a vaciar de contenido el principio de jurisdicción universal". GARCÍA ARÁN, M, "El principio de justicia universal en la

Poco después, el 20 de enero de 1998, y con base en los mismos argumentos, la Fiscalía de la AN presentó una cuestión de jurisdicción ante el JCI núm.5, solicitando que se concluyese el sumario para que se dictase por la Sala de lo Penal el archivo de las actuaciones. Queda patente, pues, claramente cómo la posición del Fiscalía era contraria no solo a la legislación internacional sobre el principio de jurisdicción universal y al fundamento de este título, sino que también contradecía el propio art. 23.4 LOPJ vigente en el momento, que no exigía ningún vínculo de conexión con España para atribuir la competencia a los Tribunales españoles.

El 22 de septiembre de 1998, el señor Pinochet, confiando en su inmunidad diplomática, viaja a Reino Unido con la intención de ser operado de una hernia discal, teniendo lugar dicha operación el día 9 de octubre. Un día más tarde, Amnistía Internacional solicita su detención a las autoridades inglesas. Ante dicha solicitud de detención, la defensa del señor Pinochet alega que el pasaporte diplomático que porta impide un sometimiento del antiguo mandatario a un interrogatorio.

De forma paralela, los días 16 y 18 de octubre de 1998 el JCI núm.5 dicta un Auto de prisión provisional así como una ampliación del mismo y ordena librar urgentemente una orden internacional de detención ante las autoridades británicas. Estas medidas fueron recurridas una vez más por la Fiscalía de la AN, basándose otra vez en la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles así como en la inmunidad del antiguo dictador, dado su cargo de Senador vitalicio.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la AN fue convocado para pronunciarse sobre la controvertida cuestión de la competencia española sobre los casos de Argentina y Chile, que fue resuelta mediante los históricos⁴⁰ Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998. En concreto, el Auto de 5 de noviembre se pronuncia sobre cinco aspectos: 1) verdadero alcance del art. 6 CPSG; 2) aplicabilidad del art. 23.4 LOPJ como norma procesal vigente en el momento; 3) calificación de los

L.O. del Poder Judicial español", en GARCÍA ARÁN, M., y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crímen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 78.

⁴⁰ Autores como Castresana Fernández han calificado los mismos como "uno de los precedentes más importantes de la aplicación del derecho penal internacional desde los juicios de Núremberg y Tokio, con la excepción, quizá, de la constitución de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda; pero con la característica singular de que en este caso la iniciativa no era promovida por ningún Estado ni organismo internacional, sino por las víctimas". CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., "Pinochet: balance provisional", *op. cit.*, p. 7.

hechos imputados como delito de genocidio según la ley española; 4) tipificación de los hechos imputados como terrorismo y torturas; 5) cosa juzgada y *litis* pendencia.

1) Verdadero alcance del art. 6 CSPG

Como es sabido, el art. 6 CSPG dispone que: "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción".⁴¹ Para el Ministerio Fiscal, que ejercía como único apelante, este precepto excluiría la jurisdicción de los Tribunales españoles para los delitos de genocidio cometidos fuera del territorio nacional.

Sin embargo, el Pleno de la Sala discrepa de la opinión de la Fiscalía. Así afirma:

El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio —que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave— tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla.⁴²

En efecto, la AN, en un razonamiento acertado que coincide con nuestra posición expresada en el previo análisis del CPSG,⁴³ aclara, en contra del criterio de la Fiscalía, que del enunciado del art. 6 CPSG no puede derivarse una exclusión de la jurisdicción extraterritorial para el enjuiciamiento del mismo contemplada en la normativa española. Al contrario, la previsión contenida en el CPSG se trataría, como afirma García Arán, de un "compromiso de mínimos"⁴⁴

⁴¹ CPSDG, *loc. cit.*, art. 6.

⁴² Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 5 de noviembre de 1998, FJ 2.

⁴³ Véase capítulo 4, apdo. 1.3.1.

⁴⁴ GARCÍA ARÁN, M., "El principio de...", *op. cit.*, p. 82.

que nunca impediría que los respectivos legisladores nacionales concibiesen soluciones jurisdiccionales más amplias.⁴⁵

2) Aplicabilidad del art. 23.4 LOPJ como norma procesal vigente en el momento

El Pleno también es muy claro en relación con este aspecto. Así, entiende que el art. 23.4 LOPJ no se aplica de forma retroactiva cuando la jurisdicción se ejerce durante el tiempo vigente de la propia norma, como sucede en el supuesto enjuiciado, independientemente de en qué momento se produjesen los hechos delictivos en cuestión.⁴⁶

Como es lógico, pues, no debía acudir, para enjuiciar los hechos denunciados, a las reglas de competencia previstas en la antigua LOPJ de 1870, sino a las contempladas por la LOPJ de 1995, que sí otorgaban competencia a los Tribunales españoles para enjuiciar delitos de genocidio cometidos fuera de las fronteras nacionales, desde que este delito se incorporó al CP en 1971.⁴⁷ Esto porque, como apunta Gómez Colomer, "todos los procesos que surjan con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley procesal se rigen por ella, sea cual fuere el momento temporal en el que la relación jurídica (objeto del proceso civil) haya nacido, o en el que el delito (hecho criminal objeto del proceso) se haya cometido, divergencia que hay que fundar en el diferente desarrollo que tienen ambos derechos, el sustantivo y el procesal, plenamente autónomo este respecto a aquel".⁴⁸

⁴⁵ En realidad, como dice la autora, "ésta es una interpretación frecuente en la doctrina: del convenio no se deriva la competencia universal, pero tampoco existe una prohibición de la misma, lo que, vinculado a la posibilidad de establecer unilateralmente la competencia (siempre que no se ejerzan actos de soberanía en el territorio de otro Estado), impide considerar que el Convenio contra el genocidio sponga una limitación al principio de jurisdicción universal en la LOPJ española". *Ibidem*.

⁴⁶ Añade el Tribunal: "El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito—conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado— cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito". (FJ 3).

⁴⁷ Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal. Publicado en BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1971, pp. 18415-18419.

⁴⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., "Algunas precisiones en torno a la aplicación de la Ley Procesal Penal Española en el tiempo en el Caso Pinochet", art. cit., p. 92. El autor realiza dos importantes matizaciones en relación con este tema: "1) Que la ley procesal sea irretroactiva significa que sólo se aplicara a situaciones jurídicas o hechos si ésta ha entrado completamente en vigor; 2) En aquellos procesos que se encuentran en trámite cuando entra en vigor una nueva norma procesal, serán las disposiciones transitorias de la misma las que indiquen a qué fases del procedimiento en marcha se les aplicará la antigua o la nueva normativa". *Idem*, pp. 93-94.

No pueden obviarse, no obstante, las voces contrarias a esta posición cuando se trata de normas procesales cuya aplicación implica una restricción de derechos fundamentales o una disminución de garantías para la persona sometida al proceso. Así, Tomás Ortiz de la Torre señala la ausencia de una Disposición Transitoria en la LOPJ de 1985 que declarase aplicables sus disposiciones de forma retroactiva. Según el autor, "aplicar, por tanto, normas competenciales retroactivamente que afecten a cuestiones de fondo y a hechos, que aun cuando estén previstos en el Código penal entonces vigente, suponga un perjuicio para el reo entendemos que está fuera de los parámetros del Derecho penal comparado y de los que defienden hoy los especialistas de reconocida competencia".⁴⁹

Sin embargo, como decimos, la posición doctrinal mayoritaria, y a mi juicio más lógica, es la de otros autores como Gómez Campelo, para quien tampoco existe impedimento alguno para la atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles con base en la LOPJ de 1985, pues se trata efectivamente de una norma procesal y no sancionadora, cuyo objeto es el de regular la jurisdicción española pero no el de tipificar conductas.⁵⁰

Lamarca Pérez, de la misma opinión, añade además que en el momento de comisión de los hechos las conductas enjuiciadas estaban perfectamente definidas y sancionadas en la legislación penal española.⁵¹ En todo caso, afirma la autora que en el caso del delito de genocidio ni siquiera habría que acudir a una aplicación retroactiva de la LOPJ de 1985, pues ya en la LOPJ de 1870 se reconocía la competencia de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de delitos contra la seguridad exterior del Estado, incluido el delito de genocidio, con base en el principio real o de protección de intereses. Así, concluye que, al menos en lo que se refiere al delito de genocidio, no existiría ningún impedimento para la competencia de la jurisdicción española, "simplemente, si se trata de hechos acaecidos con anterioridad a 1985 la competencia resulta por aplicación del principio de protección de intereses y a partir de esa fecha por aplicación del principio de justicia universal".⁵²

⁴⁹ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., "Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿Tienen competencia los Tribunales españoles?", *Actualidad Penal*, núm. 30, 2000 (edición digital).

⁵⁰ GÓMEZ CAMPELO, Esther, "El derecho penal internacional ante el caso Pinochet", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 8, 1998-1999, p. 286.

⁵¹ LAMARCA PÉREZ, C., "El principio de...", *op. cit.*, p. 1103.

⁵² *Ibidem*. Mayores problemas entiende que existirían en relación con el delito de terrorismo, de no ser admitido que la prohibición de irretroactividad sólo afecta a las normas penales sustantivas. Propone dos tipos de soluciones. En primer lugar, podría interpretarse que existe un conflicto entre el principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial

3) Calificación de los hechos imputados como delito de genocidio, según la ley española

A continuación se refiere el Pleno de la Sala de lo Penal a una de las cuestiones jurídicas más controvertidas de la causa: la calificación de los hechos denunciados como delito de genocidio. No se trata esta de una cuestión pacífica. Como veíamos en el capítulo 4,⁵³ el CPSG define el genocidio como "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal".⁵⁴ Cuanto el delito de genocidio fue incluido en el CP español, en 1971, el art. 137 bis definió este añadiendo el concepto de grupo social: "Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes (...)".⁵⁵ Sin embargo, el CP de 1995 eliminó la referencia al grupo social en su art. 607, ciñendo el tipo delictivo a la destrucción, total o parcial, de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.⁵⁶

Como vemos, ninguna de las dos definiciones incluye de manera expresa el grupo político dentro del ámbito de aplicación del delito de genocidio. El Ministerio Fiscal sostuvo, por lo tanto, que los hechos imputados no podían ser calificados como genocidio, al considerar que la represión ejercida por la dictadura militar chilena no tuvo como objetivo ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso. Sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Penal realiza una interpretación amplia del tipo, afirmando: "El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos 'grupo nacional' no signifiquen 'grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación', sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor".⁵⁷

efectiva del art. 24 CE, que se resolvería aplicando preferentemente el art. 24 ante la falta de acción de los Tribunales chilenos al respecto. De no prosperar este criterio, existe un segundo insoslayable, a juicio de la autora: en el momento de la comisión de los hechos el delito de terrorismo estaba tipificado como delito militar, dándose la situación de que el Código de Justicia Militar establecía, en su art. 17, la competencia de los Tribunales españoles para juzgar los delitos en éste contenidos, con base en el principio de jurisdicción universal. Ídem, pp. 1103-1105.

⁵³ Cfr. Capítulo 4, apdo. 1.3.1.

⁵⁴ CPSDG, *op. cit.*, art. 2.

⁵⁵ Art. 137 bis CP 1973. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Publicado en BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, pp. 24004 a 24018.

⁵⁶ En la actualidad, tras la modificación del Código penal efectuada en 2015 (LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, publicado en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176) se incluye también el grupo determinado por la discapacidad de sus integrantes.

⁵⁷ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998 (FJ 5).

El Tribunal juzga, pues, que un entendimiento restrictivo del tipo de genocidio llevaría a excluir también otras acciones tan odiosas como la eliminación sistemática de los enfermos de SIDA, de los ancianos o de los extranjeros. Así, centrándose en los hechos imputados, concluye: "En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar".⁵⁸

Esta consideración es compartida por autores como Serrano Piedecabras, que si bien negó la posibilidad de considerar los grupos políticos como sujetos pasivos del delito de genocidio,⁵⁹ considera, al igual que la AN, que las miles de personas desaparecidas o asesinadas en Chile y Argentina conforman un grupo nacional.⁶⁰

Lamarca Pérez también se pronuncia a favor de la consideración de los hechos como delito de genocidio, afirma que no debe "postularse una interpretación formal de los términos utilizados en el delito de genocidio sino una más acorde con el sentido teleológico del mismo que no es otro que intentar evitar el exterminio de colectivos o grupos contrarios al poder o al modelo mayoritario imperante".⁶¹

En el mismo sentido, Ollé Sesé defiende que "el ataque a bienes jurídicos individuales, con la finalidad de destruir a un grupo humano con identidad propia y diferenciada respecto de

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ "El exterminio total o parcial de un grupo político no está previsto como un supuesto de genocidio en el Código penal, en consecuencia, si queremos que el acto no quede impune tendrá el Juez que tratarlo como un conjunto de asesinatos, lesiones, agresiones sexuales, etc., con sujeción a las reglas generales de la prescripción de los delitos y a las limitaciones jurisdiccionales propias de los delitos comunes. De esta forma esos colectivos humanos resultan excluidos de la especial tutela que les ofrece la Convención contra el Genocidio y por la normativa que plasma tales acuerdos en los respectivos ordenamientos internos". Serrano Piedecabras, J.R., "La calificación de...", art. cit., p. 122.

⁶⁰ En este sentido afirma que dicho grupo humano es un "grupo nacional y sus autores realizan su actividad criminal con el claro propósito de exterminar parcialmente a sus componentes en el marco de un régimen de terror basado en la eliminación sistemática y calculada desde el Estado. Esta interpretación no es extensiva del tipo, como aduce el Ministerio Fiscal, sino intensiva. Interpretación que destaca los contenidos materiales respecto de los formales. Acorde con una concepción material del injusto que justifica la punición del comportamiento típico desde la perspectiva de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y no sólo, desde la voluntad criminal manifestada externamente". Ídem, p. 128.

⁶¹ LAMARCA PÉREZ, C., "El principio de...", art. cit., p. 1105.

una colectividad"⁶² constituye el genocidio de un grupo nacional. De acuerdo con esta interpretación amplia que propone de grupo nacional, caracterizado principalmente por las notas de estabilidad, identidad y homogeneidad, "una vez constatado que el grupo denominado político concentra estas peculiaridades o rasgos, tendrá la consideración de 'grupo nacional' y, consecuentemente, será objeto de protección por el tipo de genocidio",⁶³ en palabras del autor.

Sin embargo, también es fácil encontrar opiniones de reputados autores, como Gil Gil, que no están de acuerdo con la calificación de los hechos como delitos de genocidio. Así, la autora afirma que "Si bastara para calificar las muertes masivas de personas con que las víctimas pertenecieran a una misma nacionalidad cualquier masacre cometida con la participación o tolerancia del Estado se convertiría en un genocidio, lo que ni tiene sentido ni se ajusta a la voluntad de la Convención".⁶⁴ También Gómez Campelo califica la acusación de genocidio de "compleja y de difícil justificación".⁶⁵ Tomás Ortiz de la Torre va más allá, al declarar que el Auto del Pleno "está modificando el texto convencional al ampliar sus términos, lo que resulta contrario al derecho internacional regulador de los tratados internacionales, ya que ello supone una modificación de la Convención de 1948".⁶⁶ Por dichas razones, considera el autor que en el caso chileno no cabe la calificación de genocidio sino la de una pluralidad de delitos individualizados como asesinatos, desapariciones forzadas, sustracciones de menores, etcétera.⁶⁷ Mucho más contundente es Rodríguez Ramos, quien afirma que la pretensión de reconocer la jurisdicción de los Tribunales españoles por ser los hechos constitutivos de genocidio era insostenible, desde el punto de vista sustantivo, en cuanto suponía "una interpretación extensiva, analógica *in malam partem* vetada por el principio de legalidad de los delitos".⁶⁸

⁶² OLLÉ SESÉ, M., *Justicia internacional para...*, op. cit., p. 503.

⁶³ *Ibidem*, p. 523.

⁶⁴ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 185. Añade la autora: "La interpretación de Garzón sería equiparable a la hipotética afirmación de que el exterminio de los ciudadanos de raza judía que habitaban en la Alemania nazi o en los territorios ocupados no fue un genocidio del pueblo judío, cometido con la intención de exterminar a los judíos, sino un genocidio de las nacionalidades alemana, polaca, austríaca, francesa, etc., cometido con la intención de destruir parcialmente dichas nacionalidades". *Ibidem*. En un trabajo posterior, insistió la autora en su postura: "Personalmente no estoy de acuerdo con la calificación jurídica de los hechos que en mi opinión no constituirían genocidio o terrorismo sino crímenes contra la humanidad, y por otro lado la competencia por el delito de torturas es sumamente cuestionable". GIL GIL, Alicia, "Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, 2006, p. 55.

⁶⁵ GÓMEZ CAMPELO, E., "El derecho penal internacional...", art. cit., p. 304.

⁶⁶ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., "Reflexiones sobre el...", art. cit.,

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La extradición de Pinochet: error jurídico y error político", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999 (edición digital).

4) Tipificación de los hechos imputados como terrorismo y como torturas

La AN aclara, en primer lugar, que la calificación de los hechos imputados como terrorismo es irrelevante, puesto que los mismos se integran en el delito de genocidio. En todo caso, entiende el Tribunal que los hechos pueden incardinarse en el tipo delictivo de terrorismo, al apreciarse la intención de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública así como la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, pues aunque los autores ostentasen cargos institucionales, los hechos denunciados no se realizaron en el ejercicio regular de dicho cargo, si bien se prevalieron del mismo para la comisión de estos.⁶⁹

Lamarca Pérez incide sobre el rechazo de los criterios que niegan la calificación de los hechos como terrorismo por falta de organización armada. A su juicio, no existe ningún obstáculo para calificar a los grupos que operaban en las dictaduras argentina y chilena como bandas armadas, al estar presentes los elementos de jerarquía, organización, disponibilidad de armamento y voluntad de asociación. En palabras de la autora: "No es óbice para esta calificación que la organización estuviera compuesta precisamente por parte del ejército del propio Estado que, actuando al margen de la legalidad, no merece otro calificativo que el de banda armada".⁷⁰

Por otro lado, García Arán señala que la inclusión del terrorismo en el ámbito del principio de jurisdicción universal significa que España considera el terrorismo como un crimen contra bienes jurídicos internacionales y que, además, admite el predominio de las normas internacionales sobre el derecho nacional.⁷¹ La autora añade además una apreciación: "sin la persecución internacional del terrorismo internacional, la laguna sería evidente: estos actos serían totalmente impunes y por ello, la apelación a la justicia universal es necesaria para evitar

⁶⁹ Concluye su razonamiento con una interesante cita de Quintano Ripollés: "Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevalece del aparato de autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo". Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 5 de noviembre de 1998, FJ 6.

⁷⁰ LAMARCA PÉREZ, C., "El principio de...", *op. cit.*, p. 1107.

⁷¹ GARCÍA ARÁN, M., "La calificación de...", *op. cit.*, p. 132.

la impunidad".⁷² Desde esta óptica, se pronuncia sobre la referencia del art. 23.4 LOPJ a la necesaria calificación de los hechos como terrorismo "según la ley española", entendiéndose que el bien jurídico protegido por este delito (la seguridad del Estado, el orden público o el orden institucional) es un concepto interpretativo en el contexto de la extensión de competencia española que efectúa dicho precepto "y el sentido de dicha interpretación no puede ser otro que el de entender que, a los efectos de la LOPJ, el terrorismo, calificado en sus elementos típicos 'según la ley penal española', es también un delito contra el orden institucional de otros países cuando se ve atacado por hechos violentos contra las personas y los derechos humanos".⁷³

Encontramos también un análisis sobre este aspecto en el Informe "Contra la impunidad", de la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas de España (FAP). En este documento, redactado por varios Catedráticos de Derecho Penal,⁷⁴ se afirma que la referencia a la Ley penal española del art. 23.4 LOPJ significa que es suficiente con que los hechos sean calificables como terrorismo en España, no exigiéndose en este punto la doble incriminación. Se establece, pues, según sus autores, que la competencia extraterritorial de los Tribunales españoles se activa en aplicación de la ley española, "pero ello no significa que opera solo para proteger intereses españoles porque resultaría incomprensible el principio de justicia universal".⁷⁵

El Auto no entró tampoco al detalle sobre la tipificación de los hechos como torturas, al entender que estas estarían integradas en los tipos de genocidio o terrorismo. Por tal motivo, no se entra a valorar si los Tribunales españoles tendrían competencia para conocer de los delitos de torturas a través del art. 23.4 g) LOPJ en relación con la Convención contra la Tortura. Resulta cuando menos curioso que en España no se produjese apenas debate en torno a la competencia sobre este tipo delictivo⁷⁶ mientras que una vez que el procedimiento se desarrolló en el Reino Unido, este se limitó en exclusiva a las torturas cometidas con posterioridad a la fecha en que la Convención contra la Tortura entró en vigor en este país.⁷⁷

⁷² *Ibidem*, p. 138.

⁷³ *Ibidem*, p. 144.

⁷⁴ Mercedes García Arán, Hernán Hormazábal, Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano Piedecabras y Diego López Garrido.

⁷⁵ AA.VV., "Contra la Impunidad. Informe de la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas de España (FAP)", en *América Latina, Hoy*, núm. 20, diciembre 1998, p. 81.

⁷⁶ Algunos autores, como Rodríguez Ramos, se manifestaron en contra de ésta. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La extradición de...", *op. cit.*

⁷⁷ En el mismo sentido CASTRESANA FERNÁNDEZ en CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., "Pinochet: balance provisional", *op. cit.*, p. 8.

5) Cosa juzgada y *litis* pendencia

Ante las alegaciones efectuadas por la Fiscalía, aduciendo la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles por falta del requisito contemplado en el art. 23.2 c) LOPJ ("que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena"), habiéndose citado por el Ministerio Público tres casos en los que los Tribunales chilenos habían decretado el sobreseimiento definitivo de las causas por aplicación del Decreto-Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de la República por el que se amnistiaban los delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el Pleno de la Sala es contundente: "Con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al *ius cogens* internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política (...)".⁷⁸

En relación con este tema, resulta interesante la distinción que García Arán efectúa entre los presuntos responsables que ya fueron objeto de un procedimiento jurisdiccional en Chile y de un indulto —señalando en todo caso que dichos indultos no recayeron sobre los delitos por los que estaban siendo imputados en España, luego la competencia de nuestros Tribunales podría mantenerse—, y de quienes, como Augusto Pinochet, nunca fueron objeto de enjuiciamiento alguno. En este segundo caso, como dice la autora, "ya no estamos planteando el vigor de decisiones jurisdiccionales derivadas del ordenamiento internacional (lo que sí se relacionaría con la cosa juzgada), sino la colisión de una decisión legislativa (la chilena) con normas internacionales o con el ordenamiento de otro país que se declara competente basándose en esas mismas normas internacionales. La conclusión no puede ser otra que la prevalencia de las segundas".⁷⁹

En efecto, resulta imprescindible distinguir entre los indultos, como ejercicio de un derecho de gracia del Poder Ejecutivo fruto de un ejercicio de jurisdicción previo, de las leyes de amnistía, que suponen una renuncia del Poder Legislativo al ejercicio de la jurisdicción sobre unos. Teniendo en cuenta lo anterior concluye García Arán que "las leyes de amnistía no solo no son un obstáculo a la competencia extraterritorial española sino que, en tanto contienen

⁷⁸ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 5 de noviembre de 1998, FJ 5.

⁷⁹ GARCÍA ARÁN, M., "El principio de...", *op. cit.* p. 86

renuncias a la jurisdicción proporcionan el genuino supuesto de hecho para que dicha competencia adquiriera vigor y pueda ser ejercida".⁸⁰

No podemos olvidar que la Ley de Amnistía de 1978, que aprobó la Junta de Gobierno Militar chilena, amparaba todos los delitos cometidos entre el golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, coincidiendo con la época de mayor represión en el país, lo que sitúa dicho texto legal al margen del derecho internacional, al haberse llevado a cabo una despenalización de hechos delictivos basada exclusivamente en motivaciones políticas.⁸¹

Por los motivos expuestos, el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN acuerda desestimar el recurso interpuesto y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

De forma paralela, el JCI núm. 5 emitía el 3 de noviembre de 1998 un Auto proponiendo al Gobierno español la solicitud de extradición de Augusto Pinochet en el que se pronuncia, por vez primera, sobre el tema de la alegada inmunidad de jurisdicción del ex dictador, basada principalmente en su cargo de Senador vitalicio.⁸² El Magistrado-Juez propone al Gobierno de España que solicite de las Autoridades Británicas competentes la extradición del Sr. Augusto Pinochet por la presunta comisión de delitos de genocidio, terrorismo y torturas. A continuación,

⁸⁰ Ídem, p. 87.

⁸¹ GÓMEZ CAMPELO, E., "El derecho penal internacional...", *op. cit.*, pp. 303-304.

⁸² Se exponen los siguientes argumentos:

1. El Sr. Pinochet se convirtió en Jefe de Estado una vez derrocado a la fuerza un Gobierno democrático
2. Los delitos imputados son crímenes de Derecho internacional
3. En el momento de comisión de los mismos, estos también eran delito según la legislación penal chilena, si bien más adelante fueron amnistiados
4. Los crímenes de Derecho internacional no pueden ser amnistiados
5. El Acta de Inmunidad de Estado de Reino Unido de 1978 se refiere de forma conjunta a la inmunidad diplomática, la inmunidad soberana y la inmunidad del Jefe de Estado. Aclara el JCI núm. 5, en este sentido, que en todo caso el Derecho internacional no obliga a la protección de los ex Jefes de Estado. En este sentido, añade "todo el Derecho Penal Internacional moderno rechaza, sea expresamente o implícita pero claramente, las defensas basadas en doctrinas de actos oficiales y en inmunidades de jefes de Estado o similares".
6. Rechazo de la idea según la cual un rechazo de la inmunidad de Pinochet por parte de las autoridades británicas podría sentar precedentes que más tarde derivasen en acusaciones de imputaciones falsas que afectasen a otros Jefes de Estado.
7. Si los Tribunales del Reino Unido no concediesen la extradición de Augusto Pinochet, amparando una política pública nacional que se opone a que se juzguen en dicho país a ex Jefes de Estado, incluso aunque estos estén acusados de la comisión de crímenes internacionales, "estarían imponiendo sus propias políticas a España en un caso en el que los intereses de España son mayores y se han enunciado con mayor claridad y, por tanto, tienen derecho a prevalecer" (FJ 4).

el procedimiento de extradición seguido en el Reino Unido⁸³ fue protagonizado por una histórica Sentencia de la Cámara de los Lores en la que, como ya se sabe, se reconoció el carácter de crimen internacional del delito de tortura y se rechazó el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción por la comisión de este crimen. No obstante, el Ministro del Interior del Reino Unido, Jack Straw, decidió, el 11 de enero de 2000, denegar la extradición de Augusto Pinochet al considerar que este se encontraba gravemente enfermo. Finalmente, el 3 de marzo del mismo año, el antiguo dictador regresó a su país de origen.

A pesar de este extremo, no puede negarse la enorme importancia histórica del caso *Pinochet* para el desarrollo del derecho penal internacional y de la protección internacional de los derechos humanos, más específicamente en su vertiente de lucha contra la impunidad, como tampoco puede negarse que con este caso los Tribunales españoles se constituyeron como referente del principio de justicia universal a nivel mundial.

3.2. El inicio de los desencuentros entre Tribunales por la aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso Guatemala

3.2.1. La postura de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo

El caso *Guatemala* fue iniciado mediante la interposición de una denuncia ante la AN por parte de la Premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú el 2 de diciembre de 1999. En concreto fueron denunciados delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal contra ocho altos cargos del Gobierno de dicho país —encontrándose entre ellos los antiguos Jefes de Estado golpistas Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejías Vítores—, como responsables del período de guerra y dictadura que se prolongó durante 36 y, más en concreto, del período entre 1962 y 1996, que fue objeto de investigación por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, creada por los Acuerdos de Paz de Oslo de 1994. También se refería la denuncia a los asesinatos de cuatro sacerdotes españoles cometidos entre 1978 y 1983 y al asalto de la Embajada española el 31 de enero de 1980, que tuvo como resultado la muerte de 39 personas. A la

⁸³ Ya expuesto en el capítulo 3, apdo 2.7.

denuncia inicial se adhirieron varios familiares de víctimas como acusación particular así como algunas organizaciones de derechos humanos⁸⁴ como acción popular.

El JCI núm. 1 de la AN admitió a trámite la denuncia, declarándose competente para el conocimiento de la misma. Sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Penal de dicho órgano, previo recurso del Ministerio Fiscal —haciendo gala de su ya tradicional oposición al principio de jurisdicción universal plasmada en los procedimientos relativos a los casos de Argentina y Chile—, declaró, por Auto de 13 de diciembre de 2000, la ausencia de jurisdicción española en el referido caso.

Como motivo principal de la inadmisión el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN apuntó al respeto a un supuesto principio de subsidiariedad de la actuación de los Tribunales españoles a aplicar en casos de genocidio cometidos fuera de las fronteras nacionales. La Sala añade: "En el caso de autos, como se anticipa en el fundamento primero, el Instructor establece una premisa fáctica, inactividad de la justicia guatemalteca que, a diferencia de los supuestos que contemplamos para Chile y Argentina, no se ha constatado para que se legitime la actuación subsidiaria de la jurisdicción española".⁸⁵ Para tal afirmación, la Sala se apoya en la firma de los Acuerdos de Paz, el último de ellos el de Paz Firme y Duradera de 21 de diciembre de 1996, que pusieron fin al conflicto armado, como consecuencia de los cuales se puso en marcha la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, con el apoyo de las Naciones Unidas, cuyo informe se dio a conocer el 25 de febrero de 1999. También cita la Ley de Reconciliación Nacional, de 18 de diciembre de 1996, aprobada por el Decreto núm. 145-96, cuyo artículo 8 excluye expresamente la extinción de la responsabilidad penal por la comisión de delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada y otros que no admitan dicha extinción de responsabilidad con base en el derecho nacional o internacional. En conclusión, "el Pleno de la Sala entiende que en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito de genocidio presuntamente cometido en el territorio de dicho país".⁸⁶

⁸⁴ Asociación de Derechos Humanos de España, Asociación Libre de Abogados, Asociación contra la Tortura, Associació d'Amistat amb el Poble de Guatemala, Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y África, Comité Solidaridad Internacionalista de Zaragoza, Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos de Madrid.

⁸⁵ Auto de la Sala de lo Penal de la AN, de 13 de diciembre de 2000, FJ 3.

⁸⁶ *Ibidem*.

Con posterioridad, la Sala Segunda del TS se vio obligada a pronunciarse, tras la interposición del correspondiente recurso de casación, mediante Sentencia de 25 de febrero de 2003,⁸⁷ de la cual pueden resaltarse las siguientes cuestiones doctrinales.

En relación con la interpretación del art. 7 CPSG seguida por la AN, según la cual se deducía la subsidiariedad de la jurisdicción española, el TS rechaza tal criterio, afirmando que el mismo no se encuentra consagrado ni expresa ni implícitamente en dicho instrumento internacional. Así es, en efecto, pues el ejercicio de la jurisdicción con base en el principio de justicia universal es concurrente y no subsidiario en relación no solo con otras jurisdicciones de terceros Estados sino también con la propia CPI, existiendo la única limitación de la prohibición de cosa juzgada.⁸⁸

La Sala, sin embargo, va más allá y afirma que un juicio sobre la capacidad de administrar justicia de los órganos de otro Estado soberano, "que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales",⁸⁹ no corresponde a los Tribunales sino al Gobierno, encargado de dirigir la política exterior, según lo dispuesto en el art. 97 CE. Olvida el TS en este punto que el enjuiciamiento de crímenes internacionales es un asunto de Justicia, independientemente de las consecuencias diplomáticas que pudieran derivarse de la apertura de determinados procedimientos judiciales. No deberían, pues, ser los Gobiernos los que tomaran decisiones sobre la pertinencia o no de iniciar procesos judiciales en general y, más en concreto, por la comisión de crímenes internacionales.

El TS entiende que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio "en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico".⁹⁰ En lo que se refiere a la aplicación del principio de jurisdicción universal a este delito, la Sala afirma que, si bien el CPSG no prevé expresamente la jurisdicción universal para el mismo, tampoco prohíbe esta, que sí aparece contemplada en el art. 23.4 LOPJ. No obstante, y a pesar de la mención expresa del genocidio

⁸⁷ STS 327/2003, de 25 de febrero.

⁸⁸ Como afirma Ollé Sesé: "Para que un determinado tipo de injusto internacional de primer grado no pudiera ser perseguido en España por la previa o simultánea acción de otro tribunal nacional, incluyendo el del lugar del hecho, sería necesario que éste hubiera sido juzgado, que se asegurasen a todas las partes las garantías del debido proceso, que el enjuiciamiento fuera de buena fe y que la sentencia adquiriese firmeza". OLLÉ SESÉ, M., *Justicia internacional para...*, op. cit., p. 387.

⁸⁹ STS 327/2003, de 25 de febrero, FJ 6.

⁹⁰ *Ibidem*, FJ 7.

en el citado precepto, el TS estima que debe ser analizado si el principio de jurisdicción universal puede ser aplicado "sin tener en consideración otros principios del derecho internacional público",⁹¹ refiriéndose en concreto al principio de soberanía estatal y al principio de no injerencia en los asuntos internos de otros países.⁹²

En relación con el genocidio denunciado, y ante la ausencia de previsión expresa al respecto en el CPSG, afirma el Tribunal: "No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes".⁹³ Sí declara, en cambio, la jurisdicción española para el enjuiciamiento por torturas, al existir un punto de conexión en relación con la nacionalidad española de las víctimas.

El carácter controvertido de este fallo quedó debidamente reflejado en el voto particular incorporado al mismo, firmado por la mitad menos uno de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda, que discrepó tajantemente del criterio mayoritario. En efecto, este voto particular, con el que coincido, considera que la sentencia realiza una interpretación *contra legem* del art. 23.4. LOPJ, al establecer una serie de requisitos para el ejercicio de la jurisdicción universal no contemplados en dicho precepto, pues el mismo solo se atiene a la naturaleza del crimen internacional en concreto.⁹⁴ Además, en dicho Voto Particular se mantiene que ni del CPSG ni del art. 23.4 LOPJ se desprende el citado principio de subsidiariedad aplicado a la justicia universal sino más bien el de concurrencia de jurisdicciones.⁹⁵

⁹¹ Ídem, FJ 8.

⁹² Siguiendo esta línea argumentativa, señala el Tribunal que "no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al derecho penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción". Ídem, FJ 9.

⁹³ *Ibidem*, FJ 11.

⁹⁴ Voto Particular que formulan los Excmos. Sres. Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Maraño Chavarrí, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez. FJ 6.

⁹⁵ *Ibidem*, FJ 3.

3.2.2. Las desavenencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: STC 237/2005, de 26 de septiembre

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de febrero de 2003 fue objeto de un recurso ante el Tribunal Constitucional (TC) que fue resuelto por la sentencia STC 237/2005, de 26 de septiembre, por la que se concede amparo a los recurrentes, declarando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

El TC recuerda, en primer lugar, sus previos pronunciamientos sobre el principio de jurisdicción universal y, más en concreto, sobre su fundamento y sobre el criterio que debe regir en las relaciones entre las diferentes jurisdicciones nacionales con competencia para el enjuiciamiento de crímenes internacionales: el principio de concurrencia.⁹⁶ Además, aclara el TC que este principio de concurrencia en ningún caso implica que los denunciadores deban acreditar la imposibilidad legal de proceder al enjuiciamiento en el país de comisión de los hechos o la prolongada inactividad judicial, como defendía la AN.

En cuanto a la regulación del principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ el TC señala que el alcance otorgado por el precepto a este título de jurisdicción es muy amplio, ya que la única limitación expresamente contemplada en la norma es la de cosa juzgada.⁹⁷ Sin embargo, el propio TC deja la puerta abierta a una posible limitación futura del principio de justicia universal, si bien por vía legislativa: "Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal

⁹⁶ Concretamente la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3, puso de manifiesto que "al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos... Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional". Asimismo, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que "el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes". STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3.

⁹⁷ Como afirma el propio Tribunal: "En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución". *Ibidem*.

haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación".⁹⁸

Por otro lado, el TC también rechaza la interpretación llevada a cabo por el TS sobre el CPSCG. En concreto, afirma con absoluta rotundidad que el hecho de que este instrumento internacional solo mencione algunos de los posibles métodos para la persecución del genocidio no implica que exista una prohibición aplicable a los Estados Parte de perseguir este crimen internacional con base en el principio de jurisdicción universal, no mencionado en el articulado del Convenio.⁹⁹ También rechaza, a continuación, la supuesta regla de costumbre internacional que el TS había esgrimido para justificar la necesidad de la existencia de un vínculo de conexión con el Estado en cuestión como requisito para la asunción unilateral de competencia con base en el principio de jurisdicción universal.¹⁰⁰

Por último, y en relación con los propios vínculos de conexión esgrimidos por el TS —la presencia del acusado en el territorio estatal, la nacionalidad de las víctimas y la vinculación de los hechos delictivos con intereses españoles—, el propio TC concluye

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ".¹⁰¹

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Idem*, FJ 4.

¹⁰⁰ *Idem*, FJ 6.

¹⁰¹ *Ibidem*, FJ 8.

En consecuencia, el TC otorga el amparo por vulneración del art. 24.1 CE y ordena anular las resoluciones de la AN y del TS y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la emisión de las mismas.

Como consecuencia de la STC 237/2005, de 26 de septiembre, la AN emitió un acuerdo no jurisdiccional, de 3 de noviembre de 2005, por el que adoptó un confuso criterio de razonabilidad. Así, afirma que "(...) deberá, como regla general, aceptarse la jurisdicción, salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos".¹⁰² Este criterio de razonabilidad fue criticado por la doctrina, dado el carácter absolutamente indefinido del mismo.¹⁰³ Parecía, pues, que una vez más los Tribunales españoles imponían requisitos al principio de jurisdicción universal, contrarios a la redacción de la LOPJ vigente en aquel momento.

En todo caso, el JCI núm. 1 dictó un Auto el 12 de julio de 2006, en cumplimiento de la STC 237/2005, por el que emitía una orden de captura internacional así como el embargo de bienes y el bloqueo de las cuentas bancarias de los imputados en el caso *Guatemala*. Sin embargo, las autoridades judiciales españolas encontraron muchas resistencias desde el país latinoamericano. Así, la Corte Constitucional guatemalteca dictó una resolución, el 12 de diciembre de 2007, por la que denegó la solicitud de extradición de los imputados, declarando la falta de competencia de la jurisdicción española. Ante tal respuesta, el JCI núm. 1 dictó un nuevo Auto, el 16 de enero de 2008, en el que afirmaba que con, esta actitud, Guatemala se situaba "entre los países que violan sus obligaciones internacionales y desprecian la defensa de los derechos humanos", mientras que simultáneamente anulaba todas las comisiones rogatorias dirigidas a este país y emitía una nota en los medios de comunicación por la que solicitaba información relevante sobre el caso a cualquier persona que pudiera aportarla.¹⁰⁴

¹⁰² Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 2005.

¹⁰³ Así, encontramos la opinión de Ollé Sesé: "Los conceptos utilizados por el acuerdo no jurisdiccional —lugar de comisión extraño y/o alejado, el interés directo, o relación con los delitos del querellante o denunciante— son conceptos eminentemente subjetivos e indeterminados de peligrosa valoración que pueden conducir a situaciones contradictorias en su aplicación y a negar la tutela judicial efectiva de las víctimas de estos horribles crímenes". OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, op. cit., p. 376.

¹⁰⁴ PÉREZ ALONSO, Esteban J., "Caso Guatemala", *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, La Ley, Madrid, Marzo 2011, (edición digital).

3.3. Avances en los casos Argentina y Chile. La sentencia de la Audiencia Nacional relativa al caso Scilingo

Los procedimientos en relación con las dictaduras argentina y chilena continuaron abiertos y experimentaron algunos avances. Así, el 24 de agosto del año 2000 el militar argentino Ricardo Miguel Cavallo fue detenido en México para su extradición a España, en cumplimiento de una orden internacional de detención emitida por el JCI núm. 5 de la AN.¹⁰⁵ No obstante, una vez estando Cavallo en España, las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final son derogadas en Argentina. Ante tal extremo, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN acordó, por Auto de 20 de diciembre de 2006, estimar la declinatoria de jurisdicción en favor de la justicia argentina y, consecuentemente, ceder el conocimiento de los hechos al Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal núm. 12 de la Capital Federal, tomando como criterio rector para tal decisión el "ejercicio jurisdiccional eficaz". Como vemos, pues, en esta decisión la AN vuelve a acogerse al principio de subsidiariedad de la jurisdicción española, contraviniendo la doctrina sentada por la STC 237/2005, que afirmaba el principio de concurrencia en las relaciones entre jurisdicciones para el enjuiciamiento de crímenes internacionales. Finalmente, y tras múltiples y complejos pronunciamientos, previa aprobación de la extradición de Cavallo por el Consejo de Ministros el 29 de febrero de 2008, la AN resolvió por Auto de 13 de marzo de 2008 autorizar la entrega en extradición y sobreseer el sumario. Esta decisión fue confirmada con posterioridad por el TS cuando, por Auto de 24 de noviembre de 2008, se desestimó el recurso de queja interpuesto contra el Auto de 15 de abril de 2008 de la AN denegatorio de la preparación del recurso de casación. El 26 de octubre de 2011 Ricardo Miguel Cavallo fue condenado por la Justicia argentina a cadena perpetua como responsable de crímenes de lesa humanidad, en el marco de una mega causa seguida en el Estado latinoamericano por los crímenes de la dictadura.

Por otro lado, el JCI núm. 5 también emitió órdenes de búsqueda y captura contra el chileno Hernán Julio Brady Roche, presunto responsable de la muerte del diplomático Carmelo Soria, aunque el 31 de mayo de 2002 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN ordenó el archivo de las actuaciones. Dicho Auto fue recurrido ante el TS, que resolvió por Sentencia

¹⁰⁵ Ver más detalles sobre el procedimiento de extradición seguido en México en MORALES URIOSTEGUI, Emma Norma, *Justicia penal internacional: un análisis de legislación vigente y de Política Criminal en España y México*, tesis doctoral dirigida por la Profa. Dra. Carmen Lamarca Pérez defendida el 9 de febrero de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid, pp. 195-199.

núm. 319/2004, de 8 de marzo de 2004, rechazando la interpretación de la AN y afirmando que "los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la querrela criminal interpuesta contra el general chileno Hernán Julio Brady Roche, de acuerdo, lógicamente, con la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la sentencia del 'Caso Guatemala', a cuyo efecto debemos poner de manifiesto que, entre los hechos en los que —según la parte querellante— aparece implicado el citado general se encuentran los realizados contra dos sacerdotes españoles y la muerte del Diplomático español Don Carmelo Soria".¹⁰⁶

No obstante, la primera y única Sentencia condenatoria llegó con el procedimiento abierto contra Adolfo Scilingo, alto mando militar argentino acusado de participación en las tristemente célebres actividades delictivas llevadas a cabo en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), y más en concreto en los conocidos "vuelos de la muerte", que comportaron arrojar al mar a personas detenidas previamente drogadas y despojadas de sus pertenencias.

Scilingo acudió voluntariamente a declarar al JCI núm. 5 de la AN el 4 de octubre de 1997. A consecuencia de esta declaración, tres días más tarde, el Juez Instructor acordó su ingreso en prisión provisional. Una vez emitido el Auto de apertura del juicio oral, el 11 de julio de 2003, la vista se prolongó durante 35 sesiones que incluyeron las emotivas declaraciones de numerosos testigos de las atrocidades cometidas durante la represión argentina, llegando algunas de ellas a declarar por videoconferencia. La Sentencia fue emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal el 19 de abril de 2005, teniendo como Ponente al Magistrado D. José Ricardo de Prada Solaesa.

La sentencia núm. 16/2005, de 19 de abril califica los hechos denunciados como crímenes de lesa humanidad, sobre la base de la comisión de varios delitos subyacentes (homicidio, lesiones o detenciones ilegales) en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.¹⁰⁷ Destaca la consideración de los hechos como

¹⁰⁶ STS núm. 319/2004, de 8 de marzo (FJ 5).

¹⁰⁷ (...) considerando que, en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1o. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; 2o. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales con la intención de mantener ese régimen". Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, FJ 1.

crímenes de lesa humanidad, pues supone un cambio en relación con la calificación jurídica de los mismos llevada a cabo por el Juez Instructor —genocidio, terrorismo y torturas— e incluso de la acusación particular de la causa. La Sala, en cambio, decide aplicar el nuevo artículo 607 bis que había introducido la figura de crímenes de lesa humanidad en el CP español solo un año antes, en 2004.¹⁰⁸

En este punto se extiende la sentencia especialmente, plasmando reflexiones de gran valor doctrinal sobre el derecho penal internacional y su encaje en el derecho español. Así, se refiere al principio de responsabilidad individual penal por la comisión de crímenes contra la humanidad, afirmando que "la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad, así como la supremacía del derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos".¹⁰⁹

En cuanto al problema de irretroactividad de la norma penal aplicable al caso en cuestión —recordemos que el art. 607 bis CP se había incorporado al CP solo un año antes de la emisión de la Sentencia, luego no estaba tipificado como tal en el ordenamiento español en el momento de comisión de los hechos—, la Sala reconoce en primer lugar que, con base en la tradicional concepción del principio de legalidad seguida en España, el art. 607 bis solo debería ser aplicado a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo, a juicio de la Sala, si bien las conductas no estaban incorporadas al derecho penal español en aquellas fechas, estas sí estaban sancionadas por el derecho internacional, "siendo esta prohibición una norma general de aplicación para todos los Estados al ser una norma de *ius cogens* internacional".¹¹⁰ A continuación se destaca que la formulación clásica del principio de legalidad, *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el derecho internacional se articula como *nullem crimen sine iure*; es decir, que no requiere de forma necesaria su incorporación a textos escritos. Desde esta perspectiva, la Sala constata, en el caso concreto del acusado, "la certeza y previsibilidad de las conductas anteriormente referidas, tanto a la descripción penal, como a las penas aplicables según el derecho penal interno argentino aplicable a la época, aunque no existiera un específico delito de lesa humanidad".¹¹¹

¹⁰⁸ A través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842-41875.

¹⁰⁹ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, núm. 16/2005, de 19 de abril, FJ 1.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Idem*.

La Sentencia, por otro lado, justifica la jurisdicción española de los hechos denunciados, a pesar de que los crímenes contra la humanidad no aparecían reflejados en aquel momento en el art. 23.4 LOPJ como susceptibles de ser perseguidos con base en el principio de jurisdicción universal, en la falta de actuación eficaz de la justicia argentina al respecto. En este sentido, se citan la Ley 23.492 de "Punto Final" y la Ley 23.521 de "Obediencia Debida" así como el gran número de indultos concedidos con posterioridad por el Presidente constitucional de la República Argentina.¹¹² A mayor abundamiento, la actuación de los Tribunales españoles en el caso en cuestión se justifica por la existencia de víctimas españolas así como en la propia puesta a disposición del encausado, al encontrarse en territorio español.

Por otro lado, la Sala rechaza la calificación de los hechos como genocidio, cambiando de criterio en relación con su posición en el caso *Pinochet*, e incluso distanciándose de la calificación efectuada por el Juzgado de Instrucción y de la petición de la acusación particular. Así, en este caso opina que los grupos políticos no pueden ser incluidos en el ámbito de aplicación del art. 607 CP que, como veíamos, no los cita expresamente. Excluye, pues, el denominado como "autogenocidio", que supondría la destrucción del propio grupo nacional, si bien pudiesen existir dentro del mismo subgrupos distinguidos por su ideología. La Sala explica su cambio de posición: "Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superrestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio".¹¹³ En cuanto al delito de terrorismo, la Sala entiende que, si bien los elementos del tipo se cumplen, este delito es subsumido en el delito de lesa humanidad.

Para concluir, el Magistrado Ponente, después de un elogioso análisis pormenorizado de los hechos probados, que supone un repaso de los horrores cometidos durante la dictadura argentina, considera perfectamente acreditada la participación directa y personal en los hechos denunciados como autor de un delito de lesa humanidad: "1o. con causación de 30 muertes

¹¹² Así, se afirma: "La injusticia material de las medidas de indulto, junto con las anteriores Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, determinan un inadmisibles estado de impunidad que se mantiene subsistente hasta el presente y que, a tenor de los criterios expresados en el mencionado art. 17 del Estatuto de la CPI, permiten afirmar la falta de efectividad o inexistencia, por injerencias no legítimas de los otros poderes del Estado, de la respuesta judicial esperable". *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2o. con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3o. con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad".¹¹⁴

La decisión de la AN, como era de esperar, fue criticada por un amplio sector de la doctrina pues presentaba varios aspectos controvertidos. En primer lugar, cabe mencionar, en relación con la calificación jurídica de los hechos, el rechazo de la consideración de los mismos como delito de genocidio, acudiendo para ello a un concepto restringido, pero intentando salvar a la vez la calificación inicial, relacionándola con el contexto temporal en que se llevó a cabo la misma. Gil Gil es especialmente contundente sobre este aspecto y llega a calificar la argumentación, con razón, de "difícil y contradictoria".¹¹⁵ A la autora no le parece adecuado tratar de colmar las lagunas del ordenamiento español en la tipificación de crímenes internacionales mediante la deformación del tipo internacional de genocidio.¹¹⁶ En el mismo sentido encontramos la opinión de Bueno Arús, cuando afirma que "se puede argumentar que la destrucción de un grupo por motivos políticos también tiene la suficiente trascendencia como para merecer ser calificado de genocidio, pero, mientras no sea regulado así expresamente, tal acción no es genocidio".¹¹⁷

Lamarca Pérez, en cambio, defiende un concepto más amplio del tipo delictivo de genocidio, y rechaza la concepción estricta de mismo defendida en la sentencia como consecuencia

¹¹⁴ *Ibidem*. Fallo.

¹¹⁵ GIL GIL, A., "La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-r1, 2005, p. 2. Así, en sus palabras: "Si el elemento intencional específico exigido por el genocidio no se daba en los hechos, tampoco se daba en el momento en que los mismos se calificaron como genocidio y si la calificación no es correcta tras la incorporación en nuestro ordenamiento del delito de lesa humanidad, tampoco lo era cuando nuestro Código presentaba una laguna en este aspecto, pues, por una parte, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) la relación entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad no es de concurso de leyes sino de delitos y por otra, si la Audiencia Nacional está reconociendo la existencia de los crímenes contra la humanidad en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos, es decir, antes de su incorporación a nuestro Código penal, también debería reconocer que la misma imponía un concepto estricto de genocidio ya antes de la introducción del art. 607 bis". *Ibidem*, pp. 2-3.

¹¹⁶ A Gil Gil, en cambio, sí le parece acertada la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad e incluso alaba el esfuerzo realizado por la Audiencia Nacional en argumentar la presencia de los elementos típicos de este delito. Aun así, le parece contradictorio que el Fallo de la Sentencia condene por un único delito de lesa humanidad con causación de 30 muertes alevosas, con detención ilegal y causación de tortura grave en lugar de por 32 delitos de lesa humanidad. "La pena establecida, cuya medición me parece correcta, se ha calculado sumando las penas correspondientes a cada uno de los resultados, es decir, apreciando un concurso real de crímenes de lesa humanidad, idea absolutamente acertada pero que es contradictoria con la afirmación de que se ha cometido un solo delito de lesa humanidad". *Ídem*, pp. 4-5

¹¹⁷ BUENO ARÚS, F., "Fuentes y principios generales...", *op. cit.* (edición digital).

de la incorporación de la figura de los crímenes de lesa humanidad al ordenamiento. Así, la autora destaca que en el tipo de genocidio las motivaciones del autor (políticas, religiosas de otra índole) son irrelevantes, debiendo simplemente ser acreditada la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso. En este caso, las víctimas de la represión argentina no profesaban la misma ideología política, pero todas sí formaban parte del mismo grupo nacional, el grupo nacional argentino.¹¹⁸ No cabe pues, en su opinión, "postular una interpretación de los términos utilizados en el tipo de genocidio que resulte más acorde con el sentido teleológico del mismo que no es otro que intentar evitar el exterminio de colectivos o grupos contrarios al poder o al modelo mayoritario imperante".¹¹⁹

En todo caso, el aspecto más criticable de la Sentencia no tiene que ver con la calificación de los hechos sino con la aplicación de un tipo penal incorporado a la legislación española en 2004, el art. 607 bis CP, a unos hechos ocurridos 30 años atrás. Y en este punto Gil Gil es rotunda: "En mi opinión la regulación del principio de legalidad en nuestro Derecho, que recoge un principio de legalidad férreo y estricto, impide aplicar directamente por los tribunales penales costumbres internacionales, ya que estas no pueden responder a las exigencias tanto formales como materiales que nuestro ordenamiento atribuye a este principio, y por tanto tampoco se puede apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto como ha hecho la AN en este caso".¹²⁰ En efecto, la autora rechaza la especie de relajación del principio de legalidad que lleva a cabo la Sala de lo Penal de la AN y recuerda, en este sentido, que no se trata de un Tribunal internacional aplicando normas de derecho internacional, sino de un Tribunal nacional que debe atenerse al principio de legalidad que la Constitución española consagra.¹²¹

¹¹⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Internacionalización del derecho penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo", *La Ley Penal*, núm. 34, enero 2007 (versión digital). Lamarca Pérez sí está conforme con la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, discrepa sobre el hecho de que la Sentencia condene a Scilingo por un solo delito de lesa humanidad y, más específicamente, con que se acredite que la relación entre este delito y el delito de terrorismo sea de concurso de leyes (luego quede subsumido el de terrorismo por el delito de lesa humanidad) y no de concurso de delitos, como a la autora le parecería más razonable, al no apreciar identidad entre los diferentes tipos, que no se construyen con los mismos tipos, ni protegen los mismos bienes jurídicos, "de carácter eminentemente individual en los tipos de terrorismo y de carácter colectivo en los casos de los delitos de lesa humanidad". *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*. Resultan de gran interés sus reflexiones sobre el "terrorismo de Estado". Y es que, como dice la autora, "el caso argentino, como el caso chileno y tantos otros, constituyeron un ejemplo paradigmático de lo que suele denominarse Terrorismo de Estado, es decir, ese terrorismo que se ejerce desde el propio poder estatal pero actuando al margen de la legalidad". *Ibidem*.

¹²⁰ GIL GIL, A., "La Sentencia de...", *op. cit.*, p. 6.

¹²¹ *Ídem*, pp. 8-9.

En el mismo sentido encontramos la opinión de Lamarca Pérez, que destaca que la propia Sentencia admite que la norma internacional preexistente que sanciona los crímenes de lesa humanidad no contempla, en todo caso, una pena aparejada a la comisión de los mismos, "olvidando de este modo que el principio de legalidad lo es tanto de los delitos como de las penas y que la norma internacional tendría entonces, como también señala la doctrina internacionalista, carácter *non self executing*, esto es, no cabría su aplicación directa".¹²²

Más aceptación tuvo este extremo de la sentencia entre la doctrina internacionalista, pues un amplio sector de autores de esta disciplina valoraron positivamente que con la concepción sobre el principio de legalidad expresada por la AN, nuestros Tribunales se apartasen de su antigua tradición monista, adaptándose al derecho penal internacional. Así, Fernández Liesa opina que la calificación de los hechos es rigurosa, está bien construida y es innovadora.¹²³ Capellà I Roig, por su parte, califica la sentencia de histórica y coherente con el derecho internacional vigente,¹²⁴ mientras que Mendoza Calderón hace hincapié en la tesis defendida en la sentencia, apelando a la intención del legislador español, cuya motivación al introducir el art. 607 bis CP no era la de "permitir en el ordenamiento español la persecución de este tipo de crímenes solo de cara al futuro como un formal cumplimiento del principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, puesto que ello implicaría el dejar sin previ-

¹²² LAMARCA PÉREZ, C., "Internacionalización del Derecho...", *op. cit.* (edición digital). Bueno Arús, en la misma línea, insiste en que "el Tribunal estatal aplica el Derecho penal estatal, por lo que el discurso a propósito de la importancia de las normas de *ius cogens* consuetudinario que disponen que los delitos de lesa humanidad deben ser castigados, no tiene ninguna aplicabilidad a las cuestiones a las que las ha aplicado la Audiencia Nacional y en cambio pueden dificultar la comprensión de la solución jurídica del problema planteado". BUENO ARÚS, F., "Fuentes y principios generales...", *op. cit.* (edición digital). Fernández-Pacheco Estrada va incluso más allá, al cuestionar el propio carácter de *ius cogens* de los delitos de lesa humanidad. En este sentido opina que "más que del estatus de los delitos de lesa humanidad como un todo, parece más conveniente examinar cada una de las modalidades de forma separada y aun entonces persistirían las dudas para algunos casos". FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina", *Jueces para la democracia*, núm. 61, 2008 (edición digital), pp. 1-22.

¹²³ Si bien añade el autor: "(aunque tal vez no lo suficiente o, al menos, no lo suficientemente convincente para el Supremo)". FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 359.

¹²⁴ En palabras de la autora: "La Sentencia supone, efectivamente, un replanteamiento general de la recepción del derecho internacional en el derecho español a efectos penales. La Audiencia Nacional ha confirmado en este caso algo ya asumido en la práctica de los Tribunales penales internacionales: que la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de otros crímenes de derecho internacional se base en normas consuetudinarias de alcance general; que esta tipificación es internacional, además de interna; y que la aplicación del tipo en un proceso penal (estatal o internacional) debe ser conforme al derecho internacional, por estar contenido en una norma internacional". CAPELLÀ I ROIG, Margalida, "Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005, p. 12.

sión en derecho interno a la norma penal internacional, consuetudinaria o convencional, que desde hacía décadas castigaba este tipo de conductas".¹²⁵

En el fondo subyace la tradicional tensión entre la doctrina penalista y la internacionalista sobre la naturaleza del principio de legalidad, diferenciándose ambas concepciones, principalmente, en la importancia otorgada a la ley en sentido formal por parte de los penalistas, que se trata de una consideración prácticamente exclusiva, en contraste con la flexibilidad de los internacionalistas, que otorgan la misma eficacia a la costumbre que a la norma escrita. En palabras de Bueno Arús "Grata tiene que ser para los internacionalistas la repetida Sentencia, por cuanto se alinea con ellos al defender la prevalencia del principio de justicia material (que ningún delito quede sin castigo) sobre el de legalidad formal (que ningún delito se castigue si no hay una ley previa que lo defina y sancione como tal y se demuestre con pruebas no forzadas la autoría y la culpabilidad del acusado)".¹²⁶

Por otro lado, también fue polémica la propia cuestión de la afirmación de la competencia de los Tribunales españoles con base en el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de delitos de lesa humanidad, ante la omisión de una mención a los mismos en el art. 23.4 LOPJ. No puede aceptarse la posición de la AN en este sentido pues resulta imposible llevar a cabo una atribución de tal calibre cuando no existe una previsión al respecto en la legislación española ni tampoco una obligación al respecto contenida en algún instrumento internacional, pues, como es sabido, solo los Convenios de Ginebra prevén la jurisdicción universal con carácter obligatorio para la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes de guerra.

Es cierto que la Sentencia, que, como decíamos, fue ampliamente criticada por la doctrina¹²⁷ presenta varios aspectos cuestionables en relación, principalmente, con la calificación jurídica de los hechos y la interpretación efectuada sobre el principio de legalidad internacio-

¹²⁵ MENDOZA CALDERÓN, S., *op. cit.* "La reciente aplicación...", p. 111.

¹²⁶ BUENO ARÚS, F., "Fuentes y principios generales...", *op. cit.* (edición digital). Añade el autor: "Por supuesto que ambos principios pueden ser razonablemente argumentados y ensamblados, pero constituiría un lamentable retroceso en el tiempo aceptar la posibilidad de castigar a un inocente para tener la seguridad de que ningún culpable quede sin castigo, con preferencia sobre la posibilidad contraria". *Ibidem.*

¹²⁷ Sirvan las palabras de Gil Gil, cuando afirma que, "en el afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado en nuestro país interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, y en ocasiones se ha ido todavía más lejos, vulnerando peligrosamente los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal como en la sentencia que estamos comentando". GIL GIL, A., "La Sentencia de...", *op. cit.*, p. 17.

nal.¹²⁸ Sin embargo, este análisis no puede ser concluido sin añadir que esta resolución judicial constituye un hito en la historia de la jurisprudencia española por las interesantes, profundas y elaboradas reflexiones doctrinales sobre el derecho penal internacional que contiene, rompiendo así el alejamiento tradicional de los Tribunales españoles con el derecho internacional. Como afirma Bueno Arús, "el Magistrado ponente ha convertido la Sentencia en un almacén de buena doctrina, de extraordinaria factura y de argumentos suficientemente razonables y bien presentados".¹²⁹ En todo caso, coincido totalmente con Mendoza Calderón cuando afirma que "la sentencia Scilingo es una muestra más de los tremendos obstáculos que tiene que superar una jurisdicción de carácter nacional para que se produzca una condena por crímenes contra la humanidad".¹³⁰

La Sentencia de la AN relativa al caso *Scilingo* fue recurrida en casación ante el TS tanto por el condenado como por la acusación particular. La STS 798/2007 llegaría el 1 de octubre de 2007 y, al igual que ocurrió con la resolución procedente de la AN, no estuvo exenta de polémica.

En los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo la Sala Segunda del TS desestima los dos primeros motivos del recurso: el relativo a la alegada vulneración del derecho a derecho a un juez imparcial¹³¹ así como del derecho a un proceso con todas las garantías.¹³² También se desestima la tercera queja, relativa a la denegación de varias diligencias de prueba propuestas en las conclusiones provisionales; la cuarta, por la que denunciaba el recurrente incongruencia omisiva, al considerar que no obtuvo respuesta a los 11 motivos por los que planteó la nulidad de las actuaciones en su escrito de conclusiones; y la quinta, por la que denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

¹²⁸ Bueno Arús va más allá: "La sentencia que venimos comentando realiza una adaptación de los principios generales del derecho penal al derecho penal internacional en que, con gran elegancia y valor moral, se llega a conclusiones heterodoxas desde la perspectiva del derecho penal democrático de los Estados actuales. En el ámbito del principio de legalidad, se confunde dicho principio con el de justicia material, se sostienen conceptos de delitos fuera de la letra de los convenios reguladores, se aplican normas penales retroactivamente, se afirma el predominio de la costumbre internacional sobre la letra de la ley escrita, parece que se consideran indiferentes las diversas formas de participación criminal y se reconducen todas a la autoría directa, la determinación de la pena es un misterio". BUENO ARÚS, F., "Fuentes y principios generales...", *op. cit.* (edición digital).

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ MENDOZA CALDERÓN, S., "La reciente aplicación...", *op. cit.*, p. 110.

¹³¹ En relación con el Magistrado-Juez que se encargó de la instrucción de la causa.

¹³² Consistiendo la queja en que el órgano judicial que tramitó el incidente de recusación resolvió éste sin conferir al Ministerio Fiscal el trámite de audiencia.

Más extensamente se pronuncia el TS en el Fundamento Jurídico Sexto, relativo a la posible vulneración de los principios de legalidad, tipicidad, analogía e irretroactividad. La Sala Segunda afirma, en primer lugar, en consonancia con la doctrina penalista mayoritaria, que el art. 607 bis CP, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, solo podría aplicarse a los hechos enjuiciados, que ocurrieron mucho tiempo atrás, si de dicha aplicación se derivasen unos efectos más favorables para el reo.

En cuanto a la posibilidad de la aplicación directa de la costumbre internacional, defendida por la Sentencia recurrida, esta es rechazada por el TS, que estima que siempre resulta necesaria la previa transposición de dicha costumbre al derecho interno.¹³³ En este punto recibe críticas la sentencia por parte de la doctrina internacionalista. Así, Fernández Liesa afirma que se trata de una interpretación muy restrictiva, que tampoco supone una garantía en cuanto al principio de legalidad y que, además, produce lagunas de punición.¹³⁴ En todo caso, advierte el Tribunal, con razón, que ni siquiera el derecho internacional consuetudinario aplicable a la materia objeto de enjuiciamiento contiene una descripción detallada de los tipos penales en cuestión que permitiese su aplicación directa, y sobre todo, destaca la ausencia total de una previsión específica sobre las penas.

Así pues, el TS rechaza, en atención a la vigencia del principio de legalidad, la aplicación directa del derecho internacional penal consuetudinario así como la aplicación del art. 607 bis CP a hechos cometidos con anterioridad a su fecha de vigencia. Sin embargo, añade la Sala, "de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad".¹³⁵ En efecto, tanto la causación dolosa de la muerte de otras

¹³³ Afirma el Tribunal: "En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones". STS núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 6.

¹³⁴ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho internacional...*, op. cit., p. 362. En el mismo sentido Jiménez Cortés, opina: "(...) tanto si se pretendía negar la existencia de normas *self executing* en el ámbito penal español como si se trataba de justificar la necesidad de una ley para incorporar al ordenamiento español las normas internacionales en esta materia, resulta evidente que los argumentos esgrimidos por el Tribunal caen por su propio peso. El primero por la definición y la forma de atribución del carácter *self executing* a una determinada norma. El segundo porque no es eso lo que se prevé en el artículo 96.1 de la Constitución", en JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia, *La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en España: de la persecución a Pinochet a la inculación del juez Garzón*, Institut Català per la Pau, Barcelona, 2011, p. 27.

¹³⁵ STS núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 6.

personas como la detención ilegal eran figuras delictivas previstas en el momento de comisión de los hechos, tanto en España como Argentina.¹³⁶

Una vez, pues, calificados los hechos como asesinatos y detenciones ilegales, el TS desplaza la cuestión al terreno de la perseguibilidad y se cuestiona si el principio de jurisdicción universal, contenido en el art. 23.4 LOPJ, permite a la jurisdicción española conocer de los hechos "que internacionalmente deben ser considerados como crímenes contra la humanidad".¹³⁷ El TS afirma, en este sentido, que de no existir un Convenio internacional sobre el asunto, "es conveniente la existencia de un elemento de conexión con los intereses nacionales",¹³⁸ rescatando la doctrina emanada de la STS 237/2005 relativa al caso *Guatemala* y obviando, pues, que la misma fue anulada por la STC 237/2005. En todo caso, afirma el Tribunal que tal conexión se da por la existencia de víctimas españolas.

A continuación sigue un razonamiento más que discutible, en mi opinión, pues afirma la Sala

En relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta, a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la humanidad según el derecho internacional penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente.¹³⁹

Así, en una argumentación que como mínimo puede calificarse de enrevesada, el TS rechaza que los hechos sean calificados como crímenes de lesa humanidad para a continuación tener en cuenta esta categoría delictiva al objeto de dar validez a la extensión extraterritorial de la

¹³⁶ Este rechazo a la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario fue consolidado mediante la posterior STS de 27 de febrero de 2012 (Casusa Especial 20048/2009): "No es posible —por más que sea sostenida por algún sector doctrinal— que las exigencias del principio de legalidad se rellenen con la previsión contenida en el derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad". FJ 3.

¹³⁷ STS núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 7.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

jurisdicción española. Es decir, que si bien el derecho internacional no sirve para calificar jurídicamente los hechos, sí puede tenerse en cuenta para otorgar jurisdicción a los tribunales españoles, incluso aunque así no esté previsto por la propia legislación nacional. Parece, pues, que el TS también se basa en criterios de justicia material más que formal en esta Sentencia, al igual que ocurría con la AN, si bien los razonamientos en este caso son diferentes.

Resultan también en este punto muy clarificadoras las reflexiones de Fernández Liesa sobre la Sentencia, con la que se muestra muy crítico, pues considera que el TS utiliza el derecho internacional penal serviría a modo de contexto para la interpretación de normas españolas que no se han adaptado a la evolución de los crímenes internacionales. En sus palabras: "Desde luego no puede considerarse que la interpretación en todo caso torcida de los tipos penales españoles sea un comportamiento garantista sino, en todo caso, nacionalista, pues su finalidad esencial no es otra que atenerse exclusivamente a lo aprobado por el legislador español en el código penal olvidando que en la formación de la costumbre España también ha contribuido, al menos en democracia, a la formación de dicho corpus normativo internacional".¹⁴⁰

El Tribunal también apunta al argumento de la analogía para admitir la competencia de los Tribunales españoles. Así, afirma que "entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el derecho interno español."¹⁴¹ Esta posición es defendida por Fernández-Pacheco Estrada, pues en su opinión, "aunque exista en materia penal una prohibición de analogía, de nuevo se plantea que esta no afectaría a las normas procesales u orgánicas, por lo que la interpretación para el Tribunal Supremo sería válida".¹⁴²

En referencia a las alegaciones de la acusación particular, la Sala respalda el concepto restringido de genocidio, rechazando la aplicación de este tipo delictivo a los grupos políticos.¹⁴³ También se rechaza la alegada aplicación indebida de un concurso de normas y, por

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *El Derecho Internacional...*, op. cit., pp. 362-363.

¹⁴¹ STS núm. 798/2007, de 1 de octubre de 2007, FJ 6.

¹⁴² FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., op. cit., (edición digital).

¹⁴³ "En el caso, no es posible identificar el grupo formado por las víctimas de los hechos como grupo nacional, pues sus integrantes comparten la nacionalidad con el grupo de los autores, lo que impide que se tome como elemento identificativo y distintivo". Ídem, FJ 10.

tanto, inaplicación indebida de un concurso de delitos que alegaba la acusación particular en relación con el terrorismo de Estado, negando la Parte que pudiese ser esta figura delictiva absorbida por el delito de lesa humanidad.¹⁴⁴ Además, se quejaba la acusación particular de que no se había condenado a Scilingo como autor o cómplice de los diferentes delitos cometidos en la ESMA durante el período de actividad criminal de la misma. El Tribunal estima parcialmente, considerando que el acusado debe ser condenado como cómplice de los secuestros llevados a cabo en ese tiempo.¹⁴⁵

Por todos los motivos expuestos, el TS casa y anula la Sentencia de la AN y dicta otra por la que condena a Adolfo Scilingo Manzorro como autor de 30 delitos de asesinatos y uno de detención ilegal, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal, los cuales, como afirma curiosamente la Sala, "constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional".¹⁴⁶ Olvidando, pues, que también constituyen crímenes de lesa humanidad según el derecho español.

3.4. Los comienzos del caso Couso

El 8 de abril de 2003 el cámara y reportero gráfico español, José Couso, falleció tras ser abatido por un disparo de proyectil de un carro de combate del Ejército estadounidense, mientras filmaba desde el Hotel Palestina de Bagdad, donde se encontraba dando testimonio de la guerra que asolaba el país durante aquellos días.¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ *Idem*, Fallo.

¹⁴⁷ Fernández Liesa destaca circunstancias de los hechos que tienen que ver con la calificación jurídica de los mismos: "Muy sucintamente, cabe señalar que el hecho de que en el Hotel Palestina desde hacía días estaba la mayor parte de la prensa internacional, que se había trasladado desde el Hotel Rashid, por indicaciones del Pentágono; que el Hotel es uno de los edificios más altos de la ciudad y se encuentra en una zona residencial; que la coalición angloamericana sabía que el Hotel tenía carácter civil y que se alojaban unos trescientos enviados especiales de la prensa internacional. Asimismo, las sedes de Al Yazira y de la televisión de Abu Dhabi habían sido atacadas por la tercera división, poco antes. Ambas sedes estaban claramente identificadas y habían transmitido sus coordenadas al Pentágono dos meses antes. Por lo demás, el Pentágono reconoció el ataque si bien lo justificaría sobre la base de que habría un francotirador en el tejado". FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., "El asunto Couso en los Tribunales nacionales y en las relaciones internacionales", en *Revista Española de Derecho Internacional, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, vol. LXIII/2, julio-diciembre, 2011, p. 146.

El 27 de mayo de 2003 un grupo de familiares del señor Couso¹⁴⁸ interpuso querrela ante el JCI núm. 6, inhibiéndose este posteriormente en favor del JCI núm.1, que admitió a trámite la misma, apreciando la posible calificación de los hechos como crímenes de guerra y aceptando la jurisdicción española sobre los mismos. El Juzgado acordó, por Auto de 19 de octubre de 2005, la búsqueda, captura y detención, a efectos de extradición, de los tres militares estadounidenses implicados (Sargento Thomas Gibson, Capitán Philip Wolford y Teniente Coronel Philip de Camp), ante la falta de tramitación por parte de Estados Unidos de las comisiones rogatorias libradas para recabar documentación sobre el caso y tomar declaración a los imputados.

A criterio del Juez Instructor, los hechos denunciados podían ser calificados como un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 CP,¹⁴⁹ en relación con el art. 608.3 CP —que considera como población civil y personas civiles las protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977— y de un delito de asesinato del art. 139 CP.

La calificación jurídica efectuada por el Juez instructor fue compartida por reputados miembros de la doctrina, como Sánchez Patrón, quien afirmaba que "las condiciones establecidas por la normativa internacional e interna para la determinación del crimen de guerra parecen cumplirse, en este caso, a la luz de las pruebas existentes".¹⁵⁰ El autor basa su afirmación en la existencia de un ataque intencionado sobre un objetivo civil en el contexto de un conflicto armado internacional así como en el carácter indiscriminado de la propia decisión de atacar y a lo excesivo de los medios empleados para ello, "no solo por la falta de precaución a la hora de efectuar un ataque contra un objetivo no suficientemente identificado, sino por la desproporción de la ventaja militar que se hubiera alcanzado en el hipotético supuesto de haber sido realmente un objetivo militar".¹⁵¹

¹⁴⁸ Así como la Asociación Libre de Abogados (ALA) como acusación particular y la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo.

¹⁴⁹ "Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: 1.o. Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla".

¹⁵⁰ SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso "Couso", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, diciembre 2007, p. 11.

¹⁵¹ *Ibidem*.

En este mismo sentido encontramos la opinión de Pérez Cepeda: "Aunque la proporcionalidad tiene un carácter subjetivo y a pesar la discrecionalidad de la que gozan los beligerantes a la hora de aplicarla, estimo que en este caso con la información que tenían los militares del tanque se produjo un exceso; la ventaja militar no era proporcional a los posibles daños colaterales indeseables".¹⁵² Así, la autora considera, al igual que el Juez Instructor, que nos encontramos ante un delito contra la comunidad internacional en concurso con un delito de homicidio a título de dolo eventual.¹⁵³

3.5. La primera etapa del caso Falun Gong

El caso *Falun Gong* se inicia mediante la interposición de cinco querellas, la primera de ellas el 15 de octubre de 2003, contra el ex Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, así como contra el Director de la Comisión Nacional de Políticos, Luo Gang, por la presunta comisión de delitos de genocidio y torturas contra miembros de la práctica religiosa Falun Gong, destacando el hecho de que uno de los denunciados era español. Esta ancestral práctica religiosa, de fuerte arraigo en el pueblo chino, si bien fue tradicionalmente tolerada, pasó a ser prohibida por el Gobierno de Beijing, que tomó la decisión de erradicar a sus seguidores al considerar que los principios de esta no eran compatibles con los del Partido Comunista.¹⁵⁴

El JCI núm. 2 dictó, el 17 de diciembre de 2003, un Auto de inadmisión de la querrella, decisión posteriormente confirmada por el mismo Juzgado el 20 de noviembre de 2003 así como por el Auto dictado en apelación por la Sala de lo Penal el 11 de mayo de 2004. La AN se basó para dicha inadmisión en la ausencia de vínculos de conexión del caso con España así como en la errada idea sobre la subsidiariedad de la jurisdicción española.

Estas decisiones fueron recurridas ante el TS, que emitió Sentencia al respecto el 18 de marzo de 2005,¹⁵⁵ confirmando ambas. Como cabía esperar ya que esta Sentencia del TS se produjo después de la STS 327/2003 pero antes de la STC 237/2005, la desestimación del recurso vino motivada por el criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción española así como por la

¹⁵² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Crímenes de guerra. Especial referencia al caso Couso", *Revista Penal*, núm. 15, 2005, p. 135.

¹⁵³ *Idem*, p. 136.

¹⁵⁴ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵⁵ STS 345/2005, de 18 de marzo.

ausencia de algún vínculo de conexión con España.¹⁵⁶ Una vez recurrida la STS ante el TC, este resolvió por STC 227/2007, de 22 de octubre. El TC otorgó amparo a los demandantes, por aplicación de la doctrina de la STC 237/2005.¹⁵⁷ Como consecuencia, se inició la instrucción judicial al admitirse a trámite la querrela inicialmente inadmitida por la AN.

La segunda querrela interpuesta ante la AN contra Jia Qinglin, presidente del Comité Nacional de la Conferencia Consultiva Política del Pueblo Chino, también fue rechazada por este órgano.¹⁵⁸ Recurrida la inadmisión en casación, el TS resolvió mediante STS 645/2006, de 20 de junio, destacando que esta resolución se producía ya con posterioridad a la emisión de la STC 237/2005. El Alto Tribunal aprovechó la ocasión para volver a defender su postura relativa a la pertinencia de exigir la presencia de un punto de conexión con España en aras a legitimar la jurisdicción de nuestros Tribunales para el ejercicio de su competencia con base en el principio de jurisdicción universal, defendiendo la doctrina de su STS 327/2003.

El TS rechaza, en primer lugar, la actuación de la AN con base en la inactividad de la misma. Así, recuerda que los recurrentes presentaron querrela el 3 de septiembre de 2004, poniendo en conocimiento del JCI que uno de los querellados estaría en Madrid del 3 al 7 de septiembre. Posteriormente, el 30 de noviembre del mismo año, se amplió la citada querrela, informando de que otros cuatro denunciados también se encontrarían en España hasta el 1 de diciembre. Por ello, afirma:

Ciertamente, la inactividad del Juzgado de Instrucción y de la Sala a quo ha vulnerado el art. 273 LECr., dado que la presencia en el territorio nacional hubiera justificado sin más, y por aplicación de nuestra

¹⁵⁶ "Así, si como ocurre en el presente caso, la única persona de nacionalidad española que se menciona en la Querrela, sería sujeto pasivo, en todo caso, de un eventual delito de Detención ilegal o, incluso, de otro de Amenazas, pero no de Genocidio ni de Torturas, y, por otra parte, ni los querellados se encuentran a disposición de la Justicia de nuestro país ni es fácil que lo estén nunca, al no existir Convenio de Extradición entre España y China, es del todo razonable y suficiente el que las Resoluciones de instancia no aludan más que a estos argumentos, sin necesidad de entrar en otros, irrelevantes a partir de unos tales pronunciamientos, a la hora de resolver acerca de la admisión de la Querrela". STS 1720/2005, de 18 de marzo de 2005. STS 345/2005, de 18 de marzo, FJ 1.

¹⁵⁷ "Pues bien, debe empezarse afirmando la corrección del planteamiento de los recurrentes respecto a la imposibilidad de acceso a la Corte Penal Internacional por las razones que indican, lo que en consecuencia no deja otra salida, como sostienen, para el posible enjuiciamiento de los delitos denunciados que la que han elegido, situando así la clave de la decisión en el alcance del art. 23.4 LOPJ en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, que es precisamente la cuestión decidida en nuestra STC 237/2005. En ella este Tribunal, por las razones que se transcribirán a continuación, ha declarado que la exigencia de vínculos o elementos de conexión para la entrada en juego de la regla jurisdiccional del art. 23.4 LOPJ, expresada en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE)". STC 227/2007, de 22 de octubre, FJ 5.

¹⁵⁸ Autos del JCI núm. 2 de 16 de septiembre de 2004 y de 8 de octubre del mismo año y Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 2005.

jurisprudencia (ver STS 327/2003), la jurisdicción de nuestros tribunales, toda vez que la presencia en el territorio de los querellados hubiera tenido un punto de conexión idóneo que hubiera permitido la intervención en el caso. Sin embargo, actualmente esas personas ya se encontrarían fuera de España, lo que determina la pérdida del objeto del presente motivo (...)¹⁵⁹

A continuación, el TS aclara que "el principio de la justicia universal de nuestro derecho no debe ser neutralizado por la instauración de la Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma podría dejar desprotegidos y el aumento de la protección de valores básicos de la comunidad internacional". Si bien añade: "Ello no nos ha impedido, como tampoco se lo ha impedido a quienes propugnan con energía este punto de vista, que hayamos considerado, en consonancia con una difundida opinión y una notoria práctica europea en esta materia, el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación".¹⁶⁰

Consciente de la postura adoptada por el TC en su STC 237/2005, el TS, no obstante, considera que esta decisión no impide "mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquel a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica".¹⁶¹ Así, una vez justificado este "diálogo institucional", el TS pasa a criticar duramente la STC 237/2005¹⁶² para finalmente concluir:

(...) parece claro que nada está más alejado del pensamiento jurídico internacional que la idea de un principio absoluto de la jurisdicción universal, que la STC 237/2005 ha establecido. Por el contrario, los conceptos expuestos por la sentencia del Tribunal Supremo, tanto por la mayoría del Tribunal como por los Magistrados que suscribieron el voto particular, reflejan rigurosamente las cuestiones actuales de la aplicación del principio de la justicia universal, reconocidos por otros Estados de la Unión Europea, que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.¹⁶³

¹⁵⁹ STS 645/2006, de 20 de junio, FJ 1.

¹⁶⁰ STS 645/2006, de 20 de junio (FJ 2).

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² El TS llega a afirmar: "En la STC 237/2005 el Tribunal Constitucional entendió equivocadamente nuestra sentencia y le atribuyó como ratio decisionis un argumento no decisivo utilizado en ella". *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

A pesar de lo anterior, la Sala Segunda del TS declara la competencia de la jurisdicción española para entender de los hechos contenidos en la querrela y anula, en consecuencia, el Auto de la AN.

Las siguientes tres querellas relativas al caso *Falun Gong*, interpuestas el 14 de noviembre de 2004, 8 de noviembre de 2005 y 17 de abril de 2007, respectivamente contra varios altos cargos del gobierno chino, fueron también admitidas a trámite después de cierto recorrido procesal,¹⁶⁴ como consecuencia de la STC 227/2007.

4. La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional como primera limitación del principio de jurisdicción universal por vía legislativa

4.1. Aspectos generales de la Ley, fuentes normativas y órganos de cooperación

Si bien las sucesivas reformas de la LOPJ han ido reduciendo drásticamente el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal, la primera gran limitación de este título de conexión llegó con la aprobación de la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, de ahí que este instrumento legal merezca un análisis pormenorizado.

En España el ER fue ratificado, de acuerdo con el art. 93 CE, a través de la LO 6/2000, de 4 de octubre.¹⁶⁵ Así pues, este Tratado internacional pasó a formar parte del ordenamiento jurídico español, según lo dispuesto en el art. 96 CE, desde el 1 de julio del mismo año.

En el orden material, destaca que la implementación del ER llevó aparejada una reforma del CP español de 1995, que fue llevada a cabo por la LO 15/2003,¹⁶⁶ por la que se creó la nueva rúbrica de los Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional y,

¹⁶⁴ Para más detalles, consultar OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.* pp. 76-78.

¹⁶⁵ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860.

¹⁶⁶ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en: BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp 41842 a 41875.

además, se añadieron los crímenes de lesa humanidad en el elenco de Delitos contra la Comunidad Internacional.

En el orden procesal, España promulgó en 2003 la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (LOCCPI).¹⁶⁷ Este instrumento normativo regula que los órganos competentes lleven a cabo la cooperación con la CPI así como el procedimiento que debe seguirse en dichas relaciones de cooperación. Todo ello partiendo del presupuesto, como indica la propia EM de la Ley, del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos, "en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los tribunales, en aquellos sistemas como el español, en los que los tratados pueden ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma internacional así lo permita."¹⁶⁸

En cuanto a las fuentes normativas aplicables, el art. 1 LOCCPI establece:

- 1) el propio ER;
- 2) legislación internacional suplementaria, que, como en el caso del ER, tras su publicación en el BOE ya forma parte también del ordenamiento jurídico español. Así, encontramos el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la CPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba.
- 3) acuerdos de cooperación específicos entre España y la CPI;
- 4) con carácter supletorio, normas orgánicas y procesales de aplicación general.

Por lo que se refiere a los órganos competentes en las relaciones de cooperación con la CPI, la LOCCPI concede una primacía de carácter absoluto al Ministerio de Justicia, al determinar que este órgano será el único nexo entre la CPI, de un lado, y los órganos judiciales y fiscales, de otro. Este hecho es fácilmente criticable, en tanto que impide una relación directa entre los órganos judiciales españoles y la CPI, relación que, por otra parte, sí existe en el ámbito de la ejecu-

¹⁶⁷ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Publicado en BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44062 a 44068.

¹⁶⁸ EM. LO 18/2003, de 10 de diciembre. *op. cit.*

ción de las Órdenes Europeas de Detención y Entrega (OEDE), en cuyo procedimiento el órgano directo de relación es la AN.

El art. 4 LOCCPI también reconoce como autoridades competentes para la aplicación de esta normativa al Gobierno, al Ministerio de Justicia y a los Ministerios de Asuntos Exteriores, Defensa e Interior, en los asuntos que les afecten; así como a los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria y, en particular, a la AN, los órganos judiciales militares y, en particular, al Tribunal Militar Central y al Ministerio Fiscal.

Además, la Disposición adicional tercera de la Ley establece que cuando la solicitud de cooperación corresponda a la jurisdicción militar los órganos competentes serán el Juzgado Togado Militar Central Decano y el Tribunal Militar Central así como el Fiscal Jurídico Militar y el Juez Togado Militar de Vigilancia Penitenciaria.

4.2. La cooperación en actos de investigación

Dado que el enjuiciamiento en sede de la CPI requiere necesariamente la presencia de la persona acusada, los actos de cooperación en relación con la detención y la entrega adquieren una esencial relevancia.

Los arts. 89, 91 y 92 ER se refieren a la documentación necesaria para proceder a la solicitud de detención, que en el caso español debe dirigirse al Ministerio de Justicia, como órgano principal de relación con la CPI. Sin embargo, la LOCCPI no establece el procedimiento que debe seguirse una vez recibida dicha solicitud de detención, lo que inmediatamente plantea es que si el Ministerio de Justicia debe dar traslado de la petición a los Juzgados Centrales de Instrucción de la AN o bien directamente al Ministerio del Interior para que la detención se produzca de forma inmediata y así se minimice el riesgo de huida. Parece más lógico que, siguiendo las normas generales de la legislación procesal penal española, la solicitud se dirija al órgano judicial, con el consiguiente incremento de garantías que dicha intervención judicial supone.

Por lo demás, como establece el art. 11 LOCCPI, las garantías procesales del ordenamiento jurídico español operarán como en cualquier otra detención que tenga lugar en nuestro territorio, con la única especialidad de que en estos casos el Ministerio de Justicia debe ser inmediatamente informado así como el Juez Central de Instrucción. La entrega del detenido

deberá realizarse "sin demora" y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas. Además, la persona detenida gozará de todos los derechos del art. 55 ER, del art. 117 RPP así como del art. 520 LECRim. Una vez puesta la persona detenida a disposición judicial, el Juez Central de Instrucción deberá oír al detenido así como al Ministerio Fiscal en un plazo máximo de 72 horas, debiendo ser este informado del contenido de la orden de detención así como de su derecho de solicitar la libertad provisional.

La libertad provisional es objeto de una amplia regulación por parte de la LOCCPI. Así, el art. 12.1 dispone que si el detenido solicitase su libertad provisional, "el Juez Central de Instrucción acordará remitir dicha solicitud a la Corte, a través del Ministerio de Justicia, con indicación del plazo para recibir sus recomendaciones, que no será inferior a veinte días" (según lo dispuesto en el art. 117.4 RPP). El art. 12.2 dispone que una vez recibida, a través del Ministerio de Justicia, la comunicación de la CPI con sus recomendaciones sobre la solicitud de libertad, o bien concluido el plazo para dicha remisión, el Juez Central de Instrucción, podrá acordar la libertad provisional de la persona detenida si entiende que existan circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen dicha puesta en libertad, pudiendo adoptar las medidas cautelares que estime necesarias para salvaguardar una posible entrega futura de dicha persona a la CPI y siempre informando de la puesta en libertad a la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 12.4 LOCCPI).

El art. 17 LOCCPI se encarga de regular el régimen de recursos contra las Resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción. Así, dispone que cabe apelación contra aquellas que afectan a la situación procesal del detenido, ante la Sala de lo Penal de la AN, que resolverá en el plazo de 5 días y cuya decisión no estará sujeta a ningún recurso.

En cuanto al procedimiento de entrega a la CPI, este presenta un carácter exclusivamente judicial, al contrario de lo que ocurre en el procedimiento previsto en la Ley de Extradición Pasiva. En caso de que el detenido preste su consentimiento a dicha entrega el trámite es especialmente sencillo. El art. 13 LOCCPI, que regula esta "entrega simplificada", establece que, una vez presentado este consentimiento (que es irrevocable y, como tal, debe ser advertido con carácter previo), el Juez Central de Instrucción acordará por Auto la entrega a la CPI. Dicho Auto se remitirá con urgencia, a través del Ministerio de Justicia, a la CPI, con solicitud de las indicaciones para realizar el traslado.

En lo que se refiere al sistema de entrega ordinario, regulado en el art. 15 LOCCPI, se prevé un trámite de audiencia que deberá celebrarse en el plazo máximo de 10 días desde la recepción de la documentación relativa a la solicitud de entrega, en la que la persona reclamada estará asistida por un abogado defensor, contándose con la presencia del Ministerio Fiscal y existiendo la posibilidad, además, de que pueda asistir un delegado del Fiscal de la CPI.

El art. 15.2 LOCCPI contempla el supuesto de alegación de cosa juzgada, estableciendo expresamente que el Juzgado Central de Instrucción comunicará este extremo al Ministerio de Justicia, aplazándose la resolución sobre la entrega, mientras el organismo efectúa las consultas con la Corte previstas en el artículo 89.2 ER. Añade el precepto: "Si de tales consultas resultare que la causa ha sido declarada admisible por la Corte, el Juzgado Central de Instrucción alzaré la suspensión. Dicho Juzgado podrá también acordar la suspensión de la vista cuando hubiere de practicar alguna información complementaria".

Salvo en el supuesto de excepción de cosa juzgada, el Juzgado Central deberá decidir sobre la entrega en un plazo de tres días, de forma que si accediese a la concesión de la medida se procederá de la misma forma que en el procedimiento de entrega simplificada (art. 15.5 LOCCPI). Si, de forma contraria, se denegase la entrega, cabría en cualquier caso el mantenimiento de la prisión provisional hasta que se produjese la firmeza de la Resolución (art. 15.4 LOCCPI). Una vez firme, se pondrá urgentemente en libertad a la persona detenida y se comunicará al Ministerio de Justicia, que a su vez lo hará a la Corte (art. 15.6 LOCCPI). En cuanto al régimen de recursos a dichas resoluciones, estas solo pueden ser objeto de apelación ante la Sala de lo Penal de la AN, según lo previsto en el art. 790 LECrim (art. 17 LOCCPI).

La LOCCPI también prevé la posibilidad de una entrega temporal a la CPI en caso de que se hubiere acordado dicha entrega y la persona ya estuviese cumpliendo condena en España o bien se encontrara sujeta a un proceso por hechos diferentes a los del objeto de la entrega. En ese caso, según lo dispuesto en el art. 18, "el Ministerio de Justicia, si no se opusiese el Tribunal sentenciador o el instructor, celebrará consultas con la Corte, a efectos de decidir sobre la entrega temporal a la Corte mediante resolución motivada, con las modalidades de la restitución a España que se determinen y computándose en todo caso el período pasado a disposición de la Corte".

El art. 16 LOCCPI se refiere a la posibilidad de que concurra una solicitud de entrega procedente de la CPI y una solicitud de extradición de un Estado, que puede además ser parte del ER o no, o bien una OEDE. En caso de darse esta situación, la misma se notificará tanto a la CPI como al Estado requirente y, con posterioridad, será la Sala de lo Penal de la AN la que habrá de resolver de acuerdo con el ER y, en su caso, con el Tratado que existiera con el tercer Estado requirente. La LOCCPI no parece establecer en todo caso la preferencia por la CPI. Por tal motivo, deberá tenerse en cuenta para la resolución de la concurrencia varias circunstancias, como que los Estados concurrentes sean o no partes del ER, que la CPI se haya pronunciado sobre la admisibilidad de la causa, o incluso si la entrega se solicita por los mismos.¹⁶⁹

Aparte de los actos de detención y entrega, el art. 93 ER prevé que la CPI solicite la cooperación de los Estados en otras actividades, tales como la búsqueda o identificación de personas; la toma de declaración a personas investigadas, testigos o peritos; la petición de dictámenes o informes; la protección de víctimas o testigos; así como otras contenidas en un amplio y detallado listado que culmina con una cláusula por la que se incluye "cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte".¹⁷⁰

En sentido parecido se expresa el art. 20 LOCCPI, matizando que será el Ministerio de Justicia el que acusará recibo de la solicitud de cooperación e informará a la Corte acerca del órgano interno al que se haya transmitido la solicitud. Este precepto se refiere, además, de forma expresa a las causas que pudieran justificar una negativa de colaboración por parte de España. Así, el apartado segundo establece:

Quando la solicitud de la Corte pudiera afectar a la defensa o a la seguridad nacionales o tenga por objeto documentos o informaciones que hubieren sido transmitidos a España con carácter confidencial por un Estado, una organización internacional o una organización intergubernamental, el Ministerio de Asuntos Exteriores, en coordinación con los Ministerios de Justicia, del Interior y de Defensa u otros Ministerios competentes, efectuará consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación, informándose a la Corte del resultado de tales consultas.¹⁷¹

¹⁶⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen y Díez RODRÍGUEZ, E., "Jurisdicción universal y cooperación con la CPI", en JUANES PECES., A. (dir.), *Cooperación jurídica penal internacional. Memento Experto*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, p. 785.

¹⁷⁰ Art. 93 ER.

¹⁷¹ LOCCPI, *op. cit.*, Art. 20.2.

El objeto de estas consultas no es otro que el de informar a la CPI del motivo por el cual España no puede llevar a cabo el acto de cooperación requerido aunque también podría considerarse la posibilidad de atender la solicitud de cooperación de otra manera, estudiar o modificación o retirada y asegurar la protección del carácter confidencial de la misma (art. 20.4 LOCCPI).

4.3. Cooperación para la celebración del juicio oral y la ejecución

Como norma general los juicios de competencia de la CPI se celebrarán en la sede de este órgano, en La Haya. No obstante, el ER también prevé la posibilidad de que las vistas orales se celebren en los Estados Parte, debiéndose adoptar en estos casos un acuerdo internacional con dicho país.

La LOCCPI también contempla esta opción en su art. 25, estableciendo que si la CPI trasladase a España una propuesta en este sentido, el Ministerio de Justicia, una vez consultados los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior y demás autoridades competentes, comunicará a la CPI la decisión de que se adopte. Los acuerdos no jurisdiccionales en relación con las actuaciones a llevar a cabo se regirán, según el mismo precepto de la LOCCPI, por el acuerdo específico que se firme con la Corte.

Por otro lado, la ejecución de las Sentencias es un aspecto en el que la CPI depende de manera íntegra de la cooperación de los Estados, pues este Tribunal internacional no cuenta con establecimientos penitenciarios propios. Teniendo en cuenta este extremo, el art. 103 ER dispone que las penas privativas de libertad impuestas por la Corte se cumplirán un Estado Parte que forme parte de la lista de países que hayan exteriorizado su consentimiento en recibir condenados.

España es uno de los países que ha manifestado su consentimiento para albergar en su sistema penitenciario a condenados por la CPI. Aun así, es necesario destacar que nuestro país emitió una Declaración con ocasión de la ratificación del ER, según la cual "España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española". Sin embargo, tras la

reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo,¹⁷² que introduce la pena de prisión permanente revisable, parece que la limitación efectuada por esta Declaración se ha visto desprovista de cualquier relevancia.

El procedimiento a seguir para la ejecución de las penas de la CPI en España aparece previsto en el art. 22 LOCCPI, que en su apartado primero establece que el Ministerio de Justicia informará a la CPI de las condiciones en las que España acepta que se produzca el traslado del condenado o bien las razones que impidiesen dicho traslado. Para el cumplimiento de la pena en España regirá, como no podría ser de otra manera, lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria; aunque deben tenerse en cuenta ciertas especificaciones.

4.4. El principio de complementariedad en las relaciones entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales

Como veíamos con anterioridad, la complementariedad es un principio funcional que determina un orden de prelación entre varias jurisdicciones cuando estas son concurrentes, otorgando la capacidad de ejercer dicha jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el principal no pueda ejercerla. El carácter complementario de la CPI, afirmado tanto en el Preámbulo del ER como en su artículo primero, significa que el enjuiciamiento por hechos delictivos corresponde a las jurisdicciones nacionales primariamente y solo será competente la jurisdicción internacional en el caso de que estas no pueden o no quieren llevar a cabo dicho enjuiciamiento.¹⁷³

Así, es claro que, según el ER, la competencia para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves la detentan, en primer lugar y con carácter prioritario, los Tribunales nacionales. Estos Tribunales ejercerán esa competencia a través de los títulos jurisdiccionales contemplados en sus legislaciones internas, incluida, por supuesto, la jurisdicción universal. En efecto, el ER no excluye de forma expresa el principio de jurisdicción universal, luego debe entenderse que este título de jurisdicción es tan válido como los principios de jurisdicción territorial, de personalidad o de protección de intereses para hacer valer la primacía de las jurisdic-

¹⁷² LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061 a 27176.

¹⁷³ Véase capítulo 1, apdo. 2.6.

ciones nacionales sobre la jurisdicción de la CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales de competencia de la Corte.¹⁷⁴

A pesar de la relativa claridad de la legislación internacional al respecto, la redacción de la LOCCPI parece haberse acogido a un concepto de complementariedad que no concuerda con el ER. Así, el art. 7 LCCPI otorga al Gobierno, y no al Poder Judicial, la competencia para presentar denuncia ante el Fiscal de la CPI así como para reconsiderar la inadmisión de un asunto. Además, el apartado segundo establece que:

Quando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

Añade el apartado tercero que en el caso de que finalmente el Fiscal no iniciase una investigación o se declarase por la CPI la inadmisibilidad del asunto, podrá presentarse la denuncia o querrela nuevamente ante los Tribunales nacionales.

La redacción del art. 7 LCCPI llevaba a cabo, pues, una reducción del ámbito de actuación del principio de jurisdicción universal en España, iniciando la senda legislativa que ha culminado desprovveyendo a este título de jurisdicción en España de prácticamente cualquier relevancia.

El ataque al principio de jurisdicción universal no se limitaba en exclusiva al art. 7 LCCPI. El art. 8, dedicado al requerimiento de inhibición al Fiscal de la Corte, establece lo siguiente en su apartado primero

¹⁷⁴ En este mismo sentido RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, "Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales ad hoc y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007, p. 3 y OLLÉ SESÉ, M., "Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal", *La Ley Penal*, núm. 25, 2006 (edición digital).

Recibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al artículo 18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los tribunales españoles.

Teniendo en cuenta que, según la redacción del art. 23.4 LOPJ vigente en el momento de promulgación de la LOCCPI, los Tribunales españoles tenían competencia para el conocimiento de delitos de competencia de la CPI cometidos tanto por españoles como por extranjeros fuera del territorio nacional, y que el art. 8 LCCPI solo permite que las autoridades españolas soliciten la inhibición del Fiscal de la CPI ante hechos que hubieran tenido lugar en territorio español o cometidos por españoles, automáticamente se concluye que la legislación española no permite requerir la inhibición del Fiscal cuando los hechos delictivos se hubieran cometido por extranjeros fuera del territorio nacional, es decir, en virtud del principio de jurisdicción universal. Así, el art. 8 LCCPI llevaba a cabo otra gran limitación del principio de jurisdicción universal, decretando que a partir de su entrada en vigor, la jurisdicción de la CPI tendría preferencia sobre la jurisdicción española en materia de delitos objeto de jurisdicción universal.

Resulta especialmente chocante que la normativa adoptada por el legislador español en 2003 contradijese lo dispuesto solo tres años antes en la LO 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autorizaba la ratificación por parte de España del ECPI. En efecto, en la EM de la citada Ley se afirmaba que "conforme al principio de complementariedad, la Corte no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales"; añadiendo, para mayor abundamiento, que "la jurisdicción de la Corte solo se ejercerá de manera subsidiaria cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente."¹⁷⁵

La postura de la LO 18/2003 sobre el principio de complementariedad fue ampliamente criticada por numerosos autores. Algunos, como Gómez Benítez llegaron a afirmar que con la aprobación de esta Ley el Estado español incumplía sus obligaciones internacionales dimanantes

¹⁷⁵ Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Publicado en BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000, pp. 34138 a 34140.

de la ratificación del ER.¹⁷⁶ Otros, sin ir tan lejos en sus críticas, sí se refirieron a una "autolimitación del principio de justicia universal español".¹⁷⁷

Ollé Sesé calificó el nuevo precepto como "una modificación encubierta del art. 23.4 LOPJ",¹⁷⁸ así como Lamarca Pérez en términos parecidos.¹⁷⁹ También Bujosa Vadell afirmó que la LO 18/2003 servía para modificar de forma indirecta la regulación de la jurisdicción universal en España.¹⁸⁰ En el mismo sentido, Díaz Pita también manifestó la falta de consonancia de la LOCCPI con el art. 23.4. LOPJ. Según la autora: "Convendría, por tanto, a nuestro juicio, una revisión de lo dispuesto en la LO 18/2003 que lograra una auténtica concordancia no solo con nuestra legislación interna sino también con el contenido del Estatuto de Roma. Solo así se alcanzará una verdadera y efectiva cooperación con la Corte Penal Internacional".¹⁸¹

En efecto, la LO 18/2003 confunde la finalidad del principio de complementariedad, tal como este está previsto en el ER, que consiste en una mejor aplicación del principio de jurisdicción universal. Como afirmaba Philippe, "el principio de complementariedad puede verse como una herramienta de procedimiento que permite a la comunidad internacional tomar la iniciativa, si los Estados no pueden u omiten ejercer su jurisdicción. Procura ofrecer a los Estados y la comunidad internacional una salida posible, cuando la ausencia de juicio o castigo por crímenes internacionales sería inaceptable".¹⁸²

¹⁷⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "Complementariedad de la Corte...", *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "Criterios de resolución...", *op. cit.*, p. 12. Para esta autora, sin embargo, la regulación establecida en la LO 18/2003 no vacía de contenido el principio de justicia universal: "Su finalidad no es crear espacios de impunidad ni impedir la actuación de los órganos jurisdiccionales españoles ante crímenes internacionales cometidos en otros territorios. Su fin no es otro que priorizar la Corte por delante de las jurisdicciones nacionales con el objeto de evitar que éstas se conviertan en sustitutos de la Corte, con las disfunciones ya no sólo de índole política sino también práctica puede producir la excesiva acumulación de asuntos ante la AN española, ante una generosa regulación del principio de justicia universal en el art. 23.4 LOPJ". Ídem, p. 15. En el mismo sentido encontramos la opinión de García Arán, para quien "aunque hubiera sido posible, no es necesario que la justicia universal ejercida por los Estados prevalezca sobre la jurisdicción de la CPI". GARCÍA ARÁN, M., "Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte Penal Internacional", *Persona y Derecho*, núm. 51, 2004, p. 278.

¹⁷⁸ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para...*, *op. cit.*, p. 421. Añade el autor: "Esta Ley ignora y contradice, por un lado, el art. 23.4 LOPJ y la esencia del principio de jurisdicción universal —aplicable con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad de los sujetos activos y de las víctimas—; y, por otro lado, ignora y contradice el principio de complementariedad de la propia CPI ya que, al mantener nuestros tribunales españoles un título de jurisdicción, con base en el principio de universalidad para hechos cometidos fuera de nuestras fronteras y por extranjeros, debería ser preferente respecto de la CPI". Ídem, p. 424.

¹⁷⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Algunas reflexiones sobre el carácter complementario de la Corte Penal Internacional", *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 49.

¹⁸⁰ BUJOSA VADELL, L. M., "En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española", en *Diario La Ley*, núm. 7298, de 4 de diciembre de 2009 (versión digital).

¹⁸¹ DÍAZ PITA, M. P., "Concurrencia de jurisdicciones...", *op. cit.*, p. 11.

¹⁸² PHILIPPE, X., "Los principios de...", *op. cit.*, p. 16.

A pesar de las demandas por parte de la doctrina, la revisión de la LOCCPI nunca llegó. En su lugar, esta limitación del principio de jurisdicción universal se consolidó con las reformas del art. 23 LOPJ operadas en 2009 y 2014. En la actualidad, pues, el art. 8 LCCPI no entra en contradicción con el art. 23 LOPJ, pues, según lo dispuesto en su apartado 5, la jurisdicción española carece de competencia para juzgar delitos internacionales "Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte". La redacción de este precepto es aún más restrictiva del principio de jurisdicción universal que la del art. 8 LCCPI, pues según el actual art. 23.5 LOPJ la jurisdicción de la CPI ostenta primacía en relación con la de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de delitos objeto de su competencia cuando los hechos delictivos se hubiesen cometido fuera del territorio español, tanto por extranjeros como por nacionales españoles, chocando frontalmente, como decíamos, con el principio de complementariedad de la CPI establecido en el ER, que otorga primacía a las jurisdicciones nacionales sin excluir el principio de jurisdicción universal como título de jurisdicción.

Capítulo 6
La segunda etapa del principio
de jurisdicción universal
en España (2005-2017)

1. La actividad de los Tribunales españoles entre 2005 y 2009

1.1. Nuevos asuntos en la Audiencia Nacional tras la Sentencia constitucional sobre el caso Guatemala

La actividad de los Tribunales españoles en torno al principio de jurisdicción universal durante el período de tiempo objeto de estudio estuvo claramente marcada por los desencuentros entre el TS y el TC. Si bien en un inicio imperó la tendencia restrictiva marcada por la STS 327/2003, de 25 de febrero, que exigía la existencia de un vínculo de conexión con España, una vez emitida la Sentencia constitucional relativa al caso *Guatemala* varios asuntos ya admitidos a trámite en la AN siguieron tramitándose al amparo de la doctrina sobre el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, mientras que, paralelamente, nuevas causas fueron iniciadas. Todo ello, como apunta Esteve Moltó, "fue provocando que España se fuera convirtiendo en un refugio legal para las víctimas de conflictos olvidados, a la vez que punto de mira y de conflictos diplomáticos con distintos países, cuyos gobernantes comenzaban a ser perseguidos por sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos".¹

¹ ESTEVE MOLTÓ, José Elías, "La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China", *Anuario Español de Derecho Internacional*,

- *Caso Ruanda*

El 6 de abril de 2005 el JCI núm. 4 de la AN admitió a trámite la querrela interpuesta por el genocidio ruandés. Según el Auto de procesamiento emitido por este órgano el 6 de febrero de 2008, los hechos se remontan al mes de octubre de 1990, fecha en la que un grupo de estructura político-militar, comenzó a desarrollar actividades criminales en Ruanda desde Uganda.²

El Auto contiene una exhaustiva y pormenorizada descripción de las actividades delictivas cometidas por el grupo *Armée Patriotique Rwandaise/Rwandese Patriotic Army* (APR/RPA) así como por su brazo político, el *Front Patriotique Rwandaise/Rwandese Patriotic Front* (FPR/APR), deteniéndose con mayor detalle en las nueve víctimas españolas: seis misioneros y tres trabajadores de la ONG Médicos del Mundo.³ Entre las 40 personas procesadas figuraba Paul Kagame, actual Jefe de Estado de la República de Ruanda, si bien su efectivo procesamiento no pudo ser llevado a cabo al ostentar esta persona inmunidad por razón de su cargo.

El JCI califica los hechos denunciados como genocidio, lesa humanidad, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y terrorismo. En cuanto a la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre los hechos denunciados, el Magistrado-Juez hace alusión a la LO 157/1998, de 2 de julio, de Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, cuyo art. 4 establece, en su apartado primero que "cuando los Tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria o militar fueran competentes, de acuerdo con sus respectivas normas orgáni-

núm. 30, 2014, p. 150.

² "En sus primeros cuatro años desarrolló diferentes acciones organizadas y sistemáticas tendentes a la eliminación de población civil, tanto a través del inicio de las hostilidades bélicas frente al ejército Ruandés como en la realización de actos terroristas de distinta magnitud e intensidad ejecutadas en el territorio de Ruanda, fundamentalmente en su zona norte y centro, y todo ello bajo un mando estructurado, estable, estratégicamente organizado y fuertemente organizado. Una vez que obtuvo, mediante la violencia, el poder, y desde el mismo, creó y desarrollo un régimen de terror y una estructura criminal paralela al Estado dedicada, bajo un designio planificado y preestablecido, al secuestro, a la tortura, a la violación de mujeres y niñas, a la realización de actividades terroristas (tanto directos como bajo la simulación de su autoría por sus enemigos), al encarcelamiento de miles de ciudadanos sin proceso judicial alguno, al asesinato selectivo de personas, a la destrucción y eliminación sistemática de cadáveres mediante su hacinamiento en fosas comunes sin identificación, incineración masiva de los cuerpos o precipitación de cuerpos a lagos y ríos, a los ataques indiscriminados a la población civil basándose en su preselección étnica pretendiendo la eliminación de la etnia mayoritaria, e incluso mediante la realización de acciones de carácter bélico realizadas tanto en Ruanda como en el país vecino del Zaire (actual República Democrática del Congo), produciendo masacres indiscriminadas y sistemáticas de población allí refugiada y actos de pillaje a gran escala de cara a procurarse una autofinanciación de tales actividades criminales, además del enriquecimiento ilícito de los cabecillas". Auto del JCI núm. 4 de la AN, de 6 de febrero de 2008, Hecho 1.

³ Para más detalles sobre el relato fáctico de las muertes de las víctimas españolas véase PALOU LOVERDOS, Jordi, "Crímenes de guerra contra españoles, ruandeses y congolese en África Central (1990-2006): el conflicto de los Grandes Lagos desde la perspectiva de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, junio 2007, pp. 14-23.

cas y procesales, para juzgar hechos comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Tribunal internacional para Ruanda, iniciarán o continuarán las actuaciones, en tanto no sean requeridos de inhibición por el Tribunal internacional.⁴ Sin embargo, debe señalarse que el Juzgado de Instrucción fijó su competencia, ya desde la emisión de su primer Auto de 6 de abril de 2005, solo para el enjuiciamiento de las víctimas españolas, en aplicación de la doctrina de la STS 327/2003, de 25 de febrero, que exigía un nexo de conexión.

Las órdenes de arresto emitidas por el JCI núm. 4 vinieron acompañadas de cierta controversia diplomática. Así, la Unión Africana expresó su malestar e incluso solicitó la inclusión en el orden del día de la 63a. sesión de la AGNU de un asunto relacionado con el "abuso del principio de jurisdicción universal", afirmando: "Mientras que la Unión Africana suscribe plenamente y apoya el principio de jurisdicción universal en el contexto de la lucha contra la impunidad así como la necesidad de castigar a los perpetradores de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, se opone sin embargo a la utilización selectiva y abusiva del principio contra líderes africanos".⁵

• Caso *Tíbet*

El caso *Tíbet* relacionado con las medidas represivas del Gobierno chino tomadas contra el Estado tibetano tras la ocupación militar de este, siguió un *iter* procesal muy similar al caso *Falun Gong*. La querrela fue interpuesta el 28 de junio de 2005 por el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación Casa del Tíbet y un particular contra varios ex altos cargos de la República China —incluidos Jiang Zemin, ex Presidente de China y Li Peng, antiguo Primer Ministro— por la presunta comisión de delitos de genocidio, torturas, terrorismo y lesa humanidad.

El JCI núm. 2 de la AN inadmitió a trámite la querrela, siguiendo la recomendación del Ministerio Fiscal en este sentido, por Auto de 5 de septiembre de 2005, en aplicación de la doc-

⁴ Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda. Publicado en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1998.

⁵ Request for the inclusion of an additional item in the agenda of the sixty-third session. Abuse of the principle of universal jurisdiction. Letter dated 21 January 2009 from the Permanent Representative of the United Republic of Tanzania to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/63/237, 3 de febrero de 2009. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/226/53/PDF/N0922653.pdf?OpenElement>

trina de la STS 327/2003 relativa a la necesidad de apreciación de un vínculo con España para aplicar la jurisdicción de los Tribunales españoles, que la AN no apreció en este caso.⁶

Sin embargo, una vez dictada la STC 237/2005, de 26 de septiembre, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN resolvió el recurso de apelación interpuesto, por Auto de 10 de enero de 2006, admitiendo la competencia de la justicia española sobre el caso. La AN estima, en primer lugar, que los hechos denunciados se ajustan a la definición de genocidio contenida en el art. 2 del CPSG,⁷ si bien omite mención alguna sobre la presunta comisión de delitos de desaparición forzada, ejecuciones arbitrarias, *apartheid* o discriminación racial contenidos en la querrela, subsumiendo todos ellos en el delito de genocidio. Por otro lado, se refiere el Auto a las posibilidades que existen de que los hechos denunciados sean objeto de enjuiciamiento por la CPI o por alguna otra vía de carácter internacional, llegando a la conclusión de que los intentos al respecto han sido infructuosos, y constata, además, la imposibilidad de que los Tribunales chinos se encarguen del presente caso.⁸

Por último, la AN constata que la querrela interpuesta no supone un ejercicio abusivo del derecho, aludiendo al criterio de razonabilidad que defendió el Pleno de la propia Sala de lo Penal por Auto de 3 de noviembre de 2005, como consecuencia, precisamente, de la doctrina constitucional relativa al caso *Guatemala*.⁹ Destaca este último punto, pues precisamente este

⁶ "Conforme a los criterios anteriormente expuestos e infiriéndose que los hechos denunciados como constitutivos de delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad, sin entrar en exhaustivo análisis de los mismos para determinar si efectivamente concurren todos los presupuestos necesarios para llegar a configurar tales tipos penales, admitiéndose la calificación legal efectuada por el querellante a efectos puramente competenciales ha de concluirse que la jurisdicción española no es competente para el conocimiento de los mismos habida cuenta que ninguno de los presuntos culpables es de nacionalidad española ni se encuentra en territorio nacional ni España ha denegado su extradición y, de otra parte, no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con estos delitos, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de delitos de genocidio y torturas sobre españoles, pues la presencia en el proceso como acusación particular, de un ciudadano, Thuben Wanchenh Sherpa Sherpa, nacionalizado español, no aporta la necesaria conexión para entender que deba ser la jurisdicción española la que haya de conocer de los hechos. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes". Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 5 de septiembre de 2005, FJ 8.

⁷ Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, de 10 de enero de 2006, FJ 8.

⁸ "Por último, en relación a las posibilidades de que el pueblo tibetano pueda hacer valer la pretensión de justicia que aquí ejercita frente a los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el lapso de tiempo transcurrido desde que los hechos tuvieron lugar y las innumerables gestiones realizadas por parte de las autoridades del Tíbet según se acredita en la aportación documental unida a la querrela, hacen innecesario cualquier otra petición en defensa de sus derechos en el territorio en el que los hechos denunciados ocurrieron". Ídem, FJ 9).

⁹ Aclara en este punto el Auto: "(...) de lo que se trata de evitar es única y exclusivamente, que se utilice la jurisdicción de este tribunal en ejercicio abusivo del derecho y no de que los hechos objeto de denuncia, el delito denunciado o el país en el que tales hechos ocurran estén o no alejados del nuestro y obvio resulta colegir que, en el presente supuesto, dados los hechos que se

caso *Tíbet* constituía la primera ocasión en que la AN aplicaba este "test de razonabilidad". En este caso el criterio de razonabilidad se aplicó exclusivamente, y de forma correcta, con la finalidad de evitar un abuso de Derecho, y no para dejar en la impunidad a crímenes internacionales cometidos en lugares "extraños" o alejados, tal como rezaba el Acuerdo no jurisdiccional de la AN.¹⁰

El procedimiento de instrucción siguió, pues, su curso, y el 5 de junio de 2006 una víctima del caso *Tíbet* declaró ante el JCI núm. 2, lo que desencadenó las airadas protestas del Gobierno chino al respecto. Más adelante, el Magistrado denegó la prestación de testimonio de otras víctimas en Madrid y, en cambio, libró comisiones rogatorias a numerosos países para efectuar los interrogatorios en los lugares en los que se había indicado la presencia de estas. Ante la negativa a colaborar con una de las comisiones rogatorias dirigida a la India, algunas víctimas tibetanas volvieron a declarar en la AN, en un momento que coincidió con las protestas que se produjeron cuando la antorcha de los Juegos Olímpicos de Beijing pasaba por territorio tibetano, en la primavera de 2008.¹¹

La violencia empleada por el Gobierno chino para reprimir estas protestas fue objeto de una nueva denuncia en la AN, que fue admitida a trámite por el JCI núm. 1 el 5 de agosto de 2008, a una semana de la celebración de los Juegos Olímpicos,¹² destacando que entre las personas imputadas, pertenecientes a la nueva generación del Partido Comunista Chino, se encontraba su Presidente, Hu Jintao.

describen detalladamente en la querrela presentada junto con la importante documentación acompañada, se desprende, no sólo la existencia de que los hechos denunciados presentan caracteres de un delito de genocidio que deben ser investigados por la jurisdicción española según lo razonado anteriormente sino la competencia de este órgano jurisdiccional para admitir y tramitar la querrela en su día denegada atendiendo a los postulados y principios establecidos por la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005". *Ibidem*, FJ 10.

¹⁰ "Existía el peligro que se interpretara este requisito con la intención de archivar la querrela del Tíbet (ya que no se trata de un lugar muy próximo o con una conexión directa con España), argumentación que a todas luces se advirtió en la vista de la apelación que resultaría contraria, no sólo a la letra del mismo artículo 23.4 de la LOPJ (y a la recientemente dictada sentencia del Tribunal Constitucional), sino también al principio de legalidad (art. 9.3 en relación con el art. 25.1 CE) y a los derechos de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de igualdad ante la ley (art. 14.1)". ESTEVE MOLTÓ, J. E., "El Auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet", *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 22, 2006, p. 604.

¹¹ "La antorcha olímpica visitará el Tíbet pese a los disturbios". Publicado en rtve.es el 19 de marzo de 2008. Texto disponible en <http://www.rtve.es/deportes/20080319/antorcha-olimpica-visitara-tibet-pese-disturbios/5170.shtml>

¹² Auto del JCI núm. 1 de la AN, de 5 de agosto de 2008.

Durante el año 2009 los dos casos relacionados con el Tíbet experimentaron importantes avances. Así, el primero de ellos, tramitado en el JCI núm. 2, llevó a la solicitud, por parte del Magistrado instructor a las autoridades del Gobierno chino, del interrogatorio del ex Presidente Jiang Zemin entre otros seis altos cargos. De forma paralela, el JCI núm. 1, responsable de la segunda causa, remitía comisión rogatoria a China, por Providencia de 5 de mayo de 2009, por la que solicitaba permiso para interrogar a tres de sus actuales Ministros, acusados de la comisión de crímenes contra la humanidad. Poco después, el 28 de mayo de 2009, el JCI núm. 1 llegó incluso a solicitar permiso para desplazarse al Tíbet para inspeccionar sus prisiones.

Más adelante veremos el decepcionante desenlace de este intento de dar justicia al genocidio tibetano. No obstante, no puede pasarse por alto el optimismo en aquellos primeros momentos. Así, Esteve Moltó afirmaba: "La investigación de un caso como el de Tíbet supone abrir una puerta a la lucha contra la impunidad tras más de medio siglo de silencio y con ello se está de forma decidida avanzando hacia el objetivo de esta jurisdicción universal: que es proteger a las víctimas, en este caso tibetanas, más allá de las fronteras y de todo condicionamiento político y de los mercados".¹³

- **Caso Sahara**

Este caso dio comienzo cuando, el 14 de septiembre de 2006, la Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis (AFAPREDESA) y otras organizaciones de derechos humanos presentaron ante la AN una querrela dirigida contra 32 personas. De acuerdo con la misma, desde 1975, fecha en la que España se retiró del territorio del Sahara Occidental, tras la firma de los Acuerdos Tripartitos de Madrid, este fue violentamente ocupado por el Reino de Marruecos, habiéndose producido secuestros y encarcelamientos de cientos de saharauis, la mayoría de ellos de nacionalidad española.

El 29 de octubre de 2007 el JCI núm. 5 aceptaba la competencia para instruir los hechos denunciados, incoando el procedimiento como Diligencias Previas 362/07, por la presunta comisión de delitos de genocidio y torturas, habiéndose finalmente acotado la acusación a 13 per-

¹³ ESTEVE MOLTÓ, J. E., "El Auto de admisión...", *op. cit.*, p. 607.

sonas, que fueron con posterioridad ampliadas en una persona más, por Auto de 14 de agosto de 2009.

- **Caso *vuelos de la CIA***

El caso *vuelos de la CIA*, iniciado por un grupo de abogados, fue admitido a trámite inicialmente por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Palma de Mallorca, donde se denunciaron los hechos. Sin embargo, este órgano se inhibió en favor de los Juzgados Centrales de Instrucción de la AN, admitiendo su competencia el JCI núm. 2 por Auto de 9 de junio de 2006. El 14 de julio de 2006 se admitió la participación de tres asociaciones como acusación popular: ALA, la Asociación Española Pro Derechos Humanos e Izquierda Unida.

El origen de los hechos se encuentra en la detención de Khaled El Masri, nacional alemán de origen libanés, por la policía de Macedonia el 31 de diciembre de 2003 y su posterior sometimiento a torturas durante 23 días, hasta que, el 23 de enero de 2004 fue entregado a agentes de la CIA estadounidense, quienes le trasladaron de forma secreta a la ciudad de Kabul, en Afganistán. Una vez en Kabul, el detenido permaneció en esta situación durante cinco meses transcurridos los cuales fue liberado en Albania, destacando el hecho de que el avión que trasladaba El Masri hizo una escala en Palma de Mallorca el 24 de enero de 2004 con 13 agentes de la CIA a bordo.

Este caso resulta especialmente característico, ya que los Tribunales españoles no solo fundamentaron su competencia en el principio de justicia universal sino también en el de territorialidad, teniendo en cuenta que para llevar a cabo los hechos delictivos se utilizó el espacio aéreo y el suelo español, según lo relatado en la denuncia. El JCI núm. 2 llegó a tomar declaración al señor El Masri el 9 de octubre de 2006, mientras el procedimiento se solapaba con otro iniciado en Alemania por el mismo tema y que llevó incluso a la Fiscalía de Múnich a la emisión de una orden de detención contra los 13 agentes de la CIA implicados, con base en las informaciones aportadas por la policía española.

- **Caso *Ellacuría***

El 12 de enero de 2009 el JCI núm. 6 de la AN admitió a trámite una querrela presentada por la Asociación Pro Derechos Humanos de España así como el *Center for Justice and Accountability*,

en la que se denunciaban los asesinatos de cinco sacerdotes jesuitas españoles, entre ellos Ignacio Ellacuría Beascoechea, así como el de otro sacerdote salvadoreño, su empleada doméstica y la hija de ambos, cometidos en El Salvador.

Los hechos ocurrieron el 16 de noviembre de 1989 en la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas —de la que el señor Ellacuría era Rector— en el marco de la guerra civil que asoló este país, y fueron presuntamente cometidos por miembros de un batallón del ejército salvadoreño (el Batallón de Infantería de Reacción Inmediata, "ATLACATL"). Los hechos fueron calificados como delitos de asesinato, terrorismo y crímenes de lesa humanidad por el Juez Instructor.

El enjuiciamiento por parte de las autoridades de El Salvador resultaba más que improbable, ya que este Estado contaba, desde 1993, con una Ley de Amnistía por la que el Gobierno perdonaba todos los crímenes cometidos durante los 12 años que duró el conflicto armado, incluidos pues los asesinatos de los sacerdotes jesuitas.¹⁴ Si bien es cierto que el 23 de enero de 1992 el coronel Guillermo Benavides y el teniente Yussi Mendoza fueron condenados a 30 años de cárcel en el país centroamericano, este juicio fue a todas luces fraudulento, habiendo sido amnistiados los militares a los pocos meses, luego el cumplimiento efectivo de la condena fue nulo.

- *Caso Mauthausen*

Otro caso con víctimas españolas se inició el 16 de septiembre de 2009, cuando el JCI núm. 2 procedió a incoar el Sumario 56/2009 por la presunta comisión de delitos de genocidio y lesa humanidad tras querrela presentada por varias asociaciones de víctimas de la Guerra Civil española y el franquismo. En concreto, los hechos denunciados tuvieron lugar en los campos de concentración nazi de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg, donde entre 1942 y 1945 estuvieron presos más de 11,000 españoles. Estos prisioneros "fueron sometidos a programas de exterminio diseñado por el sistema nacionalsocialista, siendo retenidos en contra de su voluntad por razones de raza, religión, nacionalidad o convicciones políticas".¹⁵ El 17 de

¹⁴ Dicha ley de amnistía fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de El Salvador en 2016.

¹⁵ "Los prisioneros recluidos en estos tres campos fueron objeto de formas extremas de maltrato y abuso, incluido el asesinato. Una parte importante de españoles llegaron como prisioneros en convoyes de deportados procedentes de diversas ciudades europeas,

septiembre de 2009 el mismo Juzgado acordó el procesamiento de cuatro presuntos implicados en los crímenes, ex agentes de las SS; dos de ellos fallecerían poco después.

1.2. Las inadmisiones de los casos Atenco y Gaza

A pesar del respeto mostrado tanto por el TS como por la AN a la doctrina constitucional relativa al caso *Guatemala*, es bien cierto que ambos órganos judiciales siguieron otorgando preferencia al lugar de comisión de los hechos o al de la nacionalidad de los autores a la hora de determinar la competencia jurisdiccional. Así ocurrió con la primera denuncia presentada en España por la comisión de crímenes de género en aplicación de la justicia universal, la relativa al caso *Atenco*.¹⁶ Se denunciaba en concreto la comisión de un delito de torturas de carácter sexual cometido por agentes de la Policía municipal de San Salvador de Atenco (México) durante los días 3 y 4 de mayo de 2006, como consecuencia de un operativo ordenado por el entonces Gobernador del Estado de México y actualmente Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, para reprimir a un grupo de manifestantes, destacando la nacionalidad española de una de ellas. La AN inadmitió la querrela, por Auto de 14 de enero de 2009, al considerar que ya existían causas abiertas para la investigación de los mismos en el país de comisión.¹⁷ Sin embargo, a día de hoy la investigación llevada a cabo en México ha distado bastante de ser real y efectiva, como demuestra el hecho de que la CortelDH decidiera en septiembre de 2016 (casi ocho años después de la inadmisión del caso llevada a cabo por la AN española), conocer del caso.¹⁸

A idéntica solución llegó el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN en su Auto de 9 de julio de 2009 sobre el caso *Gaza*, relativo a los hechos acaecidos el 22 de julio de 2002, cuando un avión del Ejército israelí lanzó una bomba alegadamente dirigida a la casa de un dirigente en la ciudad

siendo sometidos a tratos inhumanos, violencia...llegando incluso a la muerte en multitud de ocasiones". Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 16 de septiembre de 2009, FJ 2.

¹⁶ Denuncia presentada por la ONG *Women's Link Worldwide*.

¹⁷ Incluye este Auto una opinión muy particular sobre los principios de subsidiariedad y concurrencia: (...) debemos confirmar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del locus delicti, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ne bis in ídem, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad". Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2009, FJ 2.

¹⁸ Más información del caso disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/selvas_gomez_y_otras.pdf

de Gaza, cuya explosión causó la muerte de 15 personas y dejó 150 heridos. El JCI núm. 4 había admitido a trámite inicialmente esta denuncia, el 4 de mayo de 2009, afirmando:

(...) nos encontraríamos ante la existencia de un ataque contra la población civil, ya de inicio ilegítimo, pues el mismo tendría con objeto la comisión de un asesinato, el de Salah Shehadeh, que se torna en un hecho que ha de ser perseguido en virtud del principio de jurisdicción universal desde el momento en que el ataque es producto de una acción que se adivina como claramente desproporcionada o excesiva, y que si en el curso de este procedimiento se prueba responde a una estrategia preconcebida o predeterminada, podría dar lugar a una calificación de los hechos distinta y aún más grave de la que inicialmente puede considerarse.¹⁹

La Sala de lo Penal, sin embargo, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y finalmente inadmite —en una Resolución que se adelanta a la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ, ya en tramitación, pero que se enmarca en la línea de esta—, negando el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal y defendiendo la subsidiariedad de este, apoyándose en una serie de investigaciones internas y procedimientos judiciales llevados a cabo en Israel de los que la Sala infiere "que ha habido una verdadera y real actuación, administrativa primero y judicial después, para comprobar la posible comisión delictiva".²⁰

2. La desnaturalización del principio de jurisdicción universal operada por la Ley 1/2009

2.1. Antecedentes y consideraciones generales de la reforma

Si bien las reformas de 1999, 2005 y 2007 se caracterizaron por haber ampliado la extensión de la jurisdicción española con base en el principio de jurisdicción universal, la reforma de 2009, por

¹⁹ Auto del JCI núm. 4 de la AN, de 29 de enero de 2009, FJ 3.

²⁰ Auto de la Sala de lo Penal de la AN, de 9 de julio de 2009, FJ 5. Destaca el Voto Particular discrepante emitido por Cuatro Magistrados de la Sala, muy crítico con la decisión emitida por la Sala. Sin embargo, con posterioridad el archivo de la causa sería confirmado por la Sala Segunda del TS, que por Auto de 4 de marzo de 2010 rechazaba el recurso de casación interpuesto y defendía la argumentación llevada a cabo por la AN: "La Audiencia expone la legalidad que rige la materia, tanto estatal como internacional, la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo sobre la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, sobre que es generalmente prioritario el criterio de subsidiariedad sobre el de concurrencia y la necesidad de que se module todo ello en cada caso concreto". Auto de la Sala Segunda del TS, de 4 de marzo de 2010, FJ 2.

el contrario, redujo drásticamente el ámbito de aplicación de este título de jurisdicción mediante la introducción de puntos de conexión con España en el artículo 23.4. LOPJ.

La reforma de 2009, al igual que la de 2007, vino precedida por actividad jurisprudencial en esa dirección. Como ya se ha expuesto, a pesar de la literalidad del art. 23.4 LOPJ en su redacción de 1985 e incluso del sentido otorgado al mismo por el TC, la jurisprudencia de la AN y, sobre todo, del TS apuntaban con insistencia a la necesidad de introducir puntos de conexión como requisito habilitante del principio de jurisdicción universal así como al criterio de subsidiariedad de la jurisdicción española en casos de concurrencia con jurisdicciones extranjeras. No podemos olvidar, además, que el propio TC, pese a declarar la difícil compatibilidad de la existencia de criterios de conexión con el propio fundamento de la jurisdicción universal, dejó abierta la posibilidad al legislador para una futura reforma de carácter restrictivo.²¹

Es llamativo que el proceso legislativo durara apenas cinco meses. La reforma no partió de un Anteproyecto de Ley presentado por el Gobierno, siguiendo el cauce ordinario. Por el contrario, esta fue materializada a través de una enmienda presentada por los Grupos Parlamentarios del PP, PSOE, CIU y EAJ-PNV con ocasión de la tramitación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial,²² una iniciativa legislativa que poco o más bien nada tiene que ver con el principio de jurisdicción universal y que, desde luego, no parece el cauce más idóneo para llevar a cabo una modificación de tan enorme calado en materia de derecho penal internacional.²³

Tanto el cauce legislativo utilizado como la ausencia de debate parlamentario sobre la iniciativa fueron ampliamente criticados. Como bien expone Comellas Aguirrezábal: "Aunque en el preámbulo de la LO 1/2009 se dice que esta es fruto de un "diálogo reflexivo, generado

²¹ "Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación". STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3.

²² Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009, pp. 92089 a 92102.

²³ Chinchón Álvarez relata de forma pormenorizada el periplo legislativo seguido desde el 19 de mayo hasta el 4 de noviembre de 2009 para la aprobación de la reforma. Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal, en *Revista de Derecho de Extremadura*, vol. 6), pp. 15-18.

dentro y fuera del Parlamento", lo cierto es que, si hubo diálogo, lo hubo en los despachos o en los pasillos del Congreso, pero no en el Hemiciclo. Y esto, desde el punto de vista democrático, resulta preocupante".²⁴ Aún así, no puede obviarse que la reforma legislativa contó con la aprobación del 95% de los parlamentarios, ya que tanto el Gobierno como el principal partido político de la oposición dieron el visto bueno a la misma.

Ya entrados en el texto de la Ley, es de reseñar que la nueva redacción del artículo 23.4 comenzaba con una especie de fórmula de salvaguarda: "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España". Esta cláusula podría suponer que lo previsto en los instrumentos internacionales suscritos por España debería primar sobre el texto de la reforma, lo que significaría, según lo afirmado por Del Carpio Delgado, que "si en el convenio o tratado internacional se dispone la persecución de un determinado delito por parte de los tribunales nacionales sin ninguna condición o requisito, los previstos en el art. 23.4 LOPJ no serán de aplicación en ese caso específico."²⁵ Si bien es cierto que esto debería ser así, la propia autora reconoce las dificultades interpretativas que conlleva esta cuestión, lo que en la práctica la convierte, prácticamente, en inoperativa.

A continuación se introduce, de forma muy acertada el delito de lesa humanidad como susceptible de ser enjuiciado con base en el principio de justicia universal. De esta forma, se atendían las peticiones doctrinales en este sentido, una vez que estos crímenes ya habían sido tipificados en el Código penal español a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Sin embargo, no se incluyó una mención expresa a los crímenes de guerra, a pesar de que esta posibilidad se había barajado durante la tramitación parlamentaria de la reforma. De hecho, en la primera versión del texto legislativo, aprobada por el Congreso el 25 de junio de 2009, los crímenes de guerra se incluyeron en el elenco de delitos objeto del principio de jurisdicción universal. Sin embargo, dicha mención, de forma inexplicable, fue suprimida después de la intervención del Senado y de la aprobación definitiva de las Cortes. No obstante, resulta cuando menos chocante que el Preámbulo de LO 1/2009 establezca expresamente:

²⁴ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T., "La jurisdicción universal en España...", *op. cit.*, p. 108.

²⁵ DEL CARPIO DELGADO, J., "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009". *Diario La Ley*, no. 7307, de 21 de diciembre de 2009 (versión digital).

En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del Estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse "jurisdicción universal", a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra.²⁶

Esta mención a los crímenes de guerra en el Preámbulo sirve para demostrar, como apunta Chinchón Álvarez, "lo apresurado e inopinado"²⁷ de la modificación legislativa, pues uno de los motivos formales esgrimidos por el legislador para justificar la misma simplemente no existía. De esta forma, quedaba únicamente abierta la posibilidad del enjuiciamiento de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I por vía de la cláusula h) (antigua cláusula g).

Por otro lado, la EM marcaba como otro de los objetivos de la Ley la adaptación del art. 23.4 LOPJ a "la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Esta afirmación también es discutible pues, como vimos en el Capítulo anterior, si bien la STS de 25 de febrero de 2003, en relación con el genocidio maya, vino a añadir la exigencia de puntos de conexión con España como requisito del principio de jurisdicción universal, la STC 237/2005, de 26 de septiembre, corrigió esta postura y afirmó la contradicción de la misma Derecho Internacional.

Al margen de lo anterior, los dos grandes cambios introducidos por la reforma de 2009 son otros, que fácilmente pueden extraerse del enunciado de los dos párrafos siguientes añadidos al precepto

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro

²⁶ LO 1/2009, *loc. cit.*, Preámbulo.

²⁷ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "A propósito de la reforma...", art. cit., p. 19.

país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

En efecto, se producen dos modificaciones de gran calado. Por un lado, la exigencia de un punto de conexión directo con el Estado español, bien sea a través de la presencia de los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales en territorio estatal, la existencia de víctimas de nacionalidad española o bien a cualquier "otro vínculo de conexión relevante con España". En segundo lugar, la nueva redacción del precepto consagraba el principio de subsidiariedad de los Tribunales españoles, exigiéndose para que estos actuasen con base en el principio de jurisdicción universal que ningún otro órgano judicial competente, internacional o de otro país, hubiese iniciado una investigación efectiva al respecto.

2.2. Introducción de puntos de conexión con España

La reforma operada en 2009 introducía en el art. 23.4 LOPJ, como principal novedad, tres requisitos alternativos: que los presuntos responsables se encontraran en España, que existiesen víctimas de nacionalidad española o que se verificase la existencia de un vínculo relevante de los hechos denunciados con España.

El primero de los requisitos alternativos contemplados por el nuevo texto del artículo 23.4 LOPJ, referido a la negación del ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia de la persona sospechosa, había sido objeto de numerosos debates doctrinales y jurisprudenciales en el pasado. Con esta reforma, el legislador se decantaba claramente por las posturas partidarias de negar esta posibilidad.²⁸ En mi opinión, el hecho de condicionar la jurisdicción de los Tribunales españoles a la presencia en nuestro territorio de los presuntos responsables, como se venía exigiendo antes de la reforma solo en el caso del delito de mutilación genital femenina, no parece responder más que a la idea de obstaculizar el enjuiciamiento por parte de los Tribunales españoles de tales violaciones de derechos humanos. Como afirman Lamarca Pérez y

²⁸ Del Carpio Delgado se hace eco de la polémica doctrinal, en DEL CARPIO DELGADO, J., "El principio de justicia universal...", *op. cit.*, pp. 8-10.

Ollé Sesé, este requisito supone "confundir la cuestión de la competencia jurisdiccional con la exigencia de un requisito procedimental de enjuiciamiento".²⁹

Del Carpio Delgado también hace alusión a esta cuestión al preguntarse si era necesaria la exigencia de la presencia del acusado en territorio español para accionar la jurisdicción universal, al afirmar que "una cosa es el ejercicio de la jurisdicción en rebeldía o en ausencia del sospechoso, y otra distinta son los juicios en rebeldía".³⁰ En efecto, el proceso penal español, regido por el principio de audiencia, exige la presencia del imputado en la etapa del juicio oral, pues ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída previamente. Sin embargo, su presencia no es necesaria durante la fase de instrucción, en la que precisamente se pueden llevar a cabo diligencias de verificación de su identidad. Pues bien, como afirma la autora, "si definimos la jurisdicción in absentia o en rebeldía, como la realización de una investigación, la emisión de una orden de búsqueda y captura basadas en el principio de jurisdicción universal, podemos afirmar que esta forma de ejercer la jurisdicción es acorde con nuestro derecho interno. No así el juicio en rebeldía, a diferencia de otras legislaciones nacionales, no está previsto en la legislación española".³¹

Nuestro TC ya se había manifestado, además, sobre este asunto en su STC 237/2005, afirmando que la presencia de los presuntos autores es un requisito indispensable para el enjuiciamiento y eventual condena de los mismos, pero también añadiendo que "tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito sino *qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máximo cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución".³²

El requisito de la presencia de la persona presuntamente responsable de un ilícito internacional opera claramente en relación con el principio de juzgar o extraditar pero no debería ser un condicionante para el principio de jurisdicción universal, pues debe distinguirse la afirma-

²⁹ LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M., "La reforma del principio...", *op. cit.*, p. 9.

³⁰ DEL CARPIO DELGADO, J., "El principio de justicia universal...", *op. cit.*, p. 11.

³¹ *Ibidem*, pp. 11-12.

³² STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 7.

ción de la jurisdicción con base en este principio del propio ejercicio de la misma en ausencia del sujeto. Como ha venido ocurriendo desde el inicio del procedimiento judicial contra el General Augusto Pinochet, la ausencia de los responsables en cuestión puede ser combatida a través de mecanismos de cooperación judicial internacional, destacando de entre todos ellos la figura de la extradición, a través de la cual resulta relativamente sencilla la puesta a disposición de los acusados ante los Tribunales del país requirente.

Lamarca Pérez y Ollé Sesé destacaban los problemas que podía plantear la redacción del artículo 23.4 LOPJ de 2009, señalando que según la misma cabría plantearse si se impediría el propio inicio de la investigación en aras de descubrir el paradero de los presuntos responsables. Tres cuestiones prácticas son planteadas por los autores: "¿el presunto responsable debe permanecer en España durante toda la instrucción o es suficiente con que se encontrara en nuestro territorio al inicio aunque estuviera solo temporalmente?, ¿qué ocurre si, iniciada la causa y estando en libertad, el sospechoso se fuga?, ¿cabe pedir una orden internacional de detención o incluso solicitar su extradición en el marco de un proceso que ya está en marcha y del que se ha "conocido" legalmente?".³³ En efecto, estos son algunos interrogantes que planteaba el nuevo texto de la reforma, que solo dejaba meridianamente clara la prohibición de la celebración de los denominados juicios *in absentia*, algo que, por otra parte, resultaba superfluo e innecesario.

A continuación me referiré a la exigencia de víctimas de nacionalidad española, requisito que no representa más que introducir el principio de personalidad pasiva de manera subrepticia y bajo la errada denominación de "jurisdicción universal". Debe tenerse en cuenta que el fundamento del principio de justicia universal no coincide con el de personalidad pasiva, pues la jurisdicción cosmopolita se basa precisamente en la protección que todos los Estados prestan a las víctimas de crímenes internacionales, con independencia de su país de procedencia. Fusionar jurisdicción universal y principio de personalidad pasiva en el mismo precepto constituye una confusión conceptual de la que pueden derivar, y así efectivamente ha sido, grandes consecuencias prácticas. Y hablando de consecuencias prácticas, la reforma de 2009 planteaba, dada su amplia redacción, un serio interrogante: ¿en qué momento debía atenderse a la nacionalidad de las víctimas, el momento de comisión de los hechos o bien el de la presen-

³³ LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M., "La reforma del principio...", *op. cit.*, p. 9.

tación de la denuncia o querrela? Lo más garantista, en aras de una mejor protección del derecho a la tutela judicial efectiva, sería tener en cuenta ambos momentos para determinar la nacionalidad, pues de lo contrario se estaría excluyendo a aquellas personas que, si bien en el momento de la comisión de los hechos carecían de nacionalidad española, adquirieron esta con posterioridad.

En cuanto a la fórmula relativa al "vínculo de conexión relevante con España", esta está claramente inspirada por la expresión "conexión con un interés nacional" que, como ya se ha comentado, aparecía en la Sentencia del TS relativa al caso *Guatemala*. En relación con esta expresión, recordemos, el TC en su resolución sobre el mismo caso ya había estimado que tal requisito supondría dejar el principio de jurisdicción universal vacío de contenido y reducido al principio de protección. Sin embargo, en 2009 el legislador optó por este criterio y así lo plasmó en la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ.

Si bien, como veremos más adelante, esta cláusula sirvió de válvula de escape a los Tribunales españoles, que la utilizaron para abrir numerosos procesos con base en la justicia universal, lo confuso de su redacción impide calificarla positivamente. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, pues dada la amplitud del mismo este es susceptible de numerosísimas y variadas interpretaciones, lo que podría suponer incluso, a mi juicio, una violación del principio de legalidad. Así, estos vínculos de conexión relevantes podrían ser los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos y jurídicos a los que hacía referencia el TS como también cabría la inclusión de víctimas sin nacionalidad española pero con residencia en nuestro país.³⁴

En todo caso, la exigencia de un vínculo de conexión con España es contraria también, como ocurría con los otros puntos de conexión requeridos por la nueva Ley, al propio fundamento del principio de jurisdicción universal que, recordemos, no debe basarse en otros criterios diferentes de la naturaleza especialmente grave de los crímenes cometidos. El principio real o de protección de intereses, ya reconocido por otra parte en el artículo 23.3. LOPJ, encuentra su fundamento, en cambio, en los intereses propios del Estado en cuestión, resultando, por lo tanto, absolutamente contradictoria y artificial la confusión de ambos títulos de jurisdicción.

³⁴ *Ibidem*, p. 17.

Puede afirmarse con rotundidad que la introducción de los tres requisitos alternativos expuestos (que los presuntos responsables se encuentren en España, que existan víctimas de nacionalidad española o que se verifique la existencia de un vínculo relevante con España) supuso la total desnaturalización del principio de justicia universal. En este sentido, destacan las reflexiones de Chinchón Álvarez, quien considera que cualquier materialización del principio de jurisdicción universal que se apoye en exigencias diferentes de las derivadas de su propio fundamento no supondrá más que la enunciación de un título jurisdiccional diferente de este. En palabras del autor, "la inclusión de requisitos adicionales en su configuración y/o ejercicio podrían suponer un progresivo distanciamiento de la misma esencia y razón de ser de este principio, bajo la consideración de que a mayor número de exigencias para activarlo, menor será su incidencia en la consecución de su misma finalidad última".³⁵

2.3. Consagración del principio de subsidiariedad

La segunda gran limitación introducida por la reforma de 2009, esto es la introducción del principio de subsidiariedad en el artículo 23.4 LOPJ, choca frontalmente con la doctrina científica mayoritaria sobre el principio de jurisdicción universal, pues en esta materia debe regir el principio de concurrencia de jurisdicciones con el fin de evitar la impunidad.

Como decíamos, esta restricción del principio de jurisdicción universal ya había sido defendida en ocasiones por nuestros Tribunales. Así, por ejemplo, el Auto de la AN de 5 de noviembre de 1998, por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile, ya estimaba que el CPSG imponía, en su art. 6, la subsidiariedad de las jurisdicciones nacionales.³⁶

Sin embargo, el TC, en su célebre Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, se pronunció en sentido contrario, afirmando que "el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés

³⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la 'abrogación de facto' a la 'derogación de iure'", *Diario La Ley*, núm. 7211, de 6 de julio de 2009 (edición digital).

³⁶ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 5 de noviembre de 1998, FJ 2.

todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes".³⁷

Se presentaba, además, a través del nuevo texto de la reforma, un nuevo problema práctico de difícil solución, en tanto que el art.23.4 LOPJ establecía como requisito para que los Tribunales españoles pudieran conocer que en otro país competente o en un Tribunal internacional no se hubiera iniciado un proceso que supusiera "una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles".³⁸ Con esta fórmula impuesta por el legislador surge la cuestión de distinguir cuándo nos encontramos ante un procedimiento judicial verdaderamente efectivo llevado a cabo por un tercer país o por una Corte internacional. Pues bien, a efectos prácticos parece relativamente fácil presuponer la efectividad de una investigación judicial en los casos de concurrencia vertical, es decir, de concurrencia entre los Tribunales españoles y un Tribunal penal internacional, dada la especialización de este último y su mandato específico para el enjuiciamiento del tipo de este tipo de delitos. Cuestión diferente es la de la concurrencia horizontal entre los Tribunales españoles y los de un tercer Estado. En este caso, debían ser los titulares de los órganos judiciales españoles los encargados, unilateralmente, de decretar o no la existencia de una investigación efectiva en el tercer país en cuestión. A las posibles suspicacias de tipo diplomático que esta cuestión pudiese provocar se unían grandes complicaciones de tipo práctico relacionadas con la verificación de la efectividad de la investigación judicial llevada a cabo en un tercer país.

En este punto, Lamarca Pérez y Ollé Sesé proponían unos criterios, inspirándose en los contenidos en el ER, para verificar esta efectividad. En primer lugar, según los autores, debía comprobarse si el Tribunal doméstico del tercer Estado era independiente e imparcial. A continuación, debía verificarse si la investigación había sido suficiente y exhaustiva, "en el sentido de haber agotado todos los elementos probatorios o diligencias de investigación razonablemente posibles". En tercer lugar, el Tribunal español tenía que cerciorarse de que el Tribunal extranjero había identificado y depurado las responsabilidades penales de todos los presuntos responsables, evitando así la impunidad de los crímenes. Además, había de cerciorarse de que la víctima

³⁷ STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ. 3.

³⁸ Requisito calificado como "muy razonable" por autores como BUJOSA VADELL. BUJOSA VADELL, L.M., "En torno a la reforma...., *op. cit.*, (edición digital). Este autor, que estimaba muy amplia la configuración legal anterior, opina que la reforma "no es tan restrictiva como lo ha sido en otros ordenamientos". *Ibidem*.

hubiera obtenido una reparación efectiva y, por último, de que el proceso judicial no se hubiera prolongado más del tiempo razonable.³⁹

Por otro lado, la reforma de 2009 introducía un inciso al artículo 23.4 en virtud del cual debían ser sobreseídos los procesos penales iniciados en nuestro país "cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados" en un tercer Estado o bien en un Tribunal internacional. Chinchón Álvarez manifestaba de esta forma su preocupación por la cláusula: "(...) a no ser que esta disposición se interprete de conformidad con lo sostenido en el párrafo anterior, esto es, que solo sea de aplicación siempre y cuando el proceso en cuestión suponga "una investigación y una persecución efectiva" (...), tal previsión habría de llevarnos al ciertamente descabellado escenario en el que la mera presentación de una denuncia en el país donde se cometieron los hechos, implicaría el automático sobreseimiento provisional en España".⁴⁰

En efecto, este último inciso también imponía a los Jueces y Tribunales españoles, aunque de forma indirecta, la tarea de verificar si la eventual interposición de una denuncia o querrela en el exterior contra unos concretos hechos delictivos respondía a la verdadera intención de iniciar un proceso penal en relación con los mismos, descartando así un posible fraude procesal. Incluso autores que han calificado de "razonable" este requisito introducido por la reforma de 2009, como Bujosa Vadell, Se refieren a los problemas prácticos relacionados con la aplicación del mismo: "El problema está en que obviamente la determinación de la efectividad del proceso penal anterior queda a la valoración concreta del órgano jurisdiccional competente español, y en esa decisión, de nuevo, puede haber implicadas distintas posiciones que afecten a las relaciones diplomáticas".⁴¹

Se imponía, en definitiva, una vez más, una tarea de complicada aplicación práctica para los Tribunales españoles, que partía, además, de una idea de subsidiariedad propia de un concepto de justicia universal contrario al fundamento de este título de competencia y contrario,

³⁹ LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M., "La reforma del principio...", *op. cit.*, pp.15-17.

⁴⁰ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "A propósito de...", *op. cit.*, p. 31.

⁴¹ BUJOSA VADELL, L. M., "En torno a la reforma...", *op. cit.* (edición digital). A lo anterior deben añadirse, a juicio del autor, "las consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva que el Tribunal Constitucional advierte en estos supuestos y por tanto, en caso de duda, parece que deberá primar el principio pro actione, un factor más pues para concluir que la reforma no es tan restrictiva como lo ha sido en otros ordenamientos". *Ibidem*.

además, al propio ER. En efecto, como ya se ha señalado, el Preámbulo y el art. 1 ECPI afirman expresamente la subsidiariedad de la CPI en relación con las jurisdicciones nacionales, de forma que la CPI solo puede entrar a conocer de un asunto cuando los Tribunales nacionales no se encarguen del mismo. Sólo existe una excepción a este supuesto, prevista en el art. 70.4 b) ER, y es la relativa al enjuiciamiento de los delitos contra la Administración de Justicia de la CPI, siendo solo en relación con estos hechos delictivos prioritaria la jurisdicción de la CPI en relación con la de los Estados Parte del ER. No obstante, como ya vimos en el capítulo anterior, la LO 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional ya consagraba en sus artículos 7 y 8 la subsidiariedad de los Tribunales españoles y la primacía de la CPI,⁴² luego era de esperar que la LOPJ plasmase también esta postura en el nuevo art. 23.4.

2.4. Valoraciones de la doctrina y la sociedad civil sobre la reforma

El inusual cauce legislativo utilizado, unido al escaso debate parlamentario surgido en torno a la medida (por existir acuerdo entre los dos principales partidos políticos) y a la enorme celeridad con la que se llevó a cabo la reforma, propiciaron que esta pasase desapercibida para la mayor parte de la sociedad. Aun así, algunas organizaciones internacionales de derechos humanos se manifestaron en contra de la misma y trataron de hacer presión, sin éxito, para que esta no entrase en vigor. Destaca el comunicado conjunto emitido el 25 de junio de 2009 por Amnistía Internacional, Human Rights Watch y la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), entre otras, en el que se defendía la gran contribución de la justicia española a la lucha contra la impunidad que había tenido lugar durante más de una década y se lamentaban las enormes dificultades que la nueva reforma acarrearía para las víctimas de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, tortura o desapariciones forzadas. Concluía el comunicado: "Cuando lo que más sobra en el mundo es la impunidad, no se explica la urgencia de minar uno de los instrumentos más eficaces en la lucha contra la impunidad, mediante reformas que solo favorecen a los perpetradores de los crímenes más atroces contra los seres humanos".⁴³

La falta de un debate parlamentario real hizo muy complicado conocer las verdaderas razones que llevaron al legislador español a proceder a la reforma de la Ley en los términos elegidos,

⁴² Véase capítulo 5, apdo. 4.4.

⁴³ Comunicado disponible en <https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/dia-de-luto-para-la-justicia-internacional/>

más allá de los motivos mencionados en el propio Preámbulo de la misma que se refiere, además de a la necesidad de incorporar nuevos tipos penales, según lo establecido por el derecho internacional, a "adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Sin embargo, como ya hemos visto, el nuevo artículo 23.4. LOPJ solo se adapta a la doctrina emanada por el TS. La doctrina del TC, reflejada en la Sentencia 237/2005 apuntaba a otra dirección bien diferente de la del texto de la reforma.

Otras razones ofrecidas, como las relativas a la excesiva carga que suponían los procesos por justicia universal en nuestros Tribunales o las dificultades probatorias relativas a esta fueron desmontadas por opiniones como la de Ollé Sesé. En efecto, el autor recordaba, en relación con la carga de los procesos por justicia universal, que estos solo suponen el 0,035% de las causas tramitadas en la AN. La práctica de la prueba tampoco supone un gran problema para el autor, gracias a los avances en nuevas tecnologías de las últimas décadas, destacando especialmente entre estos la posibilidad de declarar por videoconferencia. En cuanto a la eficiencia de las causas, opina, "más allá de que finalmente culminen o no con el enjuiciamiento de los imputados y procesados, se manifiesta en el propio avance de la instrucción de los procedimientos y en las consecuencias externas que produce en los lugares de comisión, además del consustancial efecto preventivo de estos procedimientos".⁴⁴

Si bien los motivos oficiales para llevar a cabo la reforma no parecían nada claros, las razones extra oficiales resultaban a todas luces más obvias: si durante los primeros años la aplicación del principio de jurisdicción universal se centró en enjuiciar a los responsables de las dictaduras latinoamericanas, cuando los Tribunales españoles comenzaron a tratar violaciones de derechos humanos cometidas por grandes potencias como EEUU, China o Israel el Gobierno español decidió sacrificar la jurisdicción universal y, en definitiva, la lucha contra la impunidad de estos graves crímenes internacionales, en aras del fortalecimiento diplomático con estos países. En efecto, fueron públicas y notorias las protestas del Gobierno chino a raíz del inicio de las declaraciones de víctimas del genocidio en Tíbet ante el JCI núm. 1 de la AN, en 2006, considerando esta potencia que los Tribunales españoles estaban efectuando una intro-

⁴⁴ OLLÉ SESÉ, M., "La limitación de la justicia universal en la Ley Orgánica 1/2009", en *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, op. cit., p. 47.

misión en los asuntos internos del país.⁴⁵ Del mismo modo, el Ministro israelí de Defensa llegó a afirmar que haría "todo lo posible" por anular la querrela, una vez que la AN hubo admitido a trámite la misma en relación por el bombardeo en Gaza llevado a cabo por este país que tuvo como resultado la muerte de 14 civiles.⁴⁶

Comellas Aguirrezábal reflexionaba sobre la decisión del Gobierno español de proceder a limitar la jurisdicción universal en España, cediendo ante las presiones diplomáticas: "Se esté o no a favor de limitar la legislación española, lo cierto es que la preocupación por reformar el artículo 23.4 LOPJ para que tuviera 'más relación con los intereses nacionales', además de ser incompatible con el propio fundamento del principio, denota una cierta selectividad, pues se manifiesta solo a raíz de que los tribunales españoles comenzaran a admitir a trámite denuncias sobre presuntos delitos cometidos por nacionales de Estados Unidos, China o Israel".⁴⁷ En efecto, las consecuencias de la reforma en este sentido fueron claras e inmediatas, pues en febrero de 2010 la AN decidía archivar la causa abierta sobre el Tíbet, al considerar la ausencia de competencia ante la nueva redacción de la Ley por no existir vínculos de conexión relevantes con España.

Las críticas doctrinales a la reforma de 2009 fueron casi unánimemente negativas. Autores como Lamarca Pérez y Ollé Sesé llegaron incluso a sugerir que el nuevo texto podría ser contrario a la propia Constitución, al suponer una limitación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, de la propia realización del valor de la justicia, que debería informar no solo la labor del poder judicial sino también del poder legislativo.⁴⁸ Los autores hicieron hincapié también en otro aspecto de la reforma, y es que esta podría afectar a la seguridad jurídica. Esto porque en aquellos supuestos de no existencia de los puntos de conexión señalados en el nuevo texto, habrían de ser los y las Jueces los encargados de aceptar o rechazar la competencia de los Tribunales españoles, decretando si el derecho internacional obliga o no al enjuiciamiento de los delitos en cuestión. Este amplio margen de discrecionalidad judicial podría

⁴⁵ "Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio". Artículo publicado en El País, el 9 de junio de 2006. Disponible en http://elpais.com/diario/2006/06/09/espana/1149804016_850215.html

⁴⁶ "La decisión del Juez Andreu indigna a Israel". Artículo publicado en Público, el 29 de enero de 2009. Disponible en <http://www.publico.es/internacional/decision-del-juez-andreu-indigna.html>

⁴⁷ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T. "La jurisdicción universal en España...", *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ LAMARCA PÉREZ, C. y OLLÉ SESÉ, M., "La reforma del principio...", *op. cit.*, p. 11.

dar lugar, estimaban (y así efectivamente ocurrió), ante la ausencia de doctrina consolidada, a resoluciones contradictorias.⁴⁹

Por su parte, Chinchón Álvarez afirmó que la reforma suponía en realidad una completa reformulación del principio de jurisdicción universal, "una sustancial negación, de su misma esencia".⁵⁰ Además, alertaba de un peligro potencial, pues al entender que la reforma se enfocaba en los crímenes internacionales más graves, como los de guerra, humanidad o genocidio, quizás se hubiese olvidado que los requisitos impuestos también se aplicarían a otro tipo de crímenes como la piratería o el tráfico de drogas.⁵¹ Por otro lado, Abad Castelos, situando la reforma de 2009 en el contexto de la sociedad internacional —en el que, como ya se ha visto, la restricción operada en España no suponía un hecho aislado—, se cuestionaba hasta qué punto esta tendencia comparada podría afectar al propio devenir del derecho internacional. En sus palabras: "¿en qué medida esas derogaciones y modificaciones restrictivas llevadas a cabo en los planos legislativos nacionales pueden ralentizar o afectar negativamente al proceso de humanización del derecho internacional?".⁵²

En efecto, la reforma de 2009 fue llevada a cabo de forma poco reflexiva y nada respetuosa con las directrices del derecho internacional para la lucha contra la impunidad de los graves crímenes internacionales, con el único objetivo de frenar las protestas de las grandes potencias implicadas en determinados casos en trámite en la AN. Si bien, en mi opinión, el texto de 2009 podría ser compatible con la CE, resulta lamentable que se plasmasen legislativamente las corrientes más restrictivas sobre el principio de jurisdicción universal y que se abriese la veda para la siguiente limitación, que tendría lugar solo cinco años más tarde.

Lo verdaderamente relevante, al margen de potenciar más o menos las críticas sobre un determinado aspecto de la reforma, es que con este cambio legislativo España pasaba a apostar por una justicia universal limitada y abandonaba, posiblemente para siempre, el modelo de jurisdicción universal puro o absoluto. En todo caso, por encima de cualquier otra consideración jurídica, siempre resulta lamentable que las relaciones económicas y diplomáticas de

⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁰ Sobre este último punto, en palabras del autor, "no está claro que los legisladores hayan valorado en profundidad las implicaciones que tendrá el nuevo texto enunciado en o para su eficaz persecución". CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Análisis formal y...", *op. cit.*

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² ABAD CASTELOS, M., "La persecución restringida...", *op. cit.*, p. 89.

un país se antepongan a la protección de los derechos humanos, como desde luego ocurrió en 2009.

2.5. La aplicación del nuevo texto legislativo por parte de los Tribunales españoles

No tuvimos oportunidad de conocer un pronunciamiento del TC sobre la reforma. El Defensor del Pueblo no cuestionó la constitucionalidad de la Ley al entender que la nueva versión podía ser interpretada de acuerdo con la CE, según la doctrina emanada de las SSTC 237/2005 y 227/2007.⁵³ Tampoco el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN decidió cuestionar la constitucionalidad del nuevo texto legislativo.

Por lo demás, la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto no tuvo grandes consecuencias prácticas inmediatas. Sólo tres procedimientos ya en tramitación fueron archivados: los relativos a los casos *Birmania*, *entramado jurídico de Guantánamo* y *Tíbet*.

El caso *Birmania* tuvo un recorrido bien corto en nuestros Tribunales. La querella por las violaciones de derechos humanos cometidas por varios miembros de la Junta birmana —crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura y terrorismo— fue interpuesta por la Asociación Birmania por la Paz durante la tramitación en el Senado de la reforma del art.23.4 LOPJ, el 18 de septiembre de 2009.

El JCI núm. 3 incoó Diligencias Previas por Auto de 21 de septiembre, instando al Ministerio Fiscal a que informara sobre la pertinencia de admitir o no a trámite la querella. Transcurridos más de dos meses sin que la Fiscalía emitiera dicho informe, este no llegaría hasta el 24 de noviembre de 2009, una vez ya en vigor la reforma, interesando el archivo por aplicación de los nuevos requisitos introducidos por la LO 1/2009. El 23 de diciembre de 2009, el JCI núm. 3 inadmitió a trámite la querella, al entender que no concurría en la misma ninguna de las con-

⁵³ Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en relación con la solicitud de recurso de inconstitucionalidad efectuada por D. Enrique Santiago Romero en nombre de la "Plataforma contra la impunidad, por la justicia universal" contra el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducido por el artículo primero, apartado uno, de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, de 19 de enero de 2010. p. 9.

diciones del art. 23.4: no había víctimas españolas, los presuntos responsables no se encontraban en territorio nacional y tampoco se apreciaba ningún tipo de conexión relevante con España.

Finalmente, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN confirmó la decisión de inadmisión desestimando el recurso de apelación interpuesto, por Auto de 6 de septiembre de 2010. La AN justificó su decisión en la apertura de una "Comisión de Investigación en Myanmar" por los hechos denunciados, así como en la existencia de otras investigaciones internacionales al respecto, y en concreto cita una Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2008, por la que se instaba a que el CSNU remitiese al Fiscal de la CPI documentación sobre la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad. Finalmente, concluye afirmando que "ninguno de los querellados se encuentra en nuestro país, así como que ninguna víctima poseía nacionalidad española, y los presuntos delitos perpetrados, gravísimos sin duda, según se desprende del escrito de querrela, carecen de conexión con España".⁵⁴ A pesar de haber sido interpuesto un recurso de casación, el TS no tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, pues este fue inadmitido por la propia Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN. El TS rechazó con posterioridad el recurso de queja interpuesto contra esta decisión.⁵⁵

El caso *entramado jurídico de Guantánamo* siguió un recorrido muy similar al caso *Birmania*. La querrela fue interpuesta el 17 de marzo de 2009 por la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, contra una serie de abogados y juristas estadounidenses, que, ocupando cargos públicos en el Gobierno de ese país y formando parte del conocido como "Comité de Guerra", participaron activamente en la elaboración y puesta en funcionamiento de un cuerpo de derecho positivo que permitió dar cobertura legal a los actos de torturas cometidos en el Centro de Detención de Guantánamo. El 4 de mayo de 2009 el JCI núm. 6 dictó un Auto acordando que, antes de decidir si admitía o no a trámite el caso, se emitiese una comisión rogatoria Internacional a Estados Unidos para que informara si los hechos denunciados ya estaban siendo objeto de investigación en ese país. La respuesta a dicha comisión rogatoria no llegaría hasta 2011, cuando fue enviado un informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos al res-

⁵⁴ Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 6 de septiembre de 2010, FJ 4.

⁵⁵ Auto de la Sala Segunda del TS, de 17 de marzo de 2011. Ver crítica de las resoluciones citadas en ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La persecución de las violaciones del derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso Birmania ante la jurisdicción universal en España", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 22, 2011, pp. 1-33.

pecto que, a juicio del JCI era suficiente para acreditar la existencia de una investigación efectiva al respecto.⁵⁶ Con posterioridad un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal confirmó el archivo de la causa⁵⁷ y el caso quedaría definitivamente cerrado cuando la Sala Segunda del TS inadmitió el recurso de casación correspondiente, el 20 de diciembre de 2012.⁵⁸

En cuanto al caso *Tibet*, es de señalar que este no fue rechazado en su conjunto. Por Auto del JCI núm. 1, de 26 de febrero de 2010 se ordenó el archivo de la primera querrela al entender el Magistrado Instructor que no concurrían los nuevos criterios de conexión nacional exigidos por la reforma. El 27 de octubre de 2010 el Pleno de la Sala de lo Penal confirmaba el archivo de la causa,⁵⁹ si bien con el Voto Particular en contra de tres Magistrados.⁶⁰ Con posterioridad, el TS acordaba no haber lugar al recurso de casación.⁶¹

Sin embargo, la segunda querrela en relación con el caso *Tibet* siguió su curso, ya que el JCI núm. 2, encargado de su investigación, no suscitó la cuestión de la continuidad del procedimiento tras la entrada en vigor de la LO 1/2009, al considerar que este se ajustaba a los criterios del nuevo art. 23.4 LOPJ, pues una de las víctimas tenía nacionalidad española. Este Juzgado ordenaría, por Auto de 30 de marzo de 2011, la ampliación de la investigación por los delitos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 en relación con los artículos 606 y 611.5 CP.⁶² El 9 de octubre de 2013, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN acordó incluir en la causa al ex Presidente de la República China, Hu Jintao. Poco más tarde, el 18

⁵⁶ "(...) es lo cierto que el informe contestación a la CRI del Departamento de Justicia de EEUU constata la persecución e investigación efectiva de los hechos denunciados en el país que tiene a su disposición a los querrelados por diferentes vías, en la diversidad del Derecho comparado, que obligan, en aplicación del principio de subsidiariedad, ante el carácter preferente de su jurisdicción, a la inadmisión de la querrela por motivos meramente procesales (...)" Auto del JCI núm. 6, de 13 de abril de 2011, FJ 2.

⁵⁷ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 23 de marzo de 2012. Es de destacar que esta Resolución contó con el Voto Particular de tres Magistrados (Da. Clara Bayarri García, D. Ramón Sáez Valcárcel y D. José Ricardo de Prada Solaesa), discrepando del criterio mayoritario de la Sala.

⁵⁸ Auto de la Sala Segunda del TS, de 20 de diciembre de 2012.

⁵⁹ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 5 de noviembre de 2010. Voto particular que formulan los magistrados Da. Clara Bayarri García, D. Ramón Sáez Valcárcel y D. José Ricardo de Prada Solaesa, contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de fecha veintisiete de Octubre de dos mil diez en el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento DP 242/2005 del Juzgado Central de Instrucción no. 1 de la Audiencia Nacional.

⁶⁰ Que dudaban incluso de la propia constitucionalidad del precepto: "El resultado de dicho test nos llevaría a, directamente, afirmar si no la inconstitucionalidad del precepto, al menos la duda racional, y en consecuencia la necesidad de trasladar la decisión sobre este crucial tema al Tribunal Constitucional por vía del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que fue rechazado por la mayoría de la Sala".

⁶¹ Auto de la Sala Segunda del TS, de 6 de octubre de 2011.

⁶² Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 30 de marzo de 2011.

noviembre de 2013, el transcurso del procedimiento penal llevó a la emisión de una comisión rogatoria a China con el fin de notificar la querrela a Hu Jintao y que se le tomase declaración al mismo.⁶³ Más adelante, varios Autos emitidos el 10 de febrero de 2014 acordaron decretar la prisión provisional, comunicada, incondicional y sin fianza de varios Altos Cargos de la República Popular China, destacando entre ellos Jiang Zemi y Hu Jintao, y librar Orden Internacional de Detención contra estos por los delitos de genocidio, tortura y lesa humanidad.⁶⁴

El resto de procedimientos en curso en aquel momento, así los casos *Ruanda*, *vuelos de la CIA*, *Guatemala*,⁶⁵ *Couso*, *Carmelo Soria* o *Ignacio Ellacuría*,⁶⁶ continuaron su camino (al menos hasta la aprobación de la siguiente reforma).

Análisis más pormenorizado merece el caso *Couso*, dada la complejidad de este proceso. Recordemos que en la primera etapa de la investigación, el JCI había admitido a trámite el caso, calificando los hechos como crímenes de guerra y acordando, por Auto de 19 de octubre de 2005, la búsqueda, captura y detención, a efectos de extradición, de los tres militares implicados. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por Auto de 8 de marzo de 2006, ordenó el archivo de las actuaciones por no apreciar delito en los mismos, sin apenas pronunciarse sobre la pertinencia de la jurisdicción española sobre los mismos. En opinión de la Sala, en los hechos denunciados no se apreciaba el dolo intencional que debe concurrir tanto en el delito tipificado en el art. 611 CP (interpretado en relación con los arts. 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra así como con el art. 79 del Protocolo I) como en el delito de asesinato previsto en el art. 139 CP.⁶⁷

⁶³ Providencia del JCI núm. 2 de la AN, de 18 de noviembre de 2013.

⁶⁴ Autos del JCI núm. 2 de la AN, de 10 de febrero de 2014.

⁶⁵ Destaca en relación con este caso que, por Auto del JCI núm. 1 de la AN, de 26 de julio de 2011, se admitió la ampliación de la querrela interpuesta por la ONG *Women's Link Worldwide* por crímenes de género, en concreto: contra la libertad e indemnidad sexual como tortura, contra la libertad e indemnidad sexual como genocidio, por desplazamiento forzoso como genocidio y por impedir el género de vida y reproducción como genocidio. Constituye ésta la primera vez que los Tribunales españoles tratan los crímenes de género como crímenes internacionales.

⁶⁶ Por Auto de 30 de mayo de 2012, el JCI núm. 6 decretaba la prisión provisional comunicada, sin fianza, busca y captura nacional e internacional, con ingreso en prisión provisional para los procesados en la causa, incluyendo un ex Ministro de Defensa.

⁶⁷ Así afirma que "es un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación" (el subrayado es nuestro), que no estamos ante un "acto intencional doloso" sino ante un "acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado", habida cuenta de que "la intervención de las comunicaciones iraquíes pone en alerta al ejército americano que desde el Hotel Palestina, (...), existe una unidad iraquí desde la que se dirige el tiro de artillería contra las unidades norteamericanas", de todo lo cual, viene a concluir que "no concurren los elementos típicos necesarios para constituir la figura penal del art. 611.1o. , en relación con el art. 608.3o. del CP". Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, de 8 de marzo de 2006, FJ 3.

Con posterioridad, debió pronunciarse el TS, resolviendo el recurso de casación interpuesto por STS 1.240/2006, de 11 de diciembre. La Sala de lo Penal del TS aprovecha la ocasión, en primer lugar, para volver a defender su doctrina del caso *Scilingo* relativa a la necesidad de un punto de conexión legitimante.⁶⁸ El Alto Tribunal llega incluso a mencionar la incidencia de determinados procesos en las relaciones internacionales, competencia del Gobierno de la Nación, en una afirmación muy inusual para un órgano judicial: "En cualquier caso, la intervención de los Tribunales españoles, respecto de hechos cometidos fuera de su territorio, puede plantear indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales del Estado español —competencia propia del Gobierno de la Nación (v. art. 97 C E)—, materia, por tanto, ajena a la función jurisdiccional, pero que, sin duda, los Tribunales no pueden desconocer de modo absoluto".⁶⁹ No obstante, el TS también reconoce el carácter contundente de la STC 237/2005, que ya se había emitido por esas fechas y reconoce, pues la jurisdicción de los Tribunales españoles al respecto, si bien señalando que en todo caso sí existe un vínculo de conexión, al tratarse de una víctima española.

En conclusión, el TS estima el recurso de casación, si bien aclarando que no hace ninguna valoración jurídica de los hechos denunciados "más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos".⁷⁰

La causa volvió, pues, a la AN, donde el JCI núm. 1 continuó con la instrucción de la misma. En el marco de la investigación, el Magistrado-Juez dictó el 27 de abril de 2007 un Auto de procesamiento contra los militares implicados, en el que se ratifica en su apreciación inicial sobre la comisión dolosa de los delitos contemplados en el art. 611.1 CP en relación con el art. 608.3 CP así como en el art. 139 CP. Así, afirma

⁶⁸ Sin el cual, afirma la Sala, "podría hablarse fundadamente de una desmesurada ampliación de la jurisdicción penal nacional, particularmente si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite el principio de oportunidad y, al propio tiempo, está reconocida sin especial limitación la acción popular". STS 1.240/2006, de 11 de diciembre, FJ 8. Como afirma SÁNCHEZ PATRÓN, "este recordatorio esconde el desacuerdo de la jurisdicción ordinaria acerca de la concepción absoluta del principio de justicia universal tal y como ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional". SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 16-17.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*, FJ 12.

De esta forma indiciariamente ha de concluirse que los imputados sabían y conocían que el Hotel Palestina (como la zona en que se encontraba) estaba ocupado por población civil, sin que conste acreditada la existencia de amenaza alguna (francotirador o disparo) contra los mismos o las tropas norteamericanas, por lo que el disparo efectuado desde el carro de combate que ocasionó la muerte del Sr. Couso se constituiría como ataque, represalia o acto o amenazas de violencia con la finalidad de aterrorizar a los periodistas, máxime si como se señala el mismo día se dirigieron ataques a las cadenas televisivas Al Yazira y Abu Dhabi⁷¹.

Sin embargo, recurrido en apelación dicho Auto de procesamiento fue rechazado por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, al otorgar mayor credibilidad a un informe sobre el caso aportado por el Mando Central del Ejército de los EEUU.⁷² Así, como afirma el Tribunal:

"(...) frente a la tesis que se mantiene en la resolución recurrida, que niega la existencia de un francotirador o que se produjeran disparos desde el Hotel Palestina contra las tropas norteamericanas, se contraponen lo que recoge el informe, que habla de un observador enemigo al otro lado del río Tigris, y lo que tomó por un tirador o grupo de tiradores enemigos en el balcón de una habitación de los pisos superiores, de lo que resultó ser el Hotel Palestina, tesis esta última que entendemos que no es descartable".⁷³

Así pues, la Sala acuerda estimar el recurso de apelación, si bien no con el alcance de archivar la causa, sino solo dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas⁷⁴ y devolviendo las actuaciones al Magistrado Instructor.

Como apunta Fernández Liesa, en este caso la cuestión principal de fondo es la de, en sus palabras, "esclarecer si hubo intencionalidad en el ataque y si, por tanto, el mismo tenía por

⁷¹ Auto del JCI núm. 1, de 27 de abril de 2007.

⁷² Afirma la Sala: "(...) que el referido informe no sea de la extensión deseada, no se debería haber prescindido de él, y es que, sin que se haya dado una explicación por la cual se haya llegado a la conclusión de que, por ser incompleto, es también falso o parcial, debería haberse planteado que en el proceso penal lo que se dilucidan son responsabilidades personales individualizadas, y que el informe está emitido por un organismo oficial, de manera que, incluso, no siendo del agrado el referido informe emitido por ese organismo oficial, tal desagradado no debió llevar su rechazo, cuando el mismo contiene aportaciones que pudieran repercutir en un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de personas concretas y determinadas". Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, de 13 de mayo de 2008, FJ 3.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Es de destacar, no obstante, que este Auto cuenta con un Voto Particular discrepante del Magistrado D. J. R. De Prada Solaesa, con afirmaciones tan contundentes como la siguiente: "Los razonamientos utilizados en el auto van, a mi juicio, mucho más allá de una neutral valoración de la concurrencia de los requisitos legales del procesamiento —existencia o no de indicios racionales de criminalidad—, sino que buscan, introducen elementos, argumentan, explican y realizan inferencias tendentes únicamente a la exculpación de los encausados". (FJ 3).

objeto influir en la prensa internacional y tratarse de un crimen de guerra tipificado en el derecho internacional humanitario y en el Código Penal español".⁷⁵ La postura contraria, defendida por la Sala de la AN, significaría la exculpación de los militares denunciados, al no apreciarse la intencionalidad de atacar a población civil sino solo la de contestar un supuesto ataque previo procedente de tropas enemigas sin llevar a cabo para ello un ataque indiscriminado o excesivo, tal como prohíbe el art. 611.1 CP. A priori, desde luego, parece bastante inverosímil, dadas las circunstancias del caso, que el Ejército estadounidense no fuese consciente de que con el ataque perpetrado no fuese muy factible que muriesen varios periodistas, los cuales, por otra parte, habían identificado debidamente el lugar en el que se hospedarían y desde el que trabajarían. En cuanto a la ventaja militar que esperaban obtener con el mismo, a día de hoy esta sigue siendo una incógnita, al margen de ciertas vaguedades alegadas sobre la existencia de un francotirador en la azotea del edificio.

De cualquier forma, como ocurre en el marco de cualquier investigación penal, la toma de declaración tanto de los imputados como de los testigos de los hechos resultaría crucial, algo que nunca ha sido posible dada la falta de colaboración total de las autoridades estadounidenses en la resolución tanto de este caso como del iniciado, también en la AN, en relación con el caso *vuelos de la CIA*.⁷⁶

El TS hubo de pronunciarse al respecto una vez más, interpuesto recurso de casación contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 23 de octubre de 2009, que ordenaba la conclusión del Sumario. Así lo hizo en la STS 691/2010, de 13 de julio, destacando de esta Resolución el análisis pormenorizado que el TS realiza tanto de los artículos 611 y 614 CP, que sancionan en el derecho español los ataques a la población civil, como de los arts. 146 y 147 de la IV Convención de Ginebra, relativa a la protección de los civiles en tiempo de guerra, así como los artículos 11, 48, 59, 51, 52, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I de 1977. Tras este análisis el TS concluye: "La resolución recurrida declaró el sobreseimiento libre de las actuaciones, conforme al art. 637.2 LECrim, en cuanto que consideró que 'los hechos no eran constitutivos de delito', sin embargo, las actuaciones de instrucción practicadas, no permiten compartir las conclusiones del Tribunal de instancia; por el contrario, indiciariamente los

⁷⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "El asunto Couso...", *op. cit.*, p. 146.

⁷⁶ De hecho, este caso fue archivado finalmente en 2014 ante la imposibilidad por parte del Juzgado encargado de su instrucción, de identificar a los agentes de la CIA implicados en los hechos denunciados. (Auto del JCI núm. 2, de 5 de septiembre de 2014).

hechos merecen la subsunción en los preceptos penales citados, y en las normas del derecho internacional humanitario antes transcritas".⁷⁷

Como afirman Cervell Hortal, López-Almansa Beaus y Piernas López, "la filosofía de fondo que se deduce de la sentencia es la importancia de las normas de derecho internacional humanitario y lo impropio de su olvido por parte de algunos jueces en su aplicación y correcta interpretación de determinados asuntos, lo que sin duda es una victoria más en la consolidación definitiva de este sector del ordenamiento jurídico internacional".⁷⁸ En efecto, en esa Sentencia el TS recrimina a la AN su incorrecta aplicación del Derecho internacional humanitario,⁷⁹ deja sin efecto el Auto recurrido y ordena la continuación de las diligencias de instrucción al Juzgado correspondiente. Así, las investigaciones judiciales continuaron durante los años siguientes y anteriores a la reforma de 2014, llevando incluso al Magistrado Instructor de la causa a viajar a Bagdad, en enero de 2011, para reconstruir el ataque denunciado.

Por otro lado, nuevos casos fueron iniciados, bien con base en la nacionalidad española de las víctimas o de los responsables de los hechos delictivos, como ocurrió en los casos *Guantánamo*⁸⁰ o *Flotilla de la Libertad*,⁸¹ bien por apreciación de la existencia de un "vínculo de

⁷⁷ Sentencia 691/2010 de la Sala Segunda del TS, de 13 de julio de 2010, FJ 6.

⁷⁸ CERVELL HORTAL, M J., LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Elena, y PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público", en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, p. 375.

⁷⁹ "(...) se critica que el auto recurrido se refiera a la existencia de condiciones técnicas de beligerancia, como causa de exclusión de aplicación de las normas y acuerdos internacionales, cuando esa situación es la que determina la aplicación de tales normas", Sentencia de la Sala Segunda del TS, de 13 de julio de 2010, FJ 13.

⁸⁰ Auto del JCI núm. 5, de 27 de enero de 2010 por el que el Magistrado-Juez admite a trámite las querellas interpuestas por cuatro prisioneros en el centro de detención de Guantánamo, en el que se pone especial énfasis en la nacionalidad española de una de las víctimas y, para el resto, en el hecho de estar procesados por delitos cometidos en España o en relación con una investigación española. Posteriormente, el Pleno de la Sala de lo Penal ratificó esta decisión, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, por Auto de 6 de abril de 2011, al apreciar la existencia de un vínculo de conexión relevante con España, afirmando: "En cualquier caso, no puede exigirse al presunto perjudicado o víctima —como pide el Ministerio Fiscal en su escrito de 6 de octubre de 2009— que acredite que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles. Esto es una obligación no contenida en la ley, desproporcionada y de difícil o imposible realización, por lo que deberá ser el órgano judicial español, de oficio, el que deberá constatar la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos —o de cualquier otro— y de la Comunidad Internacional, en la línea de lo acordado en el pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de noviembre de 2005". Auto de 6 de abril de 2011, FJ 2.

⁸¹ Este caso se inició por querrela interpuesta el 31 de julio de 2010 contra varios miembros del Gobierno israelí, entre ellos su Primer Ministro (Benjamín Netanyahu) así como su Ministro de Defensa (Ehud Barak), por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad como consecuencia del ataque que el 31 de mayo de 2010 se llevó a cabo contra la conocida como "Flotilla de la Libertad", cuando esta embarcación se dirigía a Gaza para hacer entrega de ayuda humanitaria, que tuvo como resultado la muerte de nueve personas. El Auto del JCI núm. 5 de 29 de noviembre de 2011 admitió a trámite la querrela, si bien la Fiscalía emitió con posterioridad un informe por el que consideraba que la jurisdicción preferentemente competente para investigar el caso era la

conexión con España", como ocurrió con el caso del *Frente Polisario*.⁸² Diferente fue la admisión a trámite del JCI núm. 4 del caso *refugiados iraníes*, referido al asalto cometido por parte del Ejército iraquí contra un grupo de alrededor de 300 personas civiles desarmados en Ashraf (Irak), entre los días 28 y 29 de julio de 2009 donde provocaron la muerte de 35 personas y que constituyeron, presuntamente, una violación del IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra. En este caso, el Magistrado Instructor no admitió a trámite por la existencia de vínculos de conexión con España, sino al entender, en aplicación de la cláusula del nuevo art. 23.4 LOPJ "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España" que el art. 146 del citado Convenio de Ginebra obligaba a perseguir los crímenes de guerra con base en el principio de justicia universal.⁸³

No existió demasiada controversia en torno a la aplicación retroactiva de los nuevos requisitos introducidos por el nuevo texto legal. Si bien una minoría de resoluciones judiciales rechazaron la aplicación retroactiva de la reforma por entender que esta suponía una privación injustificada y arbitraria del derecho a la tutela judicial a las víctimas,⁸⁴ en general se entendió que la entrada en vigor del nuevo texto suponía que los Tribunales españoles debían archivar obligatoriamente las causas de las que hubieran tenido conocimiento atendiendo a la anterior versión del precepto si estas no reunían los nuevos requisitos. En efecto, existe un principio

de la CPI: "En definitiva los Tribunales españoles no ostentan jurisdicción en esta causa al concurrir con la jurisdicción de la CPI y conforme a nuestro derecho interno (art. 7 Ley de Cooperación con la CPI) es preferente esta última debiendo archivar el procedimiento e iniciar el procedimiento previsto en el art. 7 que establece la competencia exclusiva del Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, en la decisión de presentar denuncia ante el Fiscal de la CPI". Informe de la Fiscalía de la AN al JCI núm.5, de 16 de noviembre de 2012 en relación con las Diligencias Previas 197/2010.

⁸² Querrela presentada por la "Asociación Saharaoui para la Defensa de los Derechos Humanos-ASADEH" y por varias víctimas contra varios dirigentes del Frente Polisario por la presunta comisión de un delito de genocidio, en concurso con delitos de asesinato, lesiones, detención ilegal, terrorismo, torturas y desapariciones cometidas contra la población disidente refugiada en los campamentos de Tinduf (Argelia). El 16 de agosto de 2012 el JCI núm. 5 de la AN admitió a trámite la querrela, teniendo en cuenta el claro vínculo de los hechos con España —que de iure, si bien no de facto continúa siendo la Potencia Administradora del territorio del Sahara Occidental—. Además, se constató, mediante la tramitación de las oportunas comisiones rogatorias, la inexistencia de procedimiento judicial alguno al respecto, tanto en Marruecos como en Argelia.

⁸³ En todo caso, fue librada una comisión rogatoria a las autoridades iraquíes el 26 de noviembre de 2009 al objeto de determinar si en el país de comisión de los hechos existía alguna investigación judicial abierta. Posteriormente, en 2011, un nuevo ataque conllevaría el procesamiento de tres altos mandos del Ejército de Irak, lo que provocaría las protestas del Gobierno de este país. "*Irak acusa a la Audiencia Nacional de "agresión" por investigar a mandos militares*", El Mundo, 31 de julio de 2011. Disponible en : <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/07/31/espana/1312114701.html>

⁸⁴ Así en el Motivo 4 del Voto particular emitido por los Magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa al Auto de 27 de octubre de 2010 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Diligencias previas 242/2008 (Caso *Tíbet*).

general aplicable a la ley procesal según el cual el Juez debe aplicar la ley actual al acto procesal de que se trate. Como afirma De Llera Suárez-Bárcena, "en lo que se refiere al tiempo, y salvo lo que pudieran establecer disposiciones concretas de Derecho transitorio, la ley procesal, a diferencia de la ley material, ni tiene eficacia diferida —sino que tiene efectos inmediatos y directos sobre el proceso— ni tiene efectos retroactivos".⁸⁵ Según el autor, ante la ausencia de una disposición transitoria en la Ley 1/2009 que hiciera referencia a la eficacia de los procesos incoados antes de su entrada en vigor, la medida acertada era la de atenerse al mencionado principio general de aplicación directa de la ley reformada a los actos procesales que ocurran con posterioridad a la misma.⁸⁶

En conclusión, podemos decir que la reforma operada en 2009, siguiendo la línea jurisprudencial del TS y en la estela de otros países, como Bélgica, que ya habían aprobado limitaciones a la jurisdicción universal de gran calado, obvió por completo la opinión de la doctrina científica mayoritaria así como la propia jurisprudencia constitucional, estableciendo unos requisitos que condenaban a la jurisdicción universal a una futura inoperancia, pues se abrió la puerta al establecimiento de límites a este título jurisdiccional. De esta forma, puede situarse en 2009 el inicio de la desnaturalización del principio de jurisdicción universal, desnaturalización que culminará unos años más tarde con la reforma operada en 2014, que pasamos a analizar a continuación.

3. La última reforma del principio de jurisdicción universal: Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1o. de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal

Si bien, como decíamos, la reforma de la jurisdicción universal operada en 2009, con sus consiguientes limitaciones, supuso una seria amenaza para este título de atribución de competencias, las modificaciones legislativas llevadas a cabo en 2014 restringieron de tal forma este principio que se llegó incluso a sospechar en la proximidad inminente del fin de la jurisdicción universal en España.

⁸⁵ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *op. cit.*, p. 10.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 11.

Ambas reformas, la de 2009 y la de 2014, coinciden en haber sido materializadas a través de cauces legislativos exentos de debate parlamentario. En concreto, la última de ellas fue ejecutada a través de una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso el 24 de enero de 2014.⁸⁷ Este cauce, de urgencia y excepcional, no solo obviaba el debate parlamentario sino que también omitía la emisión de dictámenes por parte del CGPJ, la Fiscalía General del Estado y el Consejo de Estado. Finalmente, y sin mayores contratiempos, la reforma fue materializada a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.⁸⁸

En cuanto a las modificaciones llevadas a cabo, destaca, en primer lugar que, si bien se amplía el elenco de menciones expresas a crímenes internacionales y delitos transfronterizos objeto de jurisdicción universal, por otro, se establecen una serie de requisitos para poder accionar este título jurisdiccional que, en la práctica, casi vacían de contenido el mismo. Además, la nueva reforma profundiza en la subsidiariedad de la justicia española en relación con otros Tribunales nacionales e internacionales, contrariamente a lo establecido por el ER. Por otro lado, se suprime la acción popular, restringiendo notoriamente las personas que pueden instar la actuación de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de crímenes internacionales. Por último, la Disposición Transitoria Única ordena el archivo de todos los procedimientos en tramitación que, en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley, no cumpliesen con los nuevos requisitos establecidos en la misma.

3.1. La Exposición de Motivos de la nueva Ley

La propia EM de la Ley Orgánica califica esta reforma como una continuación en la línea de lo aprobado en 2009. Así se afirma: "Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma

⁸⁷ Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 24 de enero de 2014, núm. 157-1.

⁸⁸ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Publicada en BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, pp. 23026 a 23031.

entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho internacional".

Enseguida, continúa amparando las limitaciones que vendrán a continuación en el cumplimiento del derecho internacional:

La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la Comunidad internacional.

Esta afirmación, sin embargo, es más que discutible pues la nueva regulación de la jurisdicción universal en España parece más bien alejarse de la configuración de este título de competencia recomendada por las instancias internacionales de las que España forma parte. Como mucho, esta reforma legislativa podría calificarse, como lo hace Sánchez Legido, como una "aproximación de mínimos" al derecho internacional, afirmando, sin embargo, el propio autor, que "con esa aproximación de mínimos seguramente se haya pecado por defecto".⁸⁹

La EM también afirma que la finalidad de la reforma es ajustar la regulación de esta materia a los compromisos asumidos por España como consecuencia de la ratificación del ER, algo que resulta absolutamente sorprendente. En efecto, la existencia de la CPI, cuya competencia, recordemos, es complementaria de la de los órganos de justicia nacionales, no debe utilizarse como argumento para limitar el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Tribunales españoles. Sin embargo, con esta reforma el legislador ahonda en la supuesta subsidiariedad de la jurisdicción española. Así, se afirma: "Se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad".⁹⁰

Por otro lado, la EM establece que con la nueva regulación se pretende dar cumplimiento a obligaciones impuestas por los Tratados internacionales ratificados por España, ampliando la

⁸⁹ SÁNCHEZ LEGIDO, Á., "El fin del modelo...", *op. cit.*, p. 35.

⁹⁰ *Ibidem*.

lista de delitos susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. En concreto, se citan los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, "delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley". Aunque, efectivamente, el nuevo texto de la Ley incluye nuevos ilícitos penales en el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal, esta añadidura no supone una mejora pues estos ya entraban dentro de la competencia de nuestros Tribunales al formar parte de Tratados internacionales ratificados por España. Por otra parte, como apunta Martínez Guerra, los delitos incluidos no han sido tradicionalmente objeto del principio de jurisdicción universal. Según la propia autora: "Los Convenios internacionales que los regulan apuestan por la incorporación de los principios de territorialidad, personalidad activa y, en algunas ocasiones, por la pasiva. Es decir, el Legislador, para cumplir con las obligaciones impuestas por los Tratados y Convenios debe ubicar estos delitos en los números 2 y 3 del art. 23 LOPJ, pero no en el 4".⁹¹ En todo caso, de poco sirve ampliar el elenco de delitos si, al mismo tiempo, se está limitando el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal hasta el punto de convertirla en prácticamente inaplicable.

Por último, se afirma que el sentido que inspira la reforma no es otro que "delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía", algo que también resulta, cuando menos, chocante, si tenemos en cuenta la errática actuación que, veremos, han tenido los Tribunales tras la entrada en vigor de la reforma así como la desprotección y desamparo que ha generado en las víctimas de violaciones de derechos humanos ver sus casos sobreesidos después de varios años de haber sido iniciada su tramitación.

⁹¹ MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, "La reforma de la "molesta" jurisdicción universal y sus primeras consecuencias", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014-febrero 2014, p. 24.

3.2. Los nuevos requisitos del artículo 23.4 LOPJ

El nuevo artículo 23.4 LOPJ establece, para cada uno de los delitos que contempla, una serie de condicionantes o requisitos de legitimación, tanto activa como pasiva, para el ejercicio de la jurisdicción universal.⁹² La configuración de este régimen diferenciado y no de un tratamiento uniforme para todos los delitos contemplados en el nuevo artículo 23.4 LOPJ ha resultado

⁹² "a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; o, 2o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; o, 2o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concorra alguno de los siguientes supuestos: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; 2o. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3o. el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5o. el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6o. el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7o. el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o, 8o. el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que: 1o. el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o, 2o. el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; o, 2o. cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; 2o. el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3o. el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4o. el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

sorpresivo para la doctrina y demás operadores jurídicos. Así era calificado este sistema por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM): "Obviamente lo que subyace a esta propuesta es un planteamiento puramente oportunista de promover la investigación de ciertos ilícitos y dejar fuera de nuestra jurisdicción otros que pudieran resultar incómodos desde el punto de vista diplomático, debido al componente político-estatal que presentan. Este es, sin lugar a dudas, el caso de los delitos de derecho penal internacional".⁹³

De la lectura del precepto se extrae una enorme retahíla de requisitos aplicables para un extensísimo listado de delitos, mezclándose tanto crímenes de *ius cogens* como meros delitos de carácter transfronterizo. Destacaremos, de entre todos ellos, los grandes crímenes internacionales:⁹⁴

Según lo establecido en la reforma de 2014, los Tribunales españoles solo son competentes para conocer de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad cuando los procedimientos se dirijan contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; 2o. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o, 3o. el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; 2o. el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3o. el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o, 4o. el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; 2o. el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3o. el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o, 4o. el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; 2o. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3o. el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; 4o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o, 5o. el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos".

⁹³ AA.VV., *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2014, p. 6.

⁹⁴ Para un estudio más detallado del tratamiento para cada tipo de delito ver PÉREZ CEPEDA, A.I., "Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Anidip, vol. 3, 2015, pp. 29-32.

España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Se excluyen, pues, los supuestos en los que el presunto autor sea un extranjero que se encuentre en nuestro país y se deja sin acceso a la tutela judicial efectiva tanto a las víctimas extranjeras que hubiesen podido obtener asilo político en España tras la comisión de los hechos como a los expatriados españoles, cooperantes o militares que puedan haber sufrido tales delitos en el extranjero.

Por su parte, los delitos de torturas y desapariciones forzadas solo pueden ser investigados por los Tribunales españoles cuando el presunto responsable sea español o bien la víctima tenga nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y, además, la persona sospechosa de la comisión del delito se encuentre en territorio nacional. Como apunta Pérez Cepeda, de esta forma se excluirían las víctimas de un eventual secuestro de Al Qaeda. Y ello, como dice la autora, "a pesar de que las convenciones contra la tortura y la desaparición forzada imponen a los Estados el principio *aut dedere aut judicare*, obligación que han reiterado a España tanto el Comité contra la tortura como el Comité contra la desaparición forzada de personas".⁹⁵

Con esta restricción, además, los casos en los que podrían operar los Tribunales españoles resultarían especialmente excepcionales, pues debemos tener en cuenta que este tipo de delitos son cometidos habitualmente por personas extranjeras en su propio país de origen, en muchas ocasiones contando con la aquiescencia de sus propios Gobiernos, con lo que no es de esperar que sean precisamente las autoridades de estos Estados las que accedan a facilitar la persecución de sus nacionales a través de mecanismos de cooperación internacional.⁹⁶

La reforma impone, pues, un régimen dual con diferentes requisitos de persecución para cada tipo de delito, que podría suponer un tratamiento discriminatorio para las víctimas españolas de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra en detrimento de las víctimas españolas de otros delitos, como el de torturas o desapariciones forzadas, que sí recibirían protección por parte de los Tribunales. Para el ICAM, "este régimen diferente entre delitos comporta un trato normativo discriminatorio que para poder ser constitucional requiere

⁹⁵ Ídem, p. 30.

⁹⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, A., "El fin del modelo...", *op. cit.*, p. 36.

una justificación objetiva y razonable de dicha diferencia de trato; justificación que no concurre⁹⁷. En este mismo sentido opinan De Prada Solaesa⁹⁸ o Esteve Moltó.⁹⁹

Como puede apreciarse con facilidad, la jurisdicción de los Tribunales españoles en relación con estos graves crímenes internacionales se ve muy seriamente limitada con el texto de la reforma. Estos requisitos, además, confunden absolutamente los diferentes títulos de jurisdicción, pues establecen puntos de conexión propios del principio de personalidad, tanto activa como pasiva, que nada tienen que ver con la naturaleza de las violaciones de derechos humanos, único criterio que debe servir como fundamento del principio de jurisdicción universal.

Por otra parte, desaparece la referencia a la "conexión relevante con España" que introducía la reforma de 2009. Como comentábamos en el apartado anterior, esta cláusula, si bien presentaba serias dudas desde el punto de vista del principio de legalidad y de seguridad jurídica, había servido durante años a los Jueces y Tribunales españoles para perseguir grandes crímenes internacionales que no cumplían el resto de requisitos previstos en la Ley.

Para concluir, la reforma introduce un nuevo apartado p), según el cual los Tribunales españoles serán competentes para investigar y juzgar "cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos". Si bien esta cláusula debería cumplir la misma función que la contenida en el apartado h) de la redacción anterior del precepto ("Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España"), todo parece indicar que con la añadidura "con carácter obligatorio" el legislador de 2014 ha querido restringir más, si cabe, los supuestos de aplicación de la misma, debiéndose ceñir

⁹⁷ AA.VV., *Informe sobre la Proposición...*, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸ Quien afirma que la nueva ley "deja en total desprotección a los españoles contra los crímenes más atroces de que puedan ser objeto, cuando se encuentren en el extranjero". DE PRADA SOLAESA, J. R., "La justicia universal, pasado, presente y futuro", en *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁹ "En definitiva el artículo contempla una arbitraria categorización de las víctimas y una laberíntica regulación en numerosos apartados y regímenes, que intencionadamente deja en la mayor indefensión a las víctimas de los crímenes más graves, generando espacios injustificados de impunidad para sus perpetradores". ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La Ley Orgánica 1/2014...", *op. cit.*, p. 180.

los Tribunales españoles para su aplicación a aquellos Tratados que de forma literal y expresa impongan esta obligación, cerrándose la puerta a otro tipo de interpretaciones.

Para cerrar el apartado cuarto del artículo 23, se afirma que la jurisdicción española "será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España". Esto no es más que la plasmación, en negativo, del principio de juzgar o extraditar. En efecto, en vez de configurar el *aut dedere aut judicare* como una obligación alternativa consistente en bien proceder al enjuiciamiento de los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales o bien efectuar la extradición de los mismos a un Estado solicitante, el nuevo artículo 23.4 solo contempla la competencia de los Tribunales españoles en aquellos casos en los que un tercer país hubiera solicitado la extradición de los sospechosos y España se hubiera negado a ello, dejado, en definitiva, la posibilidad de que los crímenes en cuestión queden impunes en caso de no haberse producido esa solicitud de extradición, que con esta nueva regulación se torna en requisito indispensable.¹⁰⁰

Conviene recordar en este punto la ya citada Comunicación del Comité contra la Tortura, según la cual "(...) la obligación de procesar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud para su extradición",¹⁰¹ así como la Sentencia del TIJ sobre las *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar* relativa al caso *Hissène Habré*, según la cual "artículo 7.1 exige que el Estado afectado someta al caso a sus autoridades competentes para el procesamiento, independientemente de la existencia previa de una solicitud de extradición de la persona sospechosa".¹⁰² En efecto, la configuración del principio de juzgar y extraditar del art. 23.4 LOPJ es contraria al derecho internacional, como mínimo en lo relativo a los crímenes de tortura, si bien las consideraciones del Comité contra la Tortura y del TIJ podrían hacerse extensibles al resto de crímenes internacionales.

¹⁰⁰ En este mismo sentido opina AMNISTÍA INTERNACIONAL cuando afirma: "El artículo 23.4 vulnera el principio de *aut judicare*, *aut dedere*, que ha sido interpretado por jurisprudencia constante como una obligación "alternativa (y no excluyente) de juzgar o extraditar, y ello respecto a los distintos crímenes de derecho internacional". AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Sección española de Amnistía Internacional, Madrid, 2014, p. 18.

¹⁰¹ Comité contra la Tortura, caso *Suleymane y otros c. Senegal*, *op. cit.*, párr. 9.7.

¹⁰² Sentencia del TIJ, de 20 de julio de 2012 sobre las "Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar" (Bélgica contra Senegal), *op. cit.*, párr. 94.

3.3. El principio de subsidiariedad de la jurisdicción española en la redacción del nuevo precepto

El nuevo artículo 23.5 LOPJ establece que los delitos contemplados en su apartado cuarto no serán perseguibles en nuestro país cuando se hubiera iniciado un procedimiento por los mismos en un Tribunal internacional o en un Tribunal del Estado de comisión de los hechos o del Estado de la nacionalidad de la persona imputada, siempre que: "1o. la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o, 2o. se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada".

El legislador español de 2014, como ya ocurrió con el de 2009, vuelve a malinterpretar el principio de subsidiariedad que rige las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones de los Estados Miembros. En efecto, el artículo 23.5 contradice el principio de concurrencia o competencia simultánea de jurisdicciones de varios Estados, el cual no contempla jerarquías o preferencias con base en el territorio, la nacionalidad, u otro criterio para perseguir crímenes internacionales, ya que este es un deber de todos los Estados de la comunidad internacional.

Recordemos que es el propio ECPI el que, tanto en su Preámbulo como en su artículo 1, establece que la jurisdicción de este Tribunal internacional es complementaria respecto de las jurisdicciones penales nacionales. Además, esta subsidiariedad es reconocida también por la propia LO 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.¹⁰³ Teniendo en cuenta lo anterior, no se comprende por qué tanto la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional como las reformas de 2009 y de 2014 insisten en interpretar la relación entre la CPI y la jurisdicción española de forma errada.

En cuanto a la eventual subsidiariedad de la jurisdicción española con respecto a otras jurisdicciones nacionales, esta también ha sido negada por instancias internacionales. Así,

¹⁰³ Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Publicado en BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000, pp. 34138 a 34140.

según el "Informe Conjunto de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el principio de jurisdicción universal": "El derecho internacional positivo no reconoce jerarquías entre las diferentes bases de jurisdicción que permite. En otras palabras, un Estado que ejercita la jurisdicción universal sobre, por ejemplo, crímenes de lesa humanidad no tiene ninguna obligación legal positiva de otorgar prioridad sobre el procesamiento al Estado en cuyo territorio las conductas criminales hubieran ocurrido o al Estado de la nacionalidad del autor o de las víctimas".¹⁰⁴

Amnistía Internacional, que niega la vigencia del principio de subsidiariedad aun en caso de existir una solicitud de extradición,¹⁰⁵ opina que incluso en estos casos el Estado de detención que pretende ejercer la jurisdicción universal puede estar en mejor posición que el Estado territorial para juzgar los hechos, "puesto que la presencia del sospechoso fuera del Estado territorial crearía una presunción de que las autoridades de dicho Estado no han actuado con la diligencia debida".¹⁰⁶

Por otro lado, en cuanto a una posible vulneración del principio *non bis in ídem* como consecuencia de la investigación simultánea de dos Estados diferentes por los mismos actos constitutivos de crímenes internacionales, el derecho internacional parece negar esta posibilidad. Así, la célebre Sentencia del TPIY relativa al caso *Tadic*, afirma, en relación con el principio *non bis in ídem*, que "esta provisión generalmente solo se aplica en casos de doble procesamiento dentro del territorio de un mismo Estado, no habiendo tenido amplia reconocimiento como norma imperativa de aplicación transnacional".¹⁰⁷ Además, según el Tribunal internacional esta provisión "solo se aplica en casos en los que el acusado ya haya sido juzgado".¹⁰⁸

El apartado 5 del artículo 23 LOPJ introduce una salvedad: lo anterior no será de aplicación si el Estado al que supuestamente le corresponde ejercer su jurisdicción no quiere o no puede llevar a cabo la investigación precedente. El precepto afirma que el órgano encargado de realizar la valoración necesaria sobre la efectividad del proceso judicial extranjero ha de ser necesariamente la Sala Segunda del TS. Esto supone, como vemos, una novedad en relación con el sistema anterior, en el que en la práctica sí se realizaba esta comprobación de efectividad (a pesar de la inexistencia de previsión legal al respecto) pero esta labor no estaba reservada al

¹⁰⁴ Informe de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de Jurisdicción Universal, *op. cit.*, Anexo, Párr. 14.

¹⁰⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Análisis de Amnistía Internacional...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 22-23.

¹⁰⁷ TPIY, Sentencia de 14 de noviembre de 1995, (*Caso Tadic*), *op. cit.*, párr. 19.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 20.

TS sino que era llevada a cabo directamente por el órgano judicial receptor de la denuncia o querrela correspondiente, generalmente la AN.

La nueva Ley no solo prescribe el órgano encargado de verificar estos extremos sino que también se pronuncia sobre las concretas circunstancias que han de ser tenidas en cuenta a la hora de valorar si hay o no disposición de actuar por parte del Tribunal extranjero. Estas, que suponen un calco de las prescritas por los apartados 2.a), b), c) y 3. del art. 17 del ER de la CPI, son las siguientes: "a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia".¹⁰⁹

La Ley también aporta los criterios a valorar para determinar la incapacidad de los Tribunales extranjeros para enjuiciar el asunto de que se trate. En concreto, establece que ha de examinarse si el país en cuestión es incapaz de hacer comparecer a la persona acusada, no dispone de las pruebas y testimonios pertinentes o no está en condiciones de llevar a cabo el juicio, debido al colapso total o sustancial de su administración de justicia o bien a la ausencia de tal administración.

En mi opinión, estos criterios, parecen acertados para servir como guía a la hora de valorar la efectividad de las investigaciones realizadas por terceros países. Sin embargo, resulta innecesaria la incorporación de la literalidad de los mismos a una LOPJ y, en concreto, a un artículo, el 23, que ya de por sí resulta excesivamente largo y farragoso en su redacción actual, cuando ya aparecen reflejadas en un instrumento internacional ratificado por España, el ER.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que el art. 17 ER, en el que se inspira claramente nuestro art. 23.5 LOPJ, ha sido utilizado en contados supuestos, referidos a Uganda, Kenia y

¹⁰⁹ Art. 23.5 LOPJ.

Libia, implicando el despliegue en el terreno de equipos de trabajo de organizaciones internacionales para aportar información sobre las circunstancias de las investigaciones a los Magistrados de la CPI a la hora de tomar su decisión.¹¹⁰ Los Magistrados españoles, en cambio, solo podrán conocer información de primera mano por parte de las propias autoridades judiciales del Estado afectado, con el correspondiente peligro implícito de que la información suministrada sea reducida y parcial. En todo caso, no se entiende por qué se ha trasladado la potestad para determinar la existencia o no de una investigación efectiva en un tercer país de los Magistrados de la AN a lo de la Sala Segunda del TS, pues estos últimos no disponen, en principio, de más o menos medios que los primeros a tal efecto.

3.4. El sobreseimiento automático de las investigaciones en curso y la supresión de la acción popular

La Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2014, de 13 de marzo, ordena, inusitadamente, que las causas que en el momento de entrada en vigor de la misma se encuentren en tramitación por los delitos por ella contemplados "quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella".

Esta decisión del legislador parece a todas luces ilógica y ciertamente invasiva del poder judicial, pues lo más correcto sería que los procedimientos judiciales continuasen abiertos, permitiéndose, en su caso, que las partes alegaran la concurrencia sobrevenida de los requisitos previstos por la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ. La potestad para concluir un sumario, practicadas las correspondientes diligencias, debe recaer en el Juez instructor y nunca en el poder legislativo. El legislador, teóricamente, solo podría determinar las causas legales cuya aplicación por parte del correspondiente Juez darían lugar al archivo del procedimiento. Lo contrario, es decir, la ordenación del archivo de causas abiertas por parte del legislador, que no es más que imponer una decisión en un proceso judicial, podría suponer, en mi opinión, una vulneración del artículo 117 CE, tanto en su apartado 1, que consagra la independencia judicial ("La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos única-

¹¹⁰ MARTÍNEZ GUERRA, A., "La reforma de la...", *op. cit.*, p. 31.

mente al imperio de la ley"), como en su apartado 3, referido al ejercicio de la potestad jurisdiccional ("El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan").

Conviene en este punto destacar la vital trascendencia de la independencia del poder judicial en una sociedad democrática. En este sentido se pronuncia Juanes Peces, cuando afirma: "La imparcialidad judicial constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, hasta el punto de que sin la imparcialidad judicial no puede hablarse de verdadera Justicia. Por cuya razón, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías".¹¹¹

Amnistía Internacional por su parte defiende que "la independencia judicial debe interpretarse respetando la autoridad exclusiva de este Poder sobre cualquier decisión en el seno de un proceso —incluida sobre su propia competencia— sin intromisiones indebidas ni revisión de sus decisiones".¹¹² En este punto, recuerda la organización el quinto de los "Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura" de las Naciones Unidas, según el cual: "La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley".¹¹³

El propio TC español también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la independencia de los Jueces y Magistrados. Así, a modo de ejemplo, podemos citar la STC 37/2012, de 19 de marzo, en la que afirmaba que: "La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de

¹¹¹ JUANES PECES, A., "Manifestaciones extraprocesales de Jueces y Magistrados: su incidencia en el derecho fundamental a un Juez imparcial", en La Ley Penal núm. 123, noviembre-diciembre 2016 (edición digital).

¹¹² AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Análisis de Amnistía Internacional...*, op. cit., p. 26

¹¹³ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Disponibles en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (Consultados el 30 de agosto de 2015).

la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo".¹¹⁴

Cabe citar, en este mismo sentido, la doctrina emitida por el TEDH con motivo de la resolución del caso *Althoff* y otros contra Alemania: "El Tribunal indica que, aunque en principio el poder legislativo no está excluido en asuntos civiles de adoptar nuevas regulaciones retroactivas para regular derechos que emanen de leyes existentes, el principio del Estado de Derecho y el concepto de juicio justo consagrados en el Artículo 6 impiden cualquier interferencia del poder legislativo —siempre que no responda a motivos apremiantes de interés general— en la administración de justicia que tenga como fin influir en la resolución judicial de un litigio".¹¹⁵

Por otro lado, también podría interpretarse como un ataque al poder judicial el novedoso apartado 6 del art. 23, en virtud del cual "los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal". Este precepto excluye la posibilidad de la persecución de oficio de crímenes internacionales por parte de Jueces y Magistrados a la vez que impide, por otro lado, la acusación popular.

La acción popular, contemplada por el art. 125 CE, ha sido utilizada en el pasado para iniciar importantes procedimientos como los casos *Scilingo*, *Pinochet*, *Cavallo* o *Guatemala*, luego su supresión supone un nada desdeñable obstáculo más para la efectividad del principio de jurisdicción universal en España. No obstante, el TC ya se ha pronunciado en el pasado, declarando la constitucionalidad de la eliminación de la acción popular en otro tipo de leyes procesales. Así, en su STC 64/1999, de 26 de abril, afirmaba

Debe observarse, pues, que el propio título constitucional de la acción popular (art. 125 C.E.) introduce, como elemento de su supuesto, el de que sea la ley la que haya de determinar los procesos penales en los que deba existir. Al propio tiempo, esa remisión a la ley no se complementa con ningún otro mandato o elemento definitorio, que deba, o pueda, servir de pauta al legislador para establecerla en ámbitos determinados. Resulta claro así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos

¹¹⁴ STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 4.

¹¹⁵ TEDH, Sentencia de 8 de diciembre de 2011 (*Caso Althoff y otros c. Alemania*), párr. 66.

jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal acción. En otros términos, no hay base en ese precepto, para poder poner en duda la constitucionalidad de una determinada ley procesal (en este caso que nos ocupa la Lo. 2/1989) por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la interpretación constitucional de esa Ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción.¹¹⁶

No se espera, pues, que en el futuro el TC declare inconstitucional la supresión de la acción popular efectuada por la LO 1/2014. De esta forma, en consecuencia, y salvo que el poder legislativo cambie de opinión al respecto en el futuro, desde 2014 queda excluida la posibilidad, ampliamente extendida en el pasado, de que sean organizaciones de derechos humanos, asociaciones de víctimas o sindicatos las que soliciten el inicio de las investigaciones a los Tribunales españoles por crímenes internacionales.

3.5. Reacciones a la reforma

3.5.1. Críticas doctrinales y de las organizaciones de defensa de los derechos humanos

En el seno de la sociedad civil, las reacciones al nuevo texto del artículo 23.4 LOPJ no tardaron en sucederse, ya desde la presentación de la Proposición de Ley por parte del Gobierno. El 10 de febrero de 2014 la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) emitieron un comunicado conjunto en el que manifestaban su rechazo e indignación porque, en sus palabras, "se pretenda reformar la ley vulnerando las obligaciones internacionales contraídas, generando la impunidad de los responsables de crímenes internacionales, e impidiendo a las víctimas el acceso a la justicia española".¹¹⁷ Además, ambas organizaciones criticaban el cauce legislativo elegido por el Gobierno para tramitar la reforma y declaraban que "la acción popular es un derecho establecido en el art. 125 CE, que permite la intervención de la sociedad civil, ajena a los aparatos partidista y gubernamental, así como los conglomerados económico-financieros y, por tanto, no influenciabile por

¹¹⁶ STC 64/1999, de 26 de abril, FJ 3.

¹¹⁷ Comunicado disponible en http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/02/FIDH-APDHE_Comunicado-conjunto-10-02-2014.pdf (Consultado el 2 de septiembre de 2015).

ellos, por lo que en lugar de ser mermada debería ser impulsada y fomentada por los poderes públicos".¹¹⁸

También Amnistía Internacional emitía un comunicado en oposición a la reforma el 23 de enero de 2014, calificando la iniciativa como "un nuevo golpe en la lucha contra la impunidad". Efectivamente, para la organización la reforma se trata de un "claro retroceso en la lucha contra la impunidad de los crímenes de derecho internacional, la justicia y los derechos humanos" y transmite el mensaje de que el Gobierno español se preocupa más por no ofender a algunas potencias poderosas que por la protección de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos.¹¹⁹

Entre la doctrina encontramos contados ejemplos de respaldo a esta reforma legislativa. Puede citarse en este sentido a Tomás Ortiz de la Torre, quien ha afirmado estar de acuerdo con la referencia del legislador en la EM de la Ley a la necesidad de concebir la jurisdicción universal "dentro de los límites y exigencias propios del Derecho internacional", pues en su opinión "la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos".¹²⁰ Es más, según el autor, esta reforma llega con retraso, pues ya desde 2003 el TS venía apuntando a la necesidad de un punto de conexión que legitimase la extensión de la jurisdicción universal, lo que, al parecer del autor, "es completamente acertado y exacto".¹²¹

Sin embargo, la postura mayoritaria de la doctrina apunta a otro sentido y puede resumirse en la siguiente afirmación contenida en el comunicado emitido por el Grupo de investigación "El principio de justicia universal: fundamento y límites". Según sus integrantes: "Esta proposición debilita el Estado de Derecho, contraviene el Derecho internacional, destroza los Derechos

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Comunicado disponible en <https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/la-reforma-de-la-jurisdiccion-universal-uo-n-nuevo-golpe-en-la-lucha-contra-la-impunidad/> (Consultado el 2 de septiembre de 2015).

¹²⁰ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, "Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 38, 2015, p. 31.

¹²¹ *Ibidem*, p. 31.

Humanos, vilipendia la dignidad de las víctimas de estos horrendos crímenes internacionales y garantiza la impunidad de sus autores".¹²²

Autores como Carnero Rojo alertaron sobre los peligros de la omisión de referencias a ciertos delitos de carácter transfronterizo en el nuevo artículo 23 LOPJ, tal como este está configurado. Así, considera que "con la regulación dada por la Ley Orgánica 1/2014, no está del todo claro si los tribunales españoles mantienen su jurisdicción para conocer de la conversión, transmisión u ocultación de dineros y bienes procedentes de actividades ilícitas (blanqueo de capitales) cometidas por nacionales españoles en el extranjero".¹²³ Según el mismo autor, la Ley Orgánica 1/2014 "supone una modificación legal que vacía de facto la competencia de los tribunales españoles para conocer de crímenes internacionales".¹²⁴

Sánchez Legido apuntaba a las que, en su opinión, podrían ser las verdaderas razones para la introducción de unos requisitos tan exigentes. Así, afirmaba: "(...) se trata de una toma de posición tan restrictiva que hay sólidos motivos para pensar que con la nueva ley se peca por defecto, quién sabe si con una intencionalidad no revelada orientada a corregir, con la vista puesta en las actuaciones argentinas sobre los crímenes del franquismo, la posición de nuestro país sobre la admisibilidad de la jurisdicción universal en derecho internacional".¹²⁵

Pérez Cepeda iba más allá en sus críticas a la reforma, que la autora calificaba de inconstitucional

Es una ley inconstitucional que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, recogido en el artículo 24 de la CE, de víctimas de delitos jurídicamente reprochables y les desprovee

¹²² Comunicado disponible en <http://crimen.eu/es/noticias/blog/54-entrada-6> (Consultado el 2 de septiembre de 2015).

¹²³ CARNERO ROJO, E., "Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, Anidip*, vol. 3, 2015, p. 68.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 77.

¹²⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., "El fin del modelo...", *op. cit.* p. 36. A más abundamiento: "Podría incluso pensarse que la exigencia de que existan víctimas españolas en el momento de la comisión de los hechos para que pueda ejercerse la jurisdicción universal in praesentia respecto de torturas y desapariciones forzadas, puesto que resulta vana y superflua ya que no impide ese ejercicio cuando no hay víctimas españolas como consecuencia de la cláusula residual del subapartado p), o es una torpeza fruto del descuido y el desconocimiento de la más reciente jurisprudencia internacional en la materia, o es una forma deliberada y subliminal de contestación, cuando no un intento de deslegitimación, de las actuaciones judiciales argentinas relativas a los crímenes del franquismo". *Idem*, p. 39.

de la legitimidad procesal activa de la que gozaban en pleno proceso en los casos ya iniciados o a víctimas actuales y futuras y otros principios constitucionales como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Artículo 9.3 CE), contra el principio de acción popular (Artículo 125 CE), contra el principio de igualdad (Artículo 14 CE) y también vulnera el Derecho Internacional (Artículo 10.2 CE) y los convenios internacionales ratificados por España; así pretende su inaplicación sin haber utilizado el procedimiento constitucionalmente previsto para ello (Artículo 96 CE).¹²⁶

Esteve Moltó también calificaba la reforma de inconstitucional y desconfiaba de los verdaderos motivos que llevaron a los legisladores a aprobar el cambio legislativo; hizo alusión a que, hasta la llegada de 2014, una de las conexiones que posibilitaba la competencia de la AN sobre el caso *Tíbet* era precisamente la nacionalidad española de una de las víctimas, adquirida con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos, circunstancia que tras el cambio legislativo no es ya suficiente para accionar al art. 23.4 LOPJ.¹²⁷

No cabe duda de que los motivos reales que pudieron llevar al Gobierno a la adopción de una reforma de las características de la presente estuvieron muy presentes en las críticas vertidas contra la misma. En este sentido, en la línea de lo expuesto por Esteve Moltó, resulta cuando menos sospechoso el que la iniciativa legislativa surgiese poco después de que la AN librara una orden de captura internacional contra varios antiguos altos cargos del Partido Comunista Chino, destacando de entre todos ellos el ex Presidente Ziang Zemin, en relación con los graves crímenes de lesa humanidad, genocidio y torturas presuntamente cometidos en el Tíbet.¹²⁸ Fue pública y notoria la indignación del gobierno chino ante las primeras actuaciones de la AN contra sus dirigentes,¹²⁹ así como también los medios de comunicación se hicieron eco de la satisfacción expresada por este país una vez se aprobó la reforma de 2014, que llegó incluso a agradecer al Estado español la adopción del nuevo texto legislativo.¹³⁰

¹²⁶ PÉREZ CEPEDA, A. I., "Ley Orgánica 1/2014...", *op. cit.*, p. 40.

¹²⁷ "Examinados el texto y el detonante extralegal de la reforma, pudiera pensarse que los redactores del nuevo artículo 23.4 LOPJ desplegaron ante las mesas de sus despachos, los casos en instrucción ante la Audiencia Nacional y a partir de ahí legislaron de forma restrictiva para proceder al archivo de los mismos". ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La Ley Orgánica 1/2014...", *op. cit.*, p. 176.

¹²⁸ Auto del JCI núm. 2, de 10 de febrero de 2014.

¹²⁹ "China advierte que perseguir a sus líderes daña la relación con España". Publicado en elpais.com, el 20 de noviembre de 2013. Texto disponible en http://politica.elpais.com/politica/2013/11/20/actualidad/1384944533_454321.html (Consultado el 24 de septiembre de 2016).

¹³⁰ "China agradece los esfuerzos del Gobierno español tras el cierre del "caso Tíbet". Publicado en elmundo.es el 24 de junio de 2014. Texto disponible en <http://www.elmundo.es/espana/2014/06/24/53a946cd22601db4718b4579.html> (Consultado el 24 de septiembre de 2016).

Garcés, por su parte, hacía especial hincapié en la posibilidad de que la reforma violase el derecho internacional, en concreto en lo relativo a los crímenes de guerra: "A diferencia de otros supuestos en que la jurisdicción universal es potestativa para el derecho internacional y requiere una norma interna que la atribuya a los órganos judiciales locales, la jurisdicción que resulta directamente del IVCG es obligatoria, no la deroga una norma de rango inferior como es la LOPJ, cuya interpretación hemos visto que se subordina a lo que dispone el Convenio".¹³¹

Entre los principales operadores jurídicos, la reforma de 2014 también fue duramente criticada. Así, el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) lamentaba el doble rasero que se aplica en las relaciones internacionales: "Por un lado se apoya en lo económico un mundo cada vez más globalizado, libre de cortapisas y guiado por la cesión de soberanía, mientras que en materia de justicia se aprueban decisiones que suponen un repliegue de la vocación internacionalista y vigilante de los derechos humanos por los Estados, apartando la vista cuando las víctimas de violaciones de esos derechos están al otro lado de la frontera, donde no pueden obtener reparación".¹³²

Por su parte, el ICAM, publicó el ya citado informe técnico sobre la reforma en el que, además de considerar que ciertos extremos del texto legislativo podrían incluso llegar a ser inconstitucionales, llegó a afirmar que esta "contribuye a incrementar espacios de impunidad y privar a las víctimas del derecho a la tutela judicial efectiva".¹³³

Mi opinión no dista mucho de las anteriores. Resulta evidente que el legislador español justificó la necesidad de efectuar la reforma en erradas (o falsas) motivaciones, poco o nada acordes con el fundamento de la jurisdicción universal así como con la configuración de este principio según el derecho internacional y la doctrina mayoritaria, que, insistimos, establece como único vínculo de conexión con el Estado de enjuiciamiento la especial gravedad de los crímenes internacionales.

Por otro lado, es más que posible que el nuevo texto de la reforma conlleve el incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales impuestas a España. En efecto, y como

¹³¹ GARCÉS, J. E., "La jurisdicción universal..", *op. cit.*, p. 57.

¹³² Comunicado disponible en <http://www.abogacia.es/2014/02/13/la-abogacia-espanola-rechaza-las-restricciones-al-principio-de-jurisdiccion-universal/> (Consultado el 2 de septiembre 2015).

¹³³ AA.VV., *Informe sobre la Proposición...*, *op. cit.*, p. 4.

ya se ha analizado en este trabajo, si bien la mayor parte de los Tratados internacionales de derecho penal internacional solo contemplan el principio de jurisdicción universal de forma facultativa, los Convenios de Ginebra son los únicos instrumentos que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia internacional, establecen el principio de jurisdicción universal con carácter obligatorio para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra. Así pues, en mi opinión, la redacción del actual art. 23 LOPJ no resulta acorde con estos Tratados y supone, pues, un incumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por España que debería repararse lo antes posible.

Tampoco la configuración del principio de juzgar o extraditar que el nuevo art. 23.4 LOPJ contempla para los delitos de tortura parece acorde con el derecho internacional y, en concreto, con las indicaciones del propio Comité contra la Tortura, que se ha pronunciado al respecto, afirmando que la obligación de juzgar contenida en dicho principio no exige la existencia de una solicitud de extradición previa por parte de un Estado competente.

En el plano interno, es incluso posible que la reforma infrinja el orden constitucional español, especialmente, a mi juicio, por el trato discriminatorio que se dispensa a las víctimas fruto del régimen dual de puntos de conexión habilitantes, que se consagra en la nueva Ley; así como por la invasión del Poder Legislativo sobre el Judicial, lo que supone la ordenación del sobreseimiento automático de las causas, antes si quiera de que el órgano judicial encargado de las mismas pueda verificar la existencia o no de dichos puntos de conexión.

Esta enorme cantidad de críticas negativas, tanto por parte de la doctrina como por parte de diversos operadores jurídicos y organizaciones de derechos humanos, demuestra claramente que el proceso de elaboración de la nueva Ley careció de un deseable proceso de consulta tras el cual esta hubiese podido configurarse de forma más respetuosa con el derecho internacional, así como con las propias víctimas de las violaciones de derechos humanos a las que el Poder Judicial español venía amparando desde hace décadas gracias a la regulación anterior, lo cual también es lógicamente criticable.

3.5.2. Aplicación de la reforma por los Tribunales

El nuevo texto del art. 23.4 LOPJ nació envuelto en la polémica, también en el seno de los Tribunales españoles. Poco después de su entrada en vigor surgió una controversia de importante impacto mediático en relación con los delitos transfronterizos: el *caso de los narco barcos*.

Coincidiendo con la entrada en vigor de la nueva ley, el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN resolvió los recursos de apelación interpuestos contra el archivo decretado por tres Juzgados Centrales de Instrucción, ordenando el sobreseimiento de varios procedimientos en curso por falta de jurisdicción, al entender que el art. 23.4 letras d) e i) LOPJ, no atribuía a la jurisdicción española competencia para conocer del delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cometido por ciudadanos extranjeros, en una embarcación extranjera y en aguas internacionales.¹³⁴

Los hechos objeto de los tres procedimientos eran muy similares: los detenidos presentaban nacionalidad siria y egipcia, dos de ellos enarbolaban la bandera de Sierra Leona mientras que uno carecía de esta y, en los tres casos, el apresamiento se había producido en aguas internacionales sin que se hubiese podido constatar expresamente que las embarcaciones tuviesen a España como destino.

La cuestión principal consistía en determinar si los apartados *d)* e *i)* de la LOPJ en relación con las obligaciones impuestas a España derivadas de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 otorgaban jurisdicción a los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los hechos descritos. La AN resolvió el archivo de las actuaciones al entender, a través de la interpretación sistemática de los arts. 4 y 17 de la Convención de 1988, así como de los apartados indicados del art. 23 LOPJ, que el Poder Judicial español carecía de jurisdicción en la materia.

En concreto, la AN entendía que la letra *d)* del art. 23.4 LOPJ ("Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte") reconoce la jurisdicción española, siempre que haya un supuesto previsto en un tratado internacional, que en este caso sería la Convención de Viena de 1988. Según la interpretación que la AN hacía de esa Convención, la jurisdicción española resultaría efectivamente existente siempre que concurriese alguno de los presupuestos de la letra *i)* del art.

¹³⁴ Autos 21/2014, de 6 de mayo, 25/2014, de 13 de mayo y 26/2014, de 14 de mayo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

23.4 de la LOPJ.¹³⁵ No considerando suficiente, pues, la mera posibilidad de atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles, sería necesario, por lo tanto, que el Tratado en cuestión efectivamente otorgase dicha competencia, lo que no ocurría según la interpretación de los arts. 4 y 17 de la Convención de Viena llevada a cabo por la AN. Además, como afirma Martínez Guerra, de acuerdo con este razonamiento, "no es posible entender su extensión más allá de estos casos, dado que el artículo 17 de la Convención regula la cooperación entre Estados, no el ejercicio de la jurisdicción de sus tribunales. Cualquier extensión de la misma, debería hacerse vía arts. 4.1.b) ii) o 4.3 (ejercicio de las competencias penales establecidas por una parte de conformidad con su derecho interno), es decir, lo que permitía la regulación previa a la reforma operada por la LO 1/2014".¹³⁶ La AN en consecuencia ordenó la inmediata puesta en libertad de los detenidos, ordenando pues la excarcelación de un total de 47 personas.

El TS, sin embargo, resolvió el correspondiente recurso de casación por STS 592/2014, de 24 de julio, fallando en contra de la interpretación de la AN y afirmando la jurisdicción española en los supuestos descritos por aplicación de las letra d) e i) del art. 23.4 LOPJ en relación con la Convención sobre el derecho del mar de Montego Bay de 1982 así como la ya citada Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988.

El TS, en primer lugar, calificaba de "prematura" la conclusión de la AN de que no hubiese indicios de que los hechos en cuestión se realizasen con miras a su comisión en territorio español.¹³⁷ En todo caso, su argumentación principal consiste en entender que las reglas de atribución de jurisdicción contenidas en los apartados d) e i) del art. 23.4 LOPJ son diferentes y autónomas entre sí. Así, según el TS, si bien ambos apartados se refieren al mismo tipo de comportamientos (delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), estos se diferencian en una cuestión esencial: la letra d) se aplica específicamente a las conductas llevadas a cabo en el espacio marino, mientras que fuera de ese ámbito sería de aplicación la letra i).¹³⁸ Así, aunque los dos apartados comparten el mismo objeto delictivo y

¹³⁵ "Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1o. el procedimiento se dirija contra un español; o 2o. cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español".

¹³⁶ MARTÍNEZ GUERRA, A., "La reforma de la...", *op. cit.*, p. 138.

¹³⁷ STS 592/2014, de 24 de julio, FJ 4.

¹³⁸ Afirma el Tribunal: "No cabe entender, como incorrectamente hace el Auto recurrido, que una se remita a la otra y tengan así un ámbito de aplicación único, sino que se trata de normas con un ámbito de aplicación distinto ab initio, porque no sólo difieren en

ambos se refieren a la comisión del mismo en el extranjero, al ser el apartado d) más específico, por referirse en concreto a "los espacios marinos", este resulta, según el TS, de aplicación preferente al apartado i), de forma que no pueden exigirse al apartado d) los requisitos del apartado i), que quedaría limitado a espacios extraterritoriales que no sean espacios marinos.

Partiendo, pues, de la aplicabilidad del apartado d) al supuesto enjuiciado, el TS afirma que

en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (artículo 17.3 y 4 de la Convención). Esta competencia supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados en caso de que se trate de buques sin pabellón, o resultando este ficticio. Cuando se trate de naves con pabellón legítimo la competencia para el enjuiciamiento será la del país de bandera de forma preferente, y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección.¹³⁹

Esta Sentencia del TS, objeto de críticas doctrinales por las confusiones conceptuales en la que recae,¹⁴⁰ es un fiel reflejo de las consecuencias que una mala redacción legislativa puede provocar en la aplicación práctica de las disposiciones normativas. En efecto, la apresurada creación de la LO 1/2014 ha provocado que en la actualidad nos encontremos con un precepto que, en sus actuales términos, contiene cláusulas de remisión a Tratados sin haber parecido reparar en el contenido de los mismos, cláusulas que, por otra parte, pueden llegar a ser contradictorias entre sí. En este sentido, destaca que la propia Sala Segunda del TS, aprovechó la propia STS 592/2014 para calificar de "confusa" la nueva regulación objeto de estudio: "Hay que poner de manifiesto lo confuso de tal regulación, lo que ha originado que las líneas interpretativas en esta materia, tan sensible en el ámbito internacional, no se hayan producido con la deseable claridad"¹⁴¹

cuanto al lugar o espacio en el que se ejecuta la conducta (en concreto, a los espacios marinos), sino que también sus principios inspiradores son distintos. Ídem (FJ 5).

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Ver MARTÍNEZ GUERRA, A., "La reforma de la...", *op. cit.*, p. 139-140.

¹⁴¹ STS núm. 592/2014, de 24 de julio, FJ 5.

Por otro lado, en lo que se refiere a los crímenes internacionales de *ius cogens*, desde la entrada en vigor de la reforma de 2014, varios procesos en tramitación en la AN han sido sobreseídos al no concurrir en ellos los nuevos requisitos establecidos por la reforma legislativa.

En cuanto al caso *Tibet* el JCI núm. 2 acordó, siguiendo la letra de la reforma legislativa, la conclusión automática del Sumario y la elevación del mismo al Pleno de la Sala de lo Penal de la AN,¹⁴² que el 2 julio de 2014, acordó el sobreseimiento y archivo de la causa.¹⁴³ La Sala Segunda del TS hubo de pronunciarse después mediante STS 296/2015, de 6 de mayo, de gran repercusión mediática y doctrinal. En esta Resolución, la Sala Segunda reflexiona sobre el nuevo texto de la reforma y sobre el propio principio de jurisdicción universal, afirmando que los Estados no están "obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, iniciando una investigación *in absentia* de delitos internacionales cometidos en cualquier parte del mundo, aunque los supuestos responsables no se encuentren a su alcance".¹⁴⁴

En la misma línea, afirma la Sala que "de los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmando un modelo de jurisdicción universal absoluta o incondicionada",¹⁴⁵ incluyendo entre estos los Convenios de Ginebra, en contra de la opinión doctrinal mayoritaria a este respecto. Después de realizar un repaso de la evolución legislativa y jurisprudencial,¹⁴⁶ se refiere la Sentencia a la posibilidad de existencia de un conflicto de normas entre la LOPJ y el derecho internacional penal convencional, negando dicho conflicto.¹⁴⁷

¹⁴² Auto del JCI núm. 2, de 25 de marzo de 2014.

¹⁴³ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 2 de julio de 2014. Si bien contó con el Voto Particular de cuatro Magistrados, partidarios de la continuación de la instrucción de la Causa así como del planteamiento al TC de las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma operada por la LO 1/2014.

¹⁴⁴ STS 296/2015, de 6 de mayo, FJ 6.

¹⁴⁵ Ídem, FJ 7.

¹⁴⁶ Ídem, FJ 9 a 21.

¹⁴⁷ "Por tanto, los Tratados que se invocan como aplicables en el caso actual, (dejando al margen de momento la cuestión de las Infracciones de los Convenios de Ginebra que se tratará separadamente), y que son los que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté en contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal que pueda sostenerse respecto de esta norma. No cabe apreciar, en consecuencia, un conflicto de normas entre la nueva LO 1/2014, y los Tratados, que conforme al art. 96 CE se integran en nuestro ordenamiento interno". Ídem, FJ 20.

Después de un breve análisis del derecho comparado en la materia, concluye la Sala que "en los países de nuestro entorno se admiten con normalidad restricciones en el ejercicio de la Jurisdicción Universal, sin que su interpretación de los Tratados Internacionales en esta materia acoja el criterio de que los Tratados exigen obligadamente un modelo de Jurisdicción Universal, pura o absoluta"¹⁴⁸ y afirma, en definitiva, que "la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPJ".¹⁴⁹

En cuanto a la posibilidad, alegada por los recurrentes, de que el apartado p) del art. 23.4 LOPJ, que, recordemos, incluye en la jurisdicción universal "cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente" sea aplicable a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, esta es negada de forma tajante por el TS: "debe establecerse con claridad y firmeza, para este y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 23 4o. de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado".¹⁵⁰

A mayor abundamiento, el TS niega que el art. 146 del IV Convenio de Ginebra establezca una obligación para los Estados Parte en el mismo de buscar a los responsables de infringir el mismo en cualquier lugar del mundo, incluso en países con ninguna relación con el conflicto armado en cuestión¹⁵¹ y deja clara su doctrina para futuros supuestos

En consecuencia, y para que quede claro en este y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción *in absentia* en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.¹⁵²

¹⁴⁸ Ídem, FJ 22.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Ídem, FJ 24.

¹⁵¹ Ídem, FJ 28.

¹⁵² Ídem, FJ 29.

Como no podría ser de otra forma, han sido numerosas las críticas vertidas entre la doctrina sobre este último aspecto de la Sentencia relativo a la interpretación de los Convenios de Ginebra. En concreto, Orihuela Calatayud entiende que, a pesar de ser cierto, en su opinión, que la obligación de enjuiciamiento contenida en los Convenios de Ginebra se refiere a los Estados en cuyo territorio se encuentre el responsable de los hechos delictivos, dicha obligación no está condicionada a la denegación de una solicitud de extradición. Según la autora, "De viajar a España un extranjero responsable de la comisión de una infracción grave de los convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo adicional I de 1977 y no formularse contra él ninguna solicitud de extradición, nuestros tribunales carecen de competencia para proceder a su enjuiciamiento y, en este caso, nuestro país estará incumpliendo la obligación de hacerlos comparecer ante sus propios tribunales establecida en los Convenios de Ginebra".¹⁵³

Por último, el TS se pronuncia positivamente sobre la constitucionalidad de la reforma: "El criterio de que los Tribunales españoles no obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya establecido por este Tribunal Supremo, debe reafirmarse en el caso actual, desestimando en consecuencia la alegaciones de inconstitucionalidad, y remitiendo el ámbito de nuestra jurisdicción en esta materia a lo establecido por el Legislador en la LO 1/2014".¹⁵⁴ Sin embargo, será el propio TC el que se pronuncie sobre este caso, pues la Sección Cuarta de este órgano decidió, en diciembre de 2016, admitir a trámite el recurso de amparo interpuesto contra la decisión de archivo del TS, al apreciar la especial trascendencia constitucional del asunto que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prescribe (art. 50.1 LOTC).

Sólo dos días más tarde, el 8 de mayo de 2014, el TS también archiva el caso *Falun Gong* en aplicación de su propia doctrina relativa al caso *Tíbet*.¹⁵⁵

Más problemático resultó el caso *Couso* tramitado en el JCI núm. 1. El Magistrado, por Auto de 27 de marzo de 2014, decidió continuar con la instrucción de este asunto, en contra del criterio de la Fiscalía. En una Resolución especialmente crítica, el citado Auto afirmaba que

¹⁵³ ORIHUELA CALATAYUD, E., "La regulación de la jurisdicción...", *op. cit.*, p. 301-302.

¹⁵⁴ STS 296/2015, de 6 de mayo, FJ 43.

¹⁵⁵ STS 297/2015, de 8 de mayo.

aún faltaban diligencias por practicar y que, por lo tanto, resultaba imposible concluir el Sumario y elevarlo a la Sala. Además, aseveraba que "dada la primacía de los tratados y que un tratado no puede ser modificado por una norma interna, resulta inaplicable la nueva norma, subsistiendo la disposición del tratado. Esta inaplicación supone la aplicación del nuevo apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, que da cobertura a la IV Convención: Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España. Por tanto, la jurisdicción española sí resulta competente para conocer de los hechos y delitos a que se contrae el presente Sumario".¹⁵⁶

La instrucción del caso *Couso* continuó abierta, pues, en un primer momento. En el marco de la misma, el JCI núm. 1 emitió un Auto, el 24 de julio de 2014, en el que, dada la consideración de los hechos enjuiciados como crímenes de guerra así como la imposibilidad de hacer comparecer a los procesados a pesar de las diligencias practicadas, decide acudir a la cooperación internacional. En concreto, ponía en conocimiento de los hechos a la Red Europea de Puntos de Contacto respecto a personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.¹⁵⁷

Sin embargo, una vez emitida la STS 296/2015, el JCI núm. 1 decidió archivar la causa por aplicación de la doctrina del Alto Tribunal. No obstante, el Auto del JCI 1 de 9 de junio de 2015, a pesar de acatar la decisión del TS contiene unas reflexiones que considero necesario plasmar

La nueva norma dictada por el legislador español impide la persecución de cualquier crimen de guerra cometido contra un español, salvo en el difícil supuesto de que los presuntos criminales se hayan refugiado en España. Para buscar o hacer comparecer ante los Tribunales a aquellos hace falta dictar una orden de búsqueda y esta solo puede acordarse dentro del seno de un procedimiento; procedimiento que nunca existirá, dado que el nuevo apartado 4 del artículo 23 LOPJ impide su incoación (salvo la existencia de ese difícil supuesto). Así, ante un crimen de tal tipo cometido contra periodistas o personas españolas consideradas como población civil (p.e. cooperantes), ni aun los familiares de víctimas o el Ministerio Fiscal podrán instar la apertura de diligencias en España para al menos identificar a la víctima, solicitar la autopsia u otras diligencias urgentes o investigar cómo acontecieron los

¹⁵⁶ Auto del JCI núm. 1 de la AN, de 27 de marzo de 2014, FJ 1.

¹⁵⁷ "Existiendo, pues, un instrumento normativo dentro de la UE, y en aras a agotar todas las vías para evitar la impunidad señalada, procede poner en conocimiento de la citada Red, con comunicación al Miembro nacional español en Eurojust, las circunstancias del presente caso, y así se puedan actuar los mecanismos oportunos para hacer comparecer a los procesados ante la justicia y, en definitiva, evitar la impunidad". Auto del JCI núm. 1, de 24 de julio de 2014. FJ 2.

hechos. Para el presente caso, constatada la falta de competencia de la jurisdicción española, no se puede, por obvio, ordenar o mantener una búsqueda (nacional o internacional) por un órgano "incompetente", ni aún siquiera existe instrumento de cooperación jurídica internacional para hacer saber a otros Estados de la existencia de aquellos indicios de criminalidad. Con ello, "el flexo no podrá mantenerse encendido": los procesados podrán desplazarse a otros países que hayan suscrito la Convención, e incluso a España, con la seguridad de que no van ser 7 buscados, puesto que en los archivos policiales o de otra índole no va a constar tal búsqueda".¹⁵⁸

El JCI núm. 5 también decidió no sobreseer en un momento inicial el caso *Flotilla de la Libertad*, por Auto de 17 de junio de 2014. En dicha Resolución acordó elevar exposición razonada a la Sala Segunda del TS, de conformidad con el art. 23.5 LOPJ, al objeto de determinar la existencia de un procedimiento de investigación de los hechos en Turquía o Israel. Aprovechó la ocasión el Magistrado Instructor para recordar que el art. 146 del IV Convenio de Ginebra impone la obligación de persecución para las infracciones graves del Convenio y que, por lo tanto, "nos encontraríamos ante una evidente colisión entre la regulación según derecho interno de la norma habilitadora de la extensión de la jurisdicción penal, y las obligaciones contraídas por España en virtud de los Tratados internacionales previamente ratificados y que integran nuestro ordenamiento jurídico",¹⁵⁹ a la vez que también critica el criterio o regla de subsidiariedad impuesto por la LO 1/2014, contrario a la jurisprudencia de la propia CPI.¹⁶⁰ Como respuesta, en un inusual pronunciamiento, la Sala Segunda del TS emitió un Auto, el 8 de abril de 2015, acordando la imposibilidad de valorar la exposición razonada elevada por el JCI núm. 5, alegando la insuficiencia de la misma. De vuelta el procedimiento al JCI núm. 5 este, en aplicación de la doctrina de la STS 296/2015, de 6 de mayo, relativa al caso *Tibet*, acuerda sobreseer provisionalmente y archivar la causa hasta que las personas contra las que se dirige se encuentren en España.¹⁶¹

¹⁵⁸ Auto del JCI núm. 1, de 9 de junio de 2015, FJ 2.

¹⁵⁹ Auto del JCI núm. 2, de 17 de junio de 2014, FJ 2.

¹⁶⁰ "Igualmente la Corte Penal Internacional (CPI) se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de complementariedad con la Jurisdicción de los Estados que rige sus actuaciones, estableciendo una jurisprudencia clara sobre cuándo debe actuar por complementariedad y sobre las características de la investigación o actuación procesal de un tribunal nacional, para no actuar la complementariedad". Ídem, FJ 3.

¹⁶¹ Auto del JCI núm. 5, de 10 de junio de 2015. Poco tiempo después, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, por Auto de 22 de diciembre de 2015, acordó dejar sin efectos la comunicación del JCI núm. 5 dirigida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

También en aplicación de la doctrina de la STS 296/2015, de 6 de mayo se acordó el archivo de la causa relativa a los refugiados iraníes,¹⁶² así como el caso *Ruanda*, que fue sobreseído por Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 28 de enero de 2014,¹⁶³ confirmando posteriormente la decisión el TS, si bien en la "modalidad especial de sobreseimiento prevenido en la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014, por aplicación de la doctrina."¹⁶⁴

El caso *Guantánamo* también fue archivado por aplicación de la jurisprudencia del TS, pues según lo dispuesto por el JCI núm. 5

Pese a tener una de las víctimas (...) nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos, no concurre el presupuesto de que el procedimiento se dirija contra un español o extranjero habitualmente residente en España, o contra un extranjero que se encontrare en España y se hubiere denegado su extradición (letra a) o que se encontrare en territorio español (letra b). Este régimen legal introducido por la LO 1/2014, además, no resulta incompatible, de acuerdo con la reciente STS 296/2015, de 06.05, con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes ni con los restantes Tratados aplicable al caso actual.¹⁶⁵

El caso *Mauthausen* fue archivado por Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 15 de diciembre de 2014. Sin embargo, el TS se pronunció sobre este archivo en abril de 2016 en una Sentencia especialmente crítica con la reforma operada en 2014. Así, la Sala Segunda afirma que "la nueva regulación del principio de justicia universal con respecto a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra ha procedido a una restricción tan sustancial del derecho de los ciudadanos españoles víctimas de tales delitos en el extranjero, que excluye de forma extrema su acceso a la jurisdicción para defender sus derechos dentro del territorio español, dadas las esca-

¹⁶² "Dado que el mantenimiento de la jurisdicción española en el Auto recurrido se justificaba en la aplicación del apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, dada la condición de las víctimas de los hechos denunciados como personas protegidas por el IV Convenio de Ginebra, y no encontrándose los responsables de los hechos en ninguna de las situaciones que comprende el apartado a 9 de dicho artículo (es decir: tratarse de un español o un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o un extranjero que se encuentre en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas), procede la estimación del recurso interpuesto". Auto del JCI núm. 4, de 15 de junio de 2015.

¹⁶³ "En el caso actual ha de recordarse que, como señalamos en las STS de 6 y 8 de mayo de este año, la reforma operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, acoge un modelo limitado de Jurisdicción Universal, que como regla general excluye la investigación y persecución "in absentia", por lo que exige que los responsables sean españoles o se encuentren en España. Pues bien, este modelo restrictivo establecido en la LO 1/2015, conduce a unos resultados claros que deben necesariamente ser acatados. Y, en el caso actual, excluye la Jurisdicción española en relación con los hechos que han sido sobreseídos", FJ 2.

¹⁶⁴ STS 551/2015, de 24 de septiembre de 2015.

¹⁶⁵ Auto del JCI núm. 5, de 17 de julio de 2015, FJ 6.

sísimas posibilidades de que uno de los presuntos autores resida habitualmente en España",¹⁶⁶ haciendo especial hincapié en la discriminación hacia ciertos tipos de víctimas.¹⁶⁷ En todo caso, teniendo en cuenta que los procesados parecen estar fallecidos aunque falta confirmación oficial del óbito de dos de ellos, la Sala dejaba sin efecto el Auto de sobreseimiento de la AN hasta que se constatare el fallecimiento de todos los procesados.

En cambio, una vez entrada en vigor la reforma, la AN decidió continuar los procedimientos relativos a los casos *contra el Polisario y Sáhara* con base en el principio de territorialidad, al considerar que España sigue siendo la Potencia Administradora del territorio del Sáhara Occidental, por Autos del JCI 5 de 15 de abril de 2014.¹⁶⁸

También se decidió continuar el procedimiento relativo al caso *Ignacio Ellacuría*, dada la nacionalidad española de la víctima, pero únicamente por las imputaciones relativas a asesinatos terroristas, excluyéndose los cargos de lesa humanidad, para los que los Tribunales españoles carecían de competencia según el enunciado de la nueva Ley.¹⁶⁹ Además, el JCI núm. 6, encargado del Sumario, remitió a la Sala Segunda del TS un Auto, el 22 de diciembre de 2014, con exposición razonada al objeto de que esta determinase si las actuaciones que en su día se llevaron a cabo en El Salvador para el esclarecimiento de los hechos fueron fraudulentas o incompletas. El TS, por Auto de 20 de abril de 2015, determinó que "a partir de las consideraciones expuestas por el órgano a quo podemos concluir, que existen, en efecto, indicios

¹⁶⁶ Auto de la Sala Segunda del TS, de 18 de abril de 2016, FJ 3.

¹⁶⁷ "Como dato significativo a destacar debe subrayarse que el criterio de la nacionalidad española de la víctima (principio de personalidad pasiva), que ha quedado excluido para los delitos más graves o de primer grado, sí se admite como vínculo para la aplicación de la jurisdicción española para algunos de los graves delitos del segundo nivel: contra la integridad moral, desaparición forzada, trata de seres humanos, terrorismo, contra la libertad e indemnidad sexual, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública. Ahora bien, se exige a mayores que el imputado se encuentre en territorio español, requisito que sólo se excluye en los cuatro últimos delitos que se acaban de citar". *Ibidem*.

¹⁶⁸ "En el presente caso, analizada la vigente redacción de los apartados 4o., 5o. y 6o. de la LOPJ, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de aquella relativa a la justicia universal, y examinada su aplicación a los hechos objeto de la presente instrucción, es necesario convenir, con el Ministerio Fiscal, en la improcedencia del sobreseimiento de las actuaciones a que se refiere la Disposición Transitoria Única de la referida Ley Orgánica ("Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella"), por cuanto la competencia de la Jurisdicción española debe ser afirmada en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.6 LOPJ y 8 LECrim (improrrogabilidad de la jurisdicción) y 21.1 y 23.1 LOPJ (principio de territorialidad), al haberse cometido parte de los hechos objeto de las querellas interpuestas y admitidas a trámite en territorio que, a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de comisión de aquéllos, tal y como se deriva de la legalidad y jurisprudencia nacional e internacional, en análisis contenido en el informe del Ministerio Fiscal al que procede remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias". Auto del JCI núm. 5 de la AN, de 15 de abril de 2014, FJ 1.

¹⁶⁹ Auto del JCI núm. 6 de la AN de 31 de marzo de 2014

serios y razonables de que el proceso penal seguido en El Salvador no pretendió realmente que los responsables de los hechos fueran castigados sino, más bien, su sustracción a la justicia, todo ello acompañado de la ausencia de las garantías necesarias de independencia e imparcialidad".¹⁷⁰

De igual forma, permanece activo en estos momentos el procedimiento relativo al caso *Carmelo Soria*, pues la Sala Segunda del TS afirmó, por Auto de 20 de octubre de 2015, previa exposición razonada del JCI núm. 5, la jurisdicción española al considerar que concurren datos indiciarios suficientes para inferir la falta de voluntad de Chile para investigar los hechos delictivos.¹⁷¹

El JCI núm. 1 también decidió continuar la instrucción del caso *Guatemala* por los delitos de terrorismo ante la existencia de víctimas españolas, en cumplimiento de los nuevos requisitos, si bien el Magistrado acordó extender la jurisdicción al resto de delitos (genocidio, lesa humanidad, torturas, asesinato y detenciones ilegales) "porque de otra forma se rompería la denominada continenencia de la causa (es imposible juzgarlos por separado)".¹⁷²

Destaca, en relación con Guatemala, el primer acto de juicio oral sobre crímenes internacionales celebrado en la AN tras la entrada en vigor de la LO 1/2014. Nos referimos al proceso contra el exministro del Interior de este país, Carlos Vielmann, por supuestamente haber ordenado la comisión de ocho ejecuciones extrajudiciales de presos en cárceles que el presunto autor dirigía entre 2005 y 2006. A pesar de las grandes restricciones de la nueva ley de jurisdicción universal, el procesamiento de Vielmann por crímenes de lesa humanidad fue posible, ya que el antiguo mandatario tiene nacionalidad española desde el año 2010. Vielmann fue imputado por el JCI núm. 3 de la AN el 15 de diciembre de 2011, que el 4 de noviembre de 2013 dictó Auto de procesamiento, confirmada dicha decisión posteriormente por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de dicho órgano.¹⁷³

¹⁷⁰ Auto de la Sala Segunda del TS, de 20 de abril de 2015, FJ 3

¹⁷¹ "Y es que no puede llegarse a otra convicción, una vez apreciada la escasa entidad y relevancia de las diligencias practicadas por la justicia chilena en los dos últimos años de investigación, cuando se reabrió el procedimiento penal por cuarta vez, después de haber transcurrido 37 años desde la perpetración de los hechos delictivos". Auto de la Sala Segunda del TS, del 20 de octubre de 2015, FJ 3.

¹⁷² Auto del JCI núm. 1, de 20 de mayo de 2014, FJ 1.

¹⁷³ Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 25 de marzo de 2014.

Las sesiones del juicio oral tuvieron lugar entre los meses de enero y febrero de 2017 y la Sentencia, de sentido absolutorio, se emitió el 6 de marzo de 2017. El Tribunal planteaba, ante los hechos denunciados, tres posibles alternativas

Conforme a la primera, el Ministro ordenó las ejecuciones extrajudiciales, en cuyo caso sería autor intelectual que tantos asesinatos como víctimas se hubieran producido. Conforme a la segunda, el Ministro, conocedor de que las ejecuciones se iban a producir, las consintió, manifestando su aquiescencia expresa o tácita. Encontrándose en una situación de garante sería responsable de los asesinatos a título de comisión por omisión (coautoría por omisión o participación por cooperación necesaria de carácter omisivo), por no haber evitado las ejecuciones, pudiendo hacerlo. Según la tercera hipótesis, el Ministro no tuvo conocimiento previo de las ejecuciones, que fueron llevadas a cabo por uno o dos grupos incontrolados, en los que participaban responsables policiales del Operativo, y que se extralimitaron en sus funciones, alternativa que se sostiene en la existencia de tales grupos enquistados en las altas esferas del Ministerio y de la Policía, y en la situación social y política, con prácticas reiteradas de ejecuciones extrajudiciales y de operaciones de "limpieza social".¹⁷⁴

La Sala se acoge a la tercera hipótesis, tras el análisis de los indicios aportados por las acusaciones, al no apreciar actividad probatoria suficiente como para enervar la presunción de inocencia del acusado, y, por tanto, absuelve. Si bien la insuficiencia probatoria impide la condena al acusado, el Tribunal se pronuncia, no obstante, sobre la calificación de los hechos, no compartiendo la consideración de los mismos como crímenes de lesa humanidad, al no apreciar la existencia de un ataque generalizado y sistemático.¹⁷⁵

Merece la pena que nos refiramos al Voto Particular formulado a la Sentencia por uno de los Magistrados de la Sala, D. J. R., De Prada, dadas las valiosas contribuciones doctrinales que contiene. El Magistrado manifiesta su disconformidad con la Sentencia absolutoria en lo

¹⁷⁴ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN núm. 5/2017, de 6 de marzo, FJ 6.

¹⁷⁵ "En el caso de autos, incluso en la hipótesis de que las ejecuciones o asesinatos pudieran constituir actos de "limpieza social" ejercida por grupos clandestinos que forman parte de estructuras de seguridad del Estado con el objetivo de eliminar sujetos o individuos antisociales, para que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de lesa humanidad no sería suficiente con que los autores materiales formaran parte de dichas estructuras. Sería preciso que los hechos formaran parte de un ataque generalizado, es decir, dirigido a una pluralidad de víctimas que son seleccionadas sin otra consideración distinta de su pertenencia al grupo perseguido, y al ataque debe ser sistemático, es decir responder a una planificación que va más allá de la mera preparación del ilícito, sino que exige la existencia de un proyecto y de unos objetivos concretos. Un ataque es sistemático cuando se sigue o se ajusta a un sistema, a un conjunto ordenado de normas y procedimientos, lo que supone una elaboración rigurosa, una tarea ordenada, que se efectúa siguiendo un método o sistema. Nada acontece en el caso analizado". Ídem, FJ 7.

que se refiere, en primer lugar a la valoración de la prueba. Así, afirma: "La sentencia de la mayoría elude tener en consideración una multiplicidad de indicios existentes, algunos extraordinariamente relevantes, que de haber sido tenidos en cuenta hubieran impedido llegar a la misma conclusión probatoria, sin que ello no hubiera evidenciado una flagrante contradicción con la lógica".¹⁷⁶

Además, critica la actitud de la Sala que, ante la imposibilidad de prestar testimonio presencial de un testigo relevante para el esclarecimiento de los hechos, desechó la posibilidad de emitir una comisión rogatoria por considerarla dilatoria, pero que tampoco aceptó la posibilidad de tomar testimonio del testigo por videoconferencia desde un consulado español en Canadá (lugar de residencia de este) o bien desde otro lugar no perteneciente a la administración canadiense pero a través de un sistema seguro de comunicación. El Magistrado, pues, mediante su Voto Particular, intenta, en sus palabras, "llenar algunos huecos evidentes que se producen en los hechos que se consideran probados en la sentencia".¹⁷⁷ Para ello, pone de manifiesto hechos que, en su opinión, deberían haber sido probados en la Sentencia en relación con los elementos contextuales generales y, en concreto, con la ejecución extrajudicial de tres personas fugadas de un centro penitenciario y de otros siete internos de una granja modelo de rehabilitación, así como sobre las circunstancias personales de Carlos Vielmann, su relación con los partícipes en estas ejecuciones extrajudiciales y su propia participación en los hechos delictivos.

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos denunciados, coincide con la Sala el Magistrado discrepante en rechazar la calificación de los mismos como crímenes de lesa humanidad, al no poder ser enmarcadas las ejecuciones extrajudiciales en el contexto de un ataque generalizado y sistemático. Sin embargo, De Prada defiende la calificación de los hechos como actos terroristas, y en concreto como terrorismo de Estado,

por la condición de altos cargos de las Fuerzas e Instituciones de seguridad ocupaban sus autores, que estaban organizados en una estructura armada policial y paralela a la oficial, cuya finalidad claramente era la de subvertir el orden constitucional, imponiendo el suyo propio, mediante la suplantación de los mecanismos de coacción y violencia legítima estatal por su propia determinación, ejecu-

¹⁷⁶ Ídem. Voto Particular formulado por el Magistrado D. J. R. De Prada Solaesa.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

tando directamente de forma extrajudicial a víctimas elegidas que entendían irrecuperables para el sistema, como forma de mantenimiento de su propio sentido del orden jurídico y social y como medio de propaganda para estos fines.¹⁷⁸

Sin embargo no se podría condenar a Viemann con base en esta calificación jurídica, que al Magistrado le parece la más acertada, al no haber sido mantenida esta por las acusaciones. En consecuencia, a su juicio, lo más correcto hubiese sido una condena por el asesinato, en su modalidad de comisión por omisión, de diez personas "cometido por miembros de una estructura criminal paralela al aparato policial de su ministerio, conformada por sus más inmediatos colaboradores operativos, situación que le era suficientemente conocida o debida conocer a menos que se pusiera en una situación de ignorancia deliberada, que en cualquier caso quedaría bajo la cobertura del dolo eventual, resultando igualmente una participación criminal en los hechos punible a título de autor".¹⁷⁹

Por otro lado, debe mencionarse la admisión a trámite de un nuevo caso que se produjo por Auto del JCI núm. 6, de 27 de marzo de 2017, constituyendo la primera vez que nuestros Tribunales se pronuncian sobre la guerra en Siria. En concreto la querrela, interpuesta el 1 de febrero del mismo año, se dirigía contra varios altos mandos militares del régimen de Bashar al Ásad, acusados por su presunta responsabilidad en la desaparición y muerte de un ciudadano sirio, hermano de la querellante. En concreto, la desaparición de Abdulmueden Alhaj Hamdo se produjo el 17 de febrero de 2013 pero su familia no tuvo noticia del fallecimiento hasta que a mediados de 2015 visionaron su cadáver, con evidentes signos de tortura, en unas fotografías tomadas por el ya célebre policía militar forense sirio, conocido con el alias de *César*.¹⁸⁰

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, resulta chocante que el JCI núm. 6 rechace considerar los mismos como crímenes de lesa humanidad (a pesar de fácilmente puede apreciarse que nos encontramos en el contexto de un ataque "generalizado y sistemático" contra la población civil), crímenes de guerra (aunque estos se hayan producido en el marco de un conflicto armado), o torturas (ante la evidencia de las mismas sobre el cadáver del fallecido). La justificación la encontramos en el propio texto del Auto

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Auto del JCI núm. 6, de 27 de marzo de 2017. Hechos Probados, 3.

En lo que hace a los delitos de jurisdicción universal de primer grado, la letra a) del art. 23.4 LOPJ regula el delito de lesa humanidad y los crímenes de guerra, todos aparentemente concurrentes en los hechos narrados en la querella, pero no perseguibles por la jurisdicción española, y por ende, de este Juzgado, al no concurrir los restrictivos puntos de conexión introducidos con la reforma, que de esa manera desnaturalizó lo que o es "de persecución universal", o no es justicia contra el ser humano por el hecho de serlo, dondequiera y contra quienquiera que se produzca, máxime cuando no lo pueden hacer los Tribunales internacionales.¹⁸¹

El Juzgado, con el objetivo claro de poder admitir a trámite la querella, califica los hechos como terrorismo pues, recordemos, el nuevo art. 23.4 LOPJ admite la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de este tipo de delitos cuando la víctima tenga nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos. Conviene detenerse sobre este último aspecto, pues como decíamos, la persona fallecida ostentaba la nacionalidad siria. Sin embargo, su hermana, la querellante, sí tiene nacionalidad española. En consecuencia, el Magistrado Instructor aplica el art. 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito que otorga la categoría de víctima indirecta de terrorismo a los parientes en línea colateral dentro del tercer grado que se encuentren bajo su guarda y "en caso de no existir los anteriores, a todos los parientes en línea recta y a sus hermanos".¹⁸² También califica los hechos como desaparición forzada, pues para este tipo de delito el art. 23.4 LOPJ otorga competencia si la víctima es española. En este caso, el Magistrado también se acoge a un concepto amplio de víctima con base en el art. 24 del Convenio contra las desapariciones forzadas, según el cual "se entenderá por víctima la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada".¹⁸³

En consecuencia, el Magistrado admite a trámite la querella y ordena la toma de declaración de varios testigos (entre ellos el fotógrafo que tomo las imágenes que sirven como prueba principal). Además, y este último aspecto es muy destacable, interesa de Eurojust "que proceda a averiguar si existen denuncias en otros países de la Unión Europea que investiguen desapariciones forzadas, torturas, crímenes de guerra, terrorismo y delitos de lesa humanidad, realizados por estructuras y personas pertenecientes a la Administración de la República Árabe Siria con miras a la presunta constitución de un equipo conjunto de investigación que ayude a la

¹⁸¹ Auto del JCI núm. 6, de 27 de marzo de 2017. FJ 2.

¹⁸² Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima. Publicado en BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

¹⁸³ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. *op. cit.*, art. 24.1.

consecución de información y pruebas de uso común en los respectivos procedimientos penales nacionales afectados".¹⁸⁴ Constituye este un fantástico ejemplo de activación de mecanismos de cooperación internacional por parte de un Tribunal español. En efecto, la coordinación a nivel europeo, donde ya existen algunas causas abiertas en relación con Siria, como ocurre en Francia¹⁸⁵ o Alemania,¹⁸⁶ generará un espacio en el que poder compartir datos y que redundará, de seguro, en una mayor eficacia de las investigaciones. No podemos olvidar que los crímenes cometidos en Siria no pueden ser juzgados ante la CPI, dada la reiterada negativa de Rusia y China, miembros permanentes del CSNU, a someter el caso a la Corte. Dado que tampoco se ha materializado la creación de un Tribunal híbrido o mecanismo similar con competencia para el enjuiciamiento de estos delitos, todo parece indicar que la única forma de obtener justicia ha de venir de los Tribunales nacionales, a través del principio de justicia universal, lo que demuestra una vez más la utilidad de esta herramienta para la lucha contra la impunidad.

Cerramos este análisis jurisprudencial haciéndonos eco del archivo de la investigación por la muerte del cabo español Francisco Javier Soria Toledo, que llevó a cabo el JCI núm. 4 de la AN, por Auto de 29 de marzo de 2017. El militar falleció el 28 de enero de 2015, cuando prestaba servicio en la misión de Naciones Unidas en Líbano, como consecuencia del impacto de un proyectil del Ejército israelí en respuesta a un ataque de Hezbolá. El Magistrado Instructor desestimó la querrela presentada por los familiares al considerar, después de haber recibido un informe sobre los hechos procedente del Ejército israelí fruto de una comisión rogatoria internacional emitida en enero de 2015, al considerar que los hechos solo podrían ser calificados como crímenes de guerra, y no actos de terrorismo, para los que los Tribunales españoles carecen de competencia tras la reforma de 2014.¹⁸⁷

Concluimos este apartado destacando que, como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma de 2014, los únicos casos de jurisdicción universal que permanecen activos en España en este momento no consisten técnicamente en procedimientos relativos al principio de jurisdicción universal, pues a pesar de estar dedicados al enjuiciamiento de hechos delictivos cometidos fuera del Estado español la competencia de nuestros Tribunales sobre los mismos viene

¹⁸⁴ Auto del JCI núm. 6, de 27 de marzo de 2017. Parte dispositiva.

¹⁸⁵ Véase capítulo 3, apdo. 2.5. Destaca que uno de los procedimientos iniciados en este país se basa en las mismas fotografías, tomadas por el antiguo policía militar forense, alias César, que sustentan la querrela presentada en España.

¹⁸⁶ Véase capítulo 3, apdo. 2.1.

¹⁸⁷ Auto del JCI núm. 4, de 29 de marzo de 2017.

determinada por la existencia de criterios de legitimación propios de los principios de territorialidad o de personalidad, tanto activa como pasiva.

4. Perspectivas de futuro: ¿la LO 1/2014 supone el fin del principio de la jurisdicción universal en España?

La reforma operada en 2014 ha supuesto, sin lugar a dudas, un claro paso atrás para el derecho penal internacional en pleno siglo XXI, tanto a nivel meramente estatal como por las implicaciones que este retroceso tiene en la esfera internacional y, específicamente, en el proceso de consolidación de una costumbre internacional sobre la aplicación del principio de justicia universal por parte de Tribunales nacionales para el enjuiciamiento de crímenes internacionales.

Resulta decepcionante que el modelo de justicia universal español se haya visto reducido prácticamente a la nada a raíz de que nuestros Tribunales se hayan topado con presuntos criminales procedentes de grandes potencias, como Estados Unidos, Israel o China, que no aceptan además la competencia de la CPI, con el plus de impunidad que supone este factor para dichos crímenes internacionales.

La jurisdicción universal española se había convertido en una especie de tabla de salvación para las víctimas de crímenes internacionales, incapaces de obtener justicia por otras vías. En este sentido, es incuestionable el potencial de esta herramienta para impulsar el fin de la impunidad, incluso sirviendo como catalizador para el inicio de procesos judiciales en los países de comisión de los hechos. Así ocurrió en Guatemala, donde, tras los intentos infructuosos que tuvieron lugar en España, Ríos Montt fue finalmente sometido a un proceso judicial, por el que fue condenado como responsable de genocidio y crímenes de lesa humanidad, el 10 de mayo de 2013.¹⁸⁸

Tampoco puede negarse la trascendencia que los procesos iniciados en la AN tuvieron en Argentina y Chile. Desde el inicio de las investigaciones en España, fueron muchos los pasos dados en Argentina al objeto de evitar que los crímenes de la Dictadura quedaran impunes. Así,

¹⁸⁸ Desafortunadamente, su condena fue anulada con posterioridad por la Corte Constitucional de Guatemala, el proceso seguido en aquel país no dejó de ser una valiosa oportunidad para que las víctimas pudiesen ser oídas ante un Tribunal.

destacan los conocidos como "Juicios de la Verdad"; los procesos judiciales iniciados por las apropiaciones de bebés, que han culminado en numerosos reencuentros de familiares; la derogación de las leyes de Obediencia Debida y de Punto y Final... Si bien es cierto que estos triunfos son principalmente atribuibles a las organizaciones de la sociedad civil argentina y en concreto a colectivos como el de las Madres de Plaza de Mayo, resulta innegable que los "juicios de Madrid" sirvieron de revulsivo en este sentido. Así, hoy en día es precisamente este país, Argentina, uno de los pocos que continúan apostando por la lucha contra la impunidad de los grandes delitos internacionales a través del principio de justicia universal, como demuestran los intentos, hasta ahora infructuosos, de juzgar los crímenes de la Dictadura franquista.

Aún es pronto para conocer las consecuencias a medio y largo plazo de la aplicación del nuevo texto legislativo. Especialmente, queda pendiente al cierre de este trabajo conocer la postura del TC sobre la compatibilidad de cada uno de los extremos de la LO 1/2014 con la CE, pues, como se ha expuesto, en mi opinión, algunos de los aspectos de la ley podrían infringir preceptos constitucionales. El TC no solo debe pronunciarse mediante el recurso de amparo ya admitido a trámite en relación con el caso *Tibet*, sino también a través de un recurso de constitucionalidad interpuesto con anterioridad por el Grupo parlamentario socialista en el Congreso que se encuentra pendiente de tramitación.¹⁸⁹ En todo caso, queda claro que esta herramienta procesal ha quedado herida gravemente tras la reforma de 2014 y que la virtualidad del principio de jurisdicción universal para la lucha contra las graves violaciones de los derechos humanos se ha visto radicalmente mermada.

En cuanto a las perspectivas de futuro, resulta obvio que lo más satisfactorio sería que se produjese un nuevo cambio legislativo que anulase la desafortunada redacción actual del art. 23 LOPJ y que se dictase una nueva que resultase acorde con el derecho internacional de los derechos humanos y que tuviese como verdadero objetivo la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales más graves, con independencia del lugar de comisión de los mismos así como de la nacionalidad de las víctimas o de sus autores. En esta línea, el 14 de diciembre de 2016 se presentó ante el Pleno del Senado una Moción por la que se instaba al Gobierno a la derogación de la actual redacción del art. 23.4 LOPJ, volviendo al enunciado anterior a las reformas

¹⁸⁹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 3754-2014, contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal, 22 de julio de 2014. Publicado en BOE núm. 181, de 26 de julio de 2014. Pág. 59669.

realizadas por la LO 1/2009, de 3 de noviembre y por la LO 1/2014, de 13 de marzo. El texto presentado afirmaba que "tras las dos reformas no podemos hablar de que en España exista una jurisdicción universal pues se ha limitado a tales extremos que hace prácticamente imposible seguir un procedimiento de justicia universal en España".¹⁹⁰ Sin embargo, como era de esperar, dicha moción no fue aceptada, dada la mayoría parlamentaria del partido del Gobierno en el Senado.

Sí prosperó, en cambio, una Proposición no de Ley aprobada en el Congreso de los Diputados el 9 de febrero de 2017,¹⁹¹ que solo contó con el voto en contra del Partido Popular. Esta Proposición no de Ley, pese a no tener carácter ejecutivo, sí resulta esperanzadora, por cuanto muestra la intención mayoritaria de los Grupos Parlamentarios de modificar el texto legislativo aprobado por el anterior Gobierno, que en esta legislatura carece de mayoría absoluta en la Cámara Baja.

No obstante lo anterior, no podemos asegurar que en un futuro próximo la deseada derogación legislativa sea una realidad como tampoco podemos saber si el TC procederá a anular algún aspecto de esta por su contradicción con la CE, de forma que cabe que nos cuestionemos qué otras alternativas están al alcance de la mano en el momento presente al objeto de paliar los efectos de la actual normativa y que, en definitiva, España vuelva a ser un ejemplo internacional en la lucha contra la impunidad y no un lugar de refugio para genocidas y criminales de guerra.

De entre las opciones posibles, no cabe duda, que la más acertada es la de apostar por una CPI verdaderamente eficaz. En este sentido, la CPI nunca podrá ser verdaderamente efectiva si no tiene un alcance universal. Así, resulta absolutamente necesaria la presión internacio-

¹⁹⁰ Moción por la que se insta al Gobierno a la derogación de la actual redacción del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativo a la justicia universal, presentada por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea el 13 de diciembre de 2016 y debatida en el Pleno del Senado celebrado el 14 de diciembre. El Grupo Parlamentario Socialista presentaba, por su parte, una enmienda de sustitución, instando al Gobierno a la derogación de la reforma operada por la LO 1/2014, pero volviendo al texto anteriormente vigente y no a la redacción de 1985.

¹⁹¹ Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno a la derogación del actual redactado del artículo 23 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativo a la jurisdicción universal, volviendo a la redacción anterior a las reformas realizadas por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre y por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea el 13 de diciembre de 2016 y aprobada con modificaciones por la Comisión de Justicia el 9 de febrero de 2017. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 115, de 9 de febrero de 2017, p. 21. Comisión de Justicia.

nal para que las grandes potencias que no forman parte del ER procedan a su ratificación y, por lo tanto, a someterse a la jurisdicción de la Corte. Del mismo modo, debe evitarse a toda costa que los Estados ya firmantes abandonen el sistema de la CPI, como ha ocurrido recientemente con varios países africanos. Las acusaciones de neocolonialismo provenientes de África deben ser neutralizadas mediante la apertura de nuevas investigaciones en otras zonas geográficas y, muy especialmente, mediante la ratificación del ER por parte de Estados Unidos, Israel, China o Rusia y su correspondiente incorporación al sistema de justicia penal universal instaurado por el mismo.

En todo caso, si la sociedad internacional quiere realmente una CPI y un sistema de justicia penal internacional eficaz debe apostar por una fuerte cooperación de los Estados en la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales. A estos efectos, debe potenciarse la Red Europea de Puntos de Contacto con respecto a personas responsables de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, creada por la Decisión del Consejo 2002/494/JHA, de 13 de junio de 2002, y confirmada por la Decisión 2003/335/JHA, de 8 de mayo de 2003. El objetivo de esta Red es el de afianzar una estrecha cooperación entre sus Estados Miembros para perseguir, investigar y procesar a responsables de crímenes internacionales. Para alcanzar dicho objetivo se prevé el intercambio de información sobre investigaciones penales de este tipo, facilitado mediante la designación por parte de los Estados Miembros de un punto de contacto que se encargue de facilitar la mencionada cooperación.

La Red de Puntos de Contacto, ubicada en Eurojust, cuenta con una Secretaría Permanente, que se reúne bianualmente. En estas reuniones de la Red, las autoridades nacionales deben coordinarse para proceder a la investigación de personas sospechosas de la comisión de crímenes internacionales y al mismo tiempo compartir experiencias, métodos y buenas prácticas que redunden en una mejora de los procedimientos para evitar la impunidad en general. Además, el Consejo de la UE debe dar cuenta anualmente al Parlamento Europeo de las actividades llevadas a cabo. Por otro lado, la Red también mantiene contacto con unidades de investigación de terceros Estados, con la CPI, otros Tribunales internacionales y con organizaciones de la sociedad civil cuya aportación pueda resultar útil a sus fines. Esta fantástica iniciativa ya ha sido incluso utilizada por nuestros Tribunales, destacando cómo el JCI núm. 1, de 24 de julio de 2014, puso en conocimiento de la misma los hechos objeto de investigación en relación con el caso *Couso*.

También destaca la reciente creación, en 2014, de una unidad especializada de Europol para la lucha contra los crímenes de guerra, el genocidio y otros delitos contra la humanidad, cuya misión es la de prestar apoyo estratégico, operativo y en la realización de investigaciones, así como reforzar la coordinación y la cooperación, estableciendo contactos tanto con la CPI como con otros grupos como la propia Red Europea de Puntos de Contacto. Sin embargo, es necesario ahondar más en este tipo de mecanismos, aún en un proceso bastante embrionario, no solamente en el seno de la Unión Europea sino también a nivel mundial, ámbito en el que a día de hoy no existe un mecanismo de coordinación estatal institucionalizado, al margen del sistema de la CPI.

En lo que se refiere a la estructura interna estatal, España no debería abandonar su papel de guardián de los derechos humanos, a pesar de la desafortunada regulación actual del principio de jurisdicción universal. Nuevos instrumentos de cooperación internacional para luchar contra la impunidad de graves crímenes internacionales deberían ser puestos en funcionamiento en nuestro país. Un buen ejemplo de estas iniciativas lo encontramos en las ya comentadas unidades especializadas para la investigación de crímenes internacionales creadas en multitud de países, pero cuya existencia ni siquiera se ha planteado como un proyecto más o menos factible en nuestro país.

No podemos negar las elevadas exigencias de recursos materiales y humanos de determinadas investigaciones con un marcado componente internacional. La obtención de pruebas, y en concreto la toma de declaración a testigos, normalmente requiere el desplazamiento de las autoridades judiciales a los lugares de comisión de los hechos, lo que supone grandes retos, tanto logísticos como lingüísticos, unidos a la común resistencia de los Estados del lugar de comisión a dichas investigaciones. El éxito de este tipo de procedimientos complejos requiere, para alcanzar el éxito, de la existencia de una división especializada, compuesta tanto por representantes judiciales como por otros pertenecientes al mundo policial e incluso agentes de los servicios de inmigración, que cuente con personal motivado y formado, que sirva como soporte para los mismos y que establezca un sistema de cooperación y coordinación constante y estable con otras unidades del mismo tipo en terceros Estados y con la CPI. De lo contrario, caeríamos en la trampa de iniciar procedimientos judiciales con escasas probabilidades de éxito una y otra vez, siendo este uno de los aspectos más criticados por los detractores del principio de jurisdicción universal.

Este puede constituir, sin duda, el futuro próximo de la jurisdicción universal en España, dadas las pocas posibilidades que ofrece la legislación actual: potenciar su faceta de cooperación interestatal. Como apunta De Prada Solaesa: "En este momento, la jurisdicción universal, como en otros ámbitos de la cooperación judicial internacional, habría de consistir en una asunción de competencia de carácter puramente instrumental para cooperar contra la impunidad de los crímenes internacionales, llevando a cabo la investigación y persecución de éstos, de forma concertada y coordinada (...)".¹⁹²

Siguiendo esta línea argumental, proponemos que el Estado español proceda a la creación de una unidad especializada de las características descritas, que se dedique a la investigación de crímenes internacionales en coordinación con el resto de Estados así como con la CPI, como forma de paliar los efectos de la funesta reforma llevada a cabo en 2014. Los/as Jueces y Magistrados/as, así como los representantes del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado destinados en esta unidad, estarían dedicados con exclusividad a la investigación de crímenes internacionales y no a delitos comunes, a fin de ahondar en esa necesaria especialización del personal dedicado a la misma. Sólo mediante la creación de una unidad especializada podría reflejarse la intención de luchar contra la impunidad de los crímenes internacionales de las autoridades españolas, puesta seriamente en duda desde la aprobación de la última reforma de la LOPJ.

Debemos decir, para concluir, que el principio de justicia universal no es la única ni siquiera la mejor de las herramientas para combatir la impunidad. De hecho, la importancia de este título de jurisdicción se deriva en última instancia de la inacción de los Tribunales de los lugares de comisión de los hechos delictivos así como de la falta de un verdadero sistema de derecho penal internacional, efectivo y de amplio alcance. Como apunta Orihuela Calatayud

Si la comunidad internacional contara con una Corte Penal con la competencia apuntada o si los Estados ejercieran el *ius puniendi* respecto de los crímenes internacionales con los que tiene un vínculo significativo, el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción penal al amparo del principio de jurisdicción universal resultaría innecesario a que la lucha contra la impunidad estaría garantizada. Pero la realidad dista mucho de ser la dibujada con estos gruesos trazos el reconocimiento y el ejercicio de la jurisdicción penal universal puede constituir, en algunos casos, la única posibilidad de hacer efectiva la lucha contra la impunidad.¹⁹³

¹⁹² DE PRADA SOLAESA, J. R., "La justicia universal, pasado...", art. cit., p. 30.

¹⁹³ ORIHUELA CALATAYUD, E., "La regulación de la jurisdicción...", op. cit., p. 286

En consecuencia, al margen de las diferentes regulaciones del principio de jurisdicción universal, y la actual es desde luego muy poco satisfactoria, si este no se enmarca en un sistema de justicia internacional global dotado de otros mecanismos, estará condenado al fracaso. Los Estados deben ser conscientes de esta circunstancia y apostar, en general, por la cooperación, aceptando que la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales constituyen una responsabilidad compartida por toda la comunidad internacional que no debe recaer, pues, en uno o dos países.

Al margen de estas perspectivas de futuro, España no debe continuar por la senda por la que camina en la actualidad en materia de justicia penal internacional. Una regulación legislativa como la actualmente en vigor, justificada en pretextos falaces y absurdos, deja en muy mal lugar a nuestro país, siendo esta circunstancia especialmente descorazonadora teniendo en cuenta que el Estado español ha sido durante décadas un referente de la lucha contra la impunidad a nivel mundial. Situar las relaciones diplomáticas por encima de la protección de los derechos humanos, ceder ante las presiones de ciertas potencias por intereses económicos en detrimento de los derechos de las víctimas constituye en todo caso un fracaso de nuestro Estado de Derecho.

Sin embargo, y respondiendo a la pregunta que nos planteábamos al inicio de esta obra (recordemos: ¿supone la reforma de 2014 el fin de la justicia universal en España?), no debemos caer en posiciones derrotistas. España cuenta con unos Tribunales con experiencia y, en general, tal como hemos analizado, buena pericia en el manejo de crímenes internacionales. También contamos con una sociedad civil sensibilizada con el tema y con capacidad organizativa suficiente como para exigir cambios al Poder Legislativo así como un amplio sector de la academia comprometido con la justicia penal internacional y a la vanguardia de las tendencias doctrinales al respecto. La combinación de los tres factores descritos, unida a la composición a día de hoy de las Cortes, en las que la mayoría de los Grupos Parlamentarios se han posicionado en contra de la redacción actual de la normativa sobre la justicia universal en España, es más que suficiente para poder afirmar que no nos encontramos ante el fin de la justicia universal en España.

Mientras llega la tan ansiada nueva reforma legislativa, y con ella la coherencia a nuestro sistema de derecho penal internacional, apostemos, como decíamos, por el refuerzo de la cooperación jurídica penal internacional, tanto a nivel regional como a nivel global, y por una mayor formación y especialización de nuestros profesionales jurídicos que, de buen seguro, redundará en una mayor eficacia de nuestra aportación a la lucha contra la impunidad.

Conclusiones

I. Los primeros atisbos de una justicia penal internacional surgieron durante la Edad Media cristiana y bajo la autoridad supraestatal del Papado, tratándose principalmente de normas reguladoras de los conflictos armados dirigidas tanto a los soberanos como a combatientes individuales. El proceso celebrado en Breisach, celebrado en 1474 por un Tribunal compuesto por Jueces de varias nacionalidades, se considera el primer ejemplo de exigencia de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra, mientras que, en los ordenamientos jurídicos que regían las relaciones de las Ciudades-Estado del norte de Italia, encontramos un germen del principio de jurisdicción universal, pues la mera presencia de un presunto responsable de prácticas relacionadas con el bandolerismo otorgaba competencia a la Ciudad-Estado en cuyo territorio se encontrase para el enjuiciamiento del mismo.

Hugo Grocio sentó las bases doctrinales del principio de jurisdicción universal en su obra "De iure Belli ac Pacis", formulando la conocida "ley de solidaridad humana", con base en la cual afirmaba la existencia de una sociedad universal de personas (*societas generis humani*), estando todos los Estados, como componentes de la misma, obligados a juzgar o extraditar a los presuntos responsables de la violación del derecho natural que rige dicha sociedad universal. Sin embargo, la corriente absolutista propia del siglo XVII supuso un estancamiento del desarrollo del derecho penal internacional, siendo uno de los máximos representantes de esta

corriente Cesare Beccaria que, a pesar de compartir la visión universalista idealista de Grocio, rechazó el concepto de jurisdicción universal.

II. Hasta la llegada del siglo XX el principio de jurisdicción universal solo fue aplicado a los delitos de piratería, principalmente por razones pragmáticas relacionadas con la existencia de un interés común en su represión así como en las dificultades de apresamiento de los presuntos responsables en alta mar, aunque el hecho de que solo se castigase a particulares mediante este delito también contribuyó, de buen seguro, a su progresiva aceptación por parte de los Estados. El tráfico de esclavos también presenta cierto interés en relación con el principio de jurisdicción universal por su íntima relación con la piratería. Así, existen interesantes iniciativas bilaterales, como el Tribunal mixto anglo-español de Sierra Leona, que constituye un ejemplo de aplicación del principio de jurisdicción universal al tráfico de esclavos.

Sin embargo, una vez concluida la Primera Guerra Mundial, la sociedad internacional experimenta un cambio de paradigma con la irrupción de los derechos humanos a nivel global. Se reconoce la necesidad de poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales, surgiendo así el derecho penal internacional contemporáneo. El Tratado de Versalles, que puso fin a la contienda, preveía la creación de un Tribunal internacional para el enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II de Hohenzollern, constituyendo el primer instrumento internacional en reconocer la responsabilidad penal individual. Sin embargo, nunca llegó a iniciarse un proceso judicial ante la negativa de Holanda, país en el que se encontraba refugiado, a proceder a su extradición.

Poco tiempo después, el pronunciamiento del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, sobre el caso *Lotus*, en 1926, resulta fundamental por ser la primera vez que una Corte internacional reconocía la validez del principio de jurisdicción universal, afirmando que el Derecho internacional no se opone a la extensión de la jurisdicción penal más allá de las fronteras del Estado.

III. Los juicios celebrados en Núremberg y Tokio tras la Segunda Guerra Mundial constituyen el gran hito del siglo XX en materia de Derecho penal internacional. En sus Estatutos de creación se tipificaron los crímenes internacionales más graves y se reconoció la responsabilidad penal individual por la comisión de los mismos. Sin embargo, estos procesos han sido objeto de numerosas críticas, principalmente relacionadas con la posible vulneración del principio de legalidad y la prohibición de retroactividad de las sanciones penales desfavorables, por

el propio hecho de tratarse de una jurisdicción *ad hoc* y unilateral, así como diversas críticas de tipo técnico.

Las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial también celebraron procesos a través de sus propios órganos judiciales, por ilícitos de menor entidad cometidos contra sus ciudadanos o en su territorio, en aplicación de los principios de Núremberg y Tokio. De entre estos, destacan los celebrados en Alemania en aplicación de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado. Una vez concluidos estos, durante la Guerra Fría, las iniciativas de justicia penal internacional fueron prácticamente inexistentes. De este período solo puede destacarse el proceso seguido contra Adolf Eichmann, antiguo militar nazi detenido ilegalmente en Argentina y trasladado a Israel, donde fue condenado a muerte por la comisión de crímenes de lesa humanidad.

IV. A partir de la década de los 90, la gran innovación en materia de derecho penal internacional ha consistido en la creación de tribunales internacionales de carácter permanente. En 1993 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Este órgano, a pesar de ciertas carencias relacionadas con la falta de cooperación de los Estados involucrados, ha llevado a cabo importantes aportaciones jurisprudenciales, principalmente en materia de derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y torturas. Su sentencia más relevante ha sido la de condena de Radovan Karadzic. Por su parte, el Tribunal Internacional para Ruanda fue creado, también por el Consejo de Seguridad para enjuiciar crímenes contra la humanidad, genocidio e infracciones del derecho internacional humanitario cometidos durante el conflicto que asoló el país, con una jurisdicción temporal limitada al período entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994. Este Tribunal emitió en 1998 la primera Sentencia internacional de condena por un delito de genocidio, con ocasión de la resolución del caso *Ayakesu*. Ambos Tribunales, además de haber contribuido al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos a través de su jurisprudencia, han animado a Fiscales y Jueces instructores en general a abrir sus propios procesos con base en el principio de jurisdicción universal contra personas responsables de haber cometido graves crímenes durante ambos conflictos.

Más adelante, la creación de la Corte Penal Internacional supuso el mayor paso que ha dado la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad de las más graves violaciones de derechos humanos. Con sede permanente en La Haya, tiene jurisdicción para el enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crimen de agresión

cometidos a partir del 17 de julio de 2002. Tiene carácter complementario en relación con las jurisdicciones nacionales, de las que requiere cooperación en todo caso. A pesar de destacar su función codificadora, la vocación de universalidad de este órgano se ve mermada por la falta de ratificación de su Estatuto por parte de un buen número de Estados con amplio historial de comisión de crímenes internacionales.

Por otro lado, los Tribunales mixtos o internacionalizados han surgido durante los últimos años para superar las críticas vertidas hacia los Tribunales de Yugoslavia o Ruanda, concebidos por algunos como imposiciones extranjeras. En estos, la participación de la administración de justicia local es mucho más relevante y, además, ayudan a dotar de estabilidad al sistema nacional en cuestión. Destacan el Tribunal Especial de Sierra Leona, el de Camboya, el de Líbano, los de Timor Leste y Yakarta, el de Bosnia y Herzegovina, el de Irak o las Salas Especiales de Senegal.

V. Entendiendo la jurisdicción como el conjunto de normas relativas a la proyección de las competencias estatales en el espacio, encontramos cuatro principios principales: el principio de territorialidad, el de personalidad, el real o de protección de intereses y el de jurisdicción universal. El principio de territorialidad es aquel que otorga competencia a los Estados para la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos que tienen lugar en su territorio. Se trata del título de atribución de competencia más pacíficamente aceptado, tanto por razones de política criminal como de tipo diplomático. No obstante, este título no resulta suficiente para abarcar el alcance de la jurisdicción penal en el espacio, de ahí la existencia de otros títulos jurisdiccionales.

El principio de personalidad utiliza la nacionalidad, tanto del presunto responsable (principio de personalidad activa), como de la víctima (principio de personalidad pasiva) como criterio de atribución de la competencia. El principio de personalidad activa goza de mayor aceptación, al entenderse como una consecuencia lógica de la soberanía estatal. En cambio, el principio de personalidad pasiva ha sido tradicionalmente objeto de rechazo al estar fundado en cierta desconfianza de los Estados hacia los sistemas de justicia extranjeros. El alcance de este principio debería limitarse a los delitos cometidos en Estados con sistemas jurídicos poco eficaces.

El principio real o de protección de intereses faculta a los Estados a perseguir y enjuiciar aquellos delitos que atentan contra los intereses esenciales del país. El alcance de este título

de jurisdicción se limita a delitos relacionados con la seguridad del Estado o con su sistema económico, goza de una importante aceptación doctrinal y está muy extendido en Derecho comparado.

VI. El principio de jurisdicción universal se justifica en el marco de un proceso general por el que el concepto de soberanía estatal tradicional ha sido matizado por la irrupción de la dignidad humana como eje vertebrador de las relaciones internacionales y por la protección de los derechos humanos como objetivo principal a nivel global.

No existe en el derecho nacional o internacional una definición de alcance general sobre el principio de jurisdicción universal. En cuanto a las definiciones doctrinales, algunas hacen hincapié en la ausencia de puntos de conexión del Estado con los hechos enjuiciados y otras en el propio fundamento de este título de jurisdicción, siendo preferibles los conceptos que aúnan ambas perspectivas. Se propone definir la jurisdicción universal como el título que otorga competencia a los Estados para ejercer su *ius puniendi* al margen de la existencia o no de los nexos de conexión tradicionales (territorio, nacionalidad de la víctima o de los responsables o la afectación de intereses relacionados con la propia soberanía) con base en la especial gravedad de los crímenes objeto de la misma y/o a las dificultades prácticas que conlleva la represión de los mismos en el lugar de su comisión.

La jurisdicción universal no debe confundirse con el principio de juzgar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*), que es la obligación alternativa que tienen los Estados cuando el presunto responsable de un crimen internacional se encuentra en su territorio de proceder al enjuiciamiento de este o bien, conceder su extradición a otro Estado en condiciones para llevar a cabo dicho enjuiciamiento o, a un Tribunal internacional a tal efecto. Esta cláusula se encuentra presente en tantos Tratados internacionales que podría calificarse ya como derecho consuetudinario en su relación con los crímenes internacionales de *ius cogens*. Si bien el principio de jurisdicción universal y el de juzgar o extraditar tienen la misma finalidad, que no es otra que combatir la impunidad de los grandes crímenes internacionales, no son conceptos idénticos sino más bien principios conexos. El principio de juzgar o extraditar es un elemento coordinador entre las diferentes jurisdicciones penales estatales, incluida la jurisdicción universal, mientras que el principio de jurisdicción universal se trata de un criterio de atribución de la jurisdicción.

VII. El principio de jurisdicción universal encuentra su fundamento en la naturaleza de los crímenes que persigue, pues estos atentan contra bienes jurídicos cuyo titular es toda la comunidad internacional, estando facultados, por ello, todos los Estados al enjuiciamiento de los mismos.

Los crímenes internacionales son aquellos que protegen bienes jurídicos de trascendencia supranacional y cuya comisión genera responsabilidad penal individual en las personas responsables de la comisión de los mismos, derivada del propio derecho internacional. Los crímenes internacionales más graves o de *ius cogens* se diferencian de los crímenes meramente transfronterizos en que los primeros revisten carácter de *ius cogens* y, como tales, deben ser perseguidos y enjuiciados por todos los Estados de la comunidad internacional. No obstante, no existe base suficiente para afirmar que la obligación general de perseguir y castigar los crímenes internacionales de *ius cogens* incluya la obligación de hacerlo en virtud del principio de jurisdicción universal, al margen de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra 1949 sobre las infracciones graves del derecho internacional humanitario.

Son crímenes internacionales de *ius cogens* aquellos reconocidos en el ER (el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión) así como la tortura, las desapariciones forzadas, la esclavitud y la piratería, si bien esta última por cuestiones históricas más que por su naturaleza jurídica. Rechazamos la consideración del terrorismo como crimen internacional, a pesar de la importancia de los bienes jurídicos contra los que atenta, fundamentalmente por la falta de consenso a nivel internacional sobre el propio concepto, siempre al margen de su posible calificación como crimen de lesa humanidad, de cumplirse las características del mismo.

VIII. El principio de legalidad en Derecho internacional, más cercano a la tradición jurídica del *Common Law* que a la del *Civil Law*, no exige para su cumplimiento la existencia de una norma escrita con rango de ley que tipifique las conductas prohibidas, estableciendo como requisitos únicos la accesibilidad y previsibilidad de las conductas punibles y sus consecuencias. En cambio, los sistemas de tradición romano germánica, incluido el de España, se atienen a un concepto de ley formal emanada del Parlamento para dar cumplimiento al principio de legalidad.

La tensión entre el principio de legalidad clásico y el Derecho penal internacional, y más en concreto el principio de jurisdicción universal, es resuelta por algunos autores afirmando la internacionalidad del principio de legalidad, significando este fenómeno una cierta flexibilización de este para adecuar el derecho interno a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, si bien la mayor parte de la doctrina penalista española rechaza esta teoría, negando la posibilidad de aplicación del Derecho internacional de forma directa por parte de nuestros Tribunales.

A nuestro parecer, la mejor solución para evitar conflictos entre derecho nacional e internacional pasaría por una correcta adecuación del ordenamiento jurídico interno a las exigencias del derecho internacional, especialmente en lo relativo a la protección de los derechos humanos. No obstante, para evitar eventuales disfunciones, se propone la introducción de una cláusula constitucional de apertura al derecho internacional, dotando así de una mayor legitimidad democrática a la aplicación directa de este en casos de carencias del derecho español que pudieran llevar a una indefensión de las víctimas.

IX. El derecho internacional prohíbe de forma clara las leyes de amnistía si estas favorecen la impunidad de crímenes internacionales de *ius cogens*. Además, las leyes de amnistía sobre los citados crímenes carecerán de efectos jurídicos en terceros Estados, que estarán facultados para juzgar tales delitos con base en el principio de jurisdicción universal. No obstante, las leyes de amnistía sí operan como un verdadero límite del principio de jurisdicción universal en aquellos supuestos en los que un Estado solicita a otro la extradición de una persona acusada de la comisión de crímenes internacionales en el supuesto en que dichos crímenes hubiesen sido amnistiados por el Estado receptor, pudiéndose citar como ejemplo la solicitud de extradición cursada por Argentina, en octubre de 2013, en relación con la querrela tramitada en aquel país en relación con los crímenes del franquismo, denegada por las autoridades españolas.

X. La inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores por razón del cargo se deriva del principio de igualdad soberana de los Estados. Está reconocida en numerosos Tratados internacionales y constituye derecho consuetudinario. Sin embargo, una inmunidad absoluta puede fomentar la impunidad de crímenes internacionales cometidos por autoridades estatales. Por dicho motivo, el tradicional concepto de inmunidad absoluta ha ido evolucionando con el tiempo hacia un concepto más restringido.

La jurisprudencia internacional sobre la inmunidad es muy diversa y contradictoria, destacando en sentido positivo la decisión de la Cámara de los Lores inglesa de 1999, relativa al caso *Pinochet*, que niega la vigencia de este privilegio en relación con la comisión de crímenes internacionales o la Sentencia relativa al caso *Samantar*, procedente de Estados Unidos. Más criticada fue la Sentencia francesa relativa al caso *Gadafi* y, muy especialmente, la Sentencia del TIJ sobre el caso *Yerodia*, de 2003, que declara la validez de la inmunidad de los Jefes de Estado incluso ante la comisión de graves crímenes internacionales, como los crímenes de guerra y los de lesa humanidad, lo que constituye un verdadero límite para el principio de jurisdicción universal.

Los Tribunales españoles también se han pronunciado sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción de Jefes de Estado con ocasión de la resolución de los casos Cuba y Venezuela, reconociendo la inmunidad de los mandatorios de dichos países y negando, por lo tanto, el inicio de procedimientos contra los mismos con base en el principio de jurisdicción universal.

Para salvar las dificultades de compatibilidad entre el principio de inmunidad y el de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, se defiende la distinción entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución, que permitiría a los Tribunales nacionales iniciar un juicio en rebeldía o un procedimiento civil para la reparación de daños a las víctimas y, a la vez, se salvaguardaría la inmunidad de los representantes estatales. De esta forma, además, se trasladaría la responsabilidad del enjuiciamiento al Estado de nacionalidad del presunto responsable a los ojos de la comunidad internacional.

XI. La inmensa mayoría de los Estados de la comunidad internacional reconocen el principio de jurisdicción universal de forma facultativa, si bien resulta muy difícil encontrar países que reconozcan este título de jurisdicción de forma obligatoria y sin el sometimiento a ningún tipo de condición. Si bien durante la década de los años 90 del siglo XX se produjo un movimiento de apertura, liderado por países como Bélgica o España, en la actualidad la tendencia generalizada en derecho comparado es a restringir el ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal.

XII. Alemania constituye, entre los Estados sometidos a estudio, el único ejemplo de jurisdicción universal sin sometimiento a requisitos de conexión entre el crimen internacional y el Estado, si bien en este país el Ministerio Fiscal goza de la facultad de decretar el archivo del

procedimiento si el presunto responsable no se encuentra en Alemania, la víctima no ostenta nacionalidad alemana o ya existe otro procedimiento abierto en otro país o en un Tribunal internacional. Además, desde 2002 Alemania cuenta con un Código de Crímenes de Derecho Internacional que tipifica los delitos del ER y contempla la jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los mismos con independencia de la localización y de la nacionalidad de los presuntos responsables o de la víctima así como del lugar en el que el crimen fue cometido.

La referencia explícita del Código de Crímenes de Derecho Internacional a la suficiencia de la mera naturaleza de los crímenes como requisito para la aplicación del principio de jurisdicción universal parece responder a la tradicional reticencia de los Tribunales alemanes a admitir este título de jurisdicción sin la existencia de un "vínculo relevante" con el país.

Los muy criticados casos *Rumsfeld I y II* constituyeron claros ejemplos de las amplias facultades de las que dispone el Ministerio Fiscal para no iniciar un procedimiento con base en el principio de jurisdicción universal. Sin embargo, no es difícil encontrar ejemplos satisfactorios, como los que supusieron la condena de Ignase Murwanashyaka y Straton Musoni o Rwabukombe por crímenes cometidos en Ruanda.

XIII. En aplicación de la Constitución y legislación penal argentina, que permiten la aplicación del principio de jurisdicción universal sin sometimiento a requisitos como la presencia del acusado o algún otro tipo de vínculo con el país, familiares de represaliados franquistas interpusieron una querrela en 2010 ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 1. En octubre de 2013, y después de varios actos obstaculizadores de las autoridades españolas, la Jueza encargada del caso solicita a España la extradición de los acusados, siendo esta rechazada, apoyándose para ello la AN y el Consejo de Ministros en una supuesta preferencia de la jurisdicción española y en que los hechos, calificados como torturas, ya habrían prescrito según el Código penal de la época. Razonamientos estos que han sido objeto de crítica por parte del Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Pocos años después, una nueva querrela fue admitida a trámite por los Tribunales argentinos en relación con hechos delictivos ocurridos en España, tratándose en concreto de crímenes cometidos por la banda terrorista ETA, si bien calificados como crímenes de lesa humanidad. Como consecuencia de la tramitación de dicha querrela, un Tribunal argentino cursó comisión

rogatoria, cuya tramitación fue rechazada por el JCI núm. 6 de la AN, por Auto de 31 de octubre de 2016.

Existe otra causa de justicia universal actualmente en curso en Argentina dirigida contra dirigentes de la República de China por la comisión de crímenes contra la humanidad contra miembros de Falun Gong, que ha sido archivada y reabierta varias veces por las diferentes instancias judiciales, y cuyo devenir ha transcurrido de forma paralela al procedimiento seguido en España por los mismos hechos y archivado en 2014 en aplicación de la nueva regulación del principio de jurisdicción universal en la LOPJ.

XIV. Bélgica era hasta 2003, junto con España, uno de los pocos países con una regulación del principio de jurisdicción universal de acuerdo con la recomendación de los organismos internacionales en la materia. La Ley de referencia era la Ley relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a sus Protocolos I y II de 8 de junio de 1977, que contemplaba la jurisdicción universal absoluta para los crímenes internacionales más graves. Varios procesos judiciales tuvieron lugar al amparo de dicha Ley, destacando la condena a Higaniro por el genocidio de Ruanda.

La emisión de una orden de arresto contra el antiguo Ministro de Asuntos Exteriores de la RDC, Sr. Yerodia, llevó a Bélgica a un conflicto con este país, que resolvió el Tribunal Internacional de Justicia en favor de la RDC, en una muy criticada Sentencia. El caso Yerodia y otros iniciados contra mandatarios extranjeros de poderosas potencias internacionales, como Estados Unidos e Israel, fueron el detonante para la reforma de la Ley de 1993 llevada a cabo en 2003. Los Tribunales belgas solo son en la actualidad competentes si existe algún punto de conexión directo con Bélgica y además se introducen causas de inadmisibilidad. Desde la entrada en vigor del cambio legislativo la jurisdicción universal en Bélgica se ha convertido en un título meramente residual.

XV. Francia se caracteriza por tener un doble sistema de jurisdicción universal: mientras para conocer de los crímenes de torturas, desapariciones forzadas y los cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda el único requisito es la presencia de los presuntos sospechosos en Francia en el momento del inicio de la investigación, para los demás crímenes contemplados en el ER, es necesario que el presunto responsable resida habitualmente en el país. Para este segundo grupo de delitos, además, los Tribunales franceses han de otorgar preferencia a la

jurisdicción del lugar de comisión de los hechos o bien de la CPI, exigiéndose además la doble tipificación.

Destaca, entre la jurisprudencia francesa en la materia, el caso *Barbie* por sus aportaciones doctrinales así como numerosos procesos por crímenes cometidos en Ruanda, dada la responsabilidad de Francia por dichos sucesos. Además, Francia llevó a cabo el primer proceso de jurisdicción universal civil por el que se ordenó a Karadzic a indemnizar a una familia bosnia por los daños sufridos durante la guerra, incluso antes de haber sido condenado penalmente por el TPI, y también ha iniciado procesos contra personas jurídicas por presunta complicidad en actos de tortura.

XVI. La Ley federal estadounidense relativa a los crímenes de guerra requiere, para que sean competentes los Tribunales nacionales, que el presunto responsable se trate de un miembro de las fuerzas armadas estadounidenses o la víctima del delito nacional de este país. Esta restrictiva regulación no cumple con lo previsto en los Convenios de Ginebra de 1949. En todo caso, si por algo destaca EEUU es por su negativa reiterada a ratificar el ER y, por lo tanto, someterse a la jurisdicción de la CPI, demostrando así que para este país prima el principio de soberanía nacional sobre la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales.

El Estatuto de Reclamación de Agravios contra Extranjeros (*Alien Tort Statute*), de 1789, así como en la Ley de Protección de Víctimas de Torturas (*Torture Victim Protection Act*), de 1991, contienen una cláusula que permite la reclamación civil de daños a particulares que hubieran sufrido bien violaciones del derecho internacional en general o torturas. Los casos de jurisdicción universal civil, seguidos en virtud de estas dos disposiciones, resultan los aspectos más interesantes de la jurisprudencia de Estados Unidos sobre la materia. El caso *Filartiga contra Peña-Irala* fue el primero de varios procesos seguidos en virtud del principio de jurisdicción universal civil contra militares y dirigentes de dictaduras latinoamericanas residentes en Estados Unidos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 17 de abril de 2013, sobre el asunto *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, representa un giro en la jurisprudencia estadounidense sobre jurisdicción universal, al exigir, para la aplicación de este título, con base en el Estatuto de Reclamación de Agravios contra Extranjeros, la existencia de un vínculo con Estados Unidos.

Otra tendencia jurisprudencial estadounidense criticable es la priorizar el derecho migratorio sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

XVII. Países Bajos ha sido un país tradicionalmente reticente a la aplicación del principio de jurisdicción universal e incluso la cláusula de juzgar o extraditar, dada la tradición histórica de su derecho penal.

La nueva Ley holandesa sobre crímenes internacionales, de 2003, contempla la jurisdicción universal de los Tribunales holandeses para el enjuiciamiento de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y tortura, siempre que el presunto responsable se encuentre en los Países Bajos, o el crimen se cometa contra un nacional holandés o bien sea el nacional holandés el presunto autor de los hechos. Si bien en los Países Bajos se han llevado a cabo pocos procedimientos de justicia internacional, destaca que en este país se ha desarrollado el segundo proceso europeo de jurisdicción universal civil por crímenes cometidos en Libia.

XVIII. El Reino Unido también ha sido un Estado históricamente reacio a reconocer el principio de jurisdicción universal, como es propio de los países de la tradición de *Common Law*. Su legislación reconoce este título jurisdiccional para los crímenes de guerra según lo establecido en los Convenios de Ginebra, mientras que para el resto de los delitos reconocidos en el ER es requisito indispensable que el presunto autor sea nacional o residente del Reino Unido.

A pesar del escaso reconocimiento del principio de jurisdicción universal por parte de los Tribunales ingleses, es mundialmente conocida la jurisprudencia emitida por la Cámara de los Lores en el asunto Pinochet, constituyendo el primer caso a nivel mundial de aplicación de jurisdicción universal a un antiguo Jefe de Estado, afirmando de esta forma la inoperatividad de la inmunidad por razón del cargo ante la comisión de crímenes internacionales.

Tras incidentes diplomáticos surgidos a raíz de procedimientos iniciados por particulares contra altos cargos del Gobierno de Israel, una reforma de la legislación inglesa operada en 2011 introdujo el consentimiento de la Fiscalía como requisito obligatorio previo a la emisión de una orden de detención en el marco de investigaciones iniciadas por denuncia de particulares con base en el principio de jurisdicción universal.

XIX. En Senegal, al igual que en el resto de países africanos, el principio de jurisdicción universal ha constituido tradicionalmente un título de atribución de la competencia muy residual. La condena del Tribunal Internacional de Justicia a Senegal por no proceder a la extradición o enjuiciamiento del antiguo Jefe de Estado de Chad, Hissene Habré, propició que este país procediese a la creación de un Tribunal híbrido en colaboración con la Unión Africana. Este no solo es el primer caso de jurisdicción universal en África sino también la primera vez que un Estado condena al Jefe de Estado de otro por la comisión de crímenes internacionales.

XX. Los Tratados internacionales ocupan una posición infraconstitucional en el sistema de fuentes español aunque se encuentran jerárquicamente por encima de las disposiciones con rango de ley. En caso de contradicción entre un Tratado y una norma legal, el primero debe primar sobre la segunda por razones de especialidad. Esto quiere decir que los Tratados internacionales que establezcan foros de competencia para determinados delitos, deberían ser aplicados en España incluso aunque las leyes españolas dispusieran lo contrario.

Según el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, estos instrumentos deben interpretarse de conformidad con el principio de buena fe, el de primacía del texto y el del objeto y fin del Tratado, así como a través de otros medios de interpretación complementarios. En España, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, se remite a las reglas de interpretación del Convenio de Viena. En ocasiones, como es el caso de aquellos instrumentos de derecho penal internacional que no establecen con claridad el foro de competencia de los crímenes que tipifican, resulta crucial la tarea de interpretación de los Tratados internacionales que efectúan los Jueces y Tribunales.

Los Estados incurren en un hecho internacionalmente ilícito cuando incumplen la disposición de un tratado internacional ratificado, no pudiendo invocar una disposición nacional para justificar dicho incumplimiento. En caso de tratados que sancionan graves crímenes internacionales y que prescriben la jurisdicción universal o bien contienen la cláusula de juzgar y extraditar con respecto a los mismos, la inacción de los Estados en cuyo territorio se encontraran los presuntos responsables de la comisión de tales crímenes puede suponer un ilícito internacional.

En caso de contradicción entre un tratado internacional que prevé de forma expresa un foro de competencia y una disposición legislativa interna que no reconoce dicho título de juris-

dicción, podría aplicarse de forma directa la disposición convencional, que ya formaría parte del ordenamiento jurídico español, vía art. 96.1 CE, una vez ratificado por España, siendo por lo tanto la normativa internacional suficiente para otorgar competencia a los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales en cuestión.

XXI. No existe una pauta homogénea entre los tratados que sancionan crímenes internacionales en torno al tema de la jurisdicción. Sólo los Convenios de Ginebra contemplan el principio de jurisdicción universal como una obligación, mientras que la inmensa mayoría de instrumentos internacionales reconocen este título de jurisdicción de forma facultativa, lo que deja al arbitrio de los Estados la regulación del mismo.

No puede afirmarse la existencia de una obligación convencional que contemple la jurisdicción universal para los crímenes contra la humanidad al no haber un tratado internacional que regule esta figura delictiva de forma específica, al margen de lo dispuesto en el ER así como del Convenio Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, que sí contempla la jurisdicción universal con carácter obligatorio.

Los Convenios de Ginebra establecen el principio de jurisdicción universal con carácter obligatorio para las infracciones graves del derecho internacional humanitario, si bien matizado por la cláusula de juzgar o extraditar en caso de que los presuntos responsables de tales delitos se encuentren en el territorio de los Estados Parte y un tercer Estado presente cargos suficientes contra ellos. Esta obligatoriedad de jurisdicción universal solo rige en los conflictos con carácter internacional y no se extiende a las infracciones menos graves.

Ningún tratado internacional habilita a los Estados a la persecución y el enjuiciamiento del crimen de agresión con base en el principio de jurisdicción universal. Este crimen se introdujo en el art. 5 del ER en su redacción inicial, si bien se omitió una definición sobre el mismo. Las enmiendas introducidas al Estatuto tras la Conferencia de Kampala permitirán, una vez entren en vigor, que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su jurisdicción sobre este crimen internacional.

XXII. Tanto la Convención de Ginebra, de 29 de abril de 1958, sobre la Alta Mar como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, contemplan de forma facultativa el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los

delitos de piratería, si bien no existe una obligación convencional que imponga este título de jurisdicción a los Estados. Los instrumentos internacionales que regulan el tráfico de personas y la esclavitud carecen de disposiciones en torno a la jurisdicción universal o bien admiten esta de forma facultativa mediante una cláusula general de no exclusión de ningún tipo de jurisdicción estatal.

La Convención contra la Tortura y la Convención contra las Desapariciones Forzadas establecen, para cada tipo de delitos, con carácter obligatorio, el principio de territorialidad, el principio de personalidad activa y pasiva (con carácter facultativo esta última) así como el principio de juzgar o extraditar, sin excluir cualquier otro tipo de jurisdicción penal de acuerdo con la legislación de cada Estado. El Comité contra la Tortura ha aclarado que la obligación de juzgar o extraditar contenida en la Convención no requiere la existencia de una solicitud de extradición previa por parte de un Estado competente, luego la obligación de enjuiciamiento no estaría en ningún caso condicionada por una eventual solicitud.

No existe un gran tratado internacional de alcance global sobre el fenómeno del terrorismo que incluya unas reglas claras sobre jurisdicción. Atendiendo a los diferentes instrumentos que regulan esta materia puede afirmarse que existe una obligación genérica de perseguir estos delitos, si bien que dicha persecución se base en el principio de jurisdicción universal no constituye una obligación. Sólo en el seno del Consejo de Europa se establece con carácter obligatorio el principio de territorialidad y el de personalidad activa así como la cláusula de juzgar o extraditar. El resto de tratados internacionales no van más allá de la inclusión de una fórmula permisiva de cualquier título jurisdiccional contemplado por las legislaciones internas de los Estados.

El Convenio sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena en 1988, prescribe el principio de territorialidad con carácter obligatorio para los delitos relacionados con el tráfico de drogas. También contiene una cláusula con el principio de juzgar o extraditar pero no dispone nada acerca del principio de jurisdicción universal, al margen de una referencia genérica de admisión de cualquier tipo de jurisdicción estatal.

XXIII. La costumbre internacional se compone, de un lado, por la práctica constante y uniforme y, de otro, por la *opinio iuris* o convicción por parte de los sujetos de Derecho internacional de que se trata de una práctica obligatoria jurídicamente. Desde esta perspectiva, pode-

mos afirmar que no existe una práctica estatal constante y uniforme sobre el principio de jurisdicción universal, ni a nivel legislativo ni a nivel judicial. Muy pocos Estados contemplan el principio de jurisdicción universal para crímenes de primer grado sin sometimiento a limitaciones y, además, la tendencia parece a día de hoy restrictiva. Por otro lado sí existe, en el seno de la comunidad internacional, una convicción general de obligatoriedad de perseguir y sancionar los crímenes internacionales más graves, derivada del carácter de *ius cogens* de la prohibición de comisión de dichos delitos y exteriorizada en Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sin embargo, nada apunta a que tal deber deba materializarse con carácter obligatorio a través de la jurisdicción universal, que en general se contempla como una mera facultad de los Estados. En conclusión, el principio de jurisdicción universal no constituye, a día de hoy, Derecho internacional consuetudinario.

Al margen de lo anterior, según el derecho internacional, el derecho consuetudinario se integra en los ordenamientos nacionales de los Estados desde su cristalización. Sin embargo, en caso de existir una costumbre internacional que impusiera el enjuiciamiento de delitos con base en un determinado título de jurisdicción, sería necesaria en España una norma interna habilitadora para que dicha obligación de enjuiciamiento surtiese efectos, dadas las exigencias del principio de legalidad de nuestro ordenamiento.

XXIV. El principio de jurisdicción universal fue reflejado por vez primera en la legislación española en el artículo 336 de la LOPJ 1870, si bien este precepto confundía la justicia universal con el principio de protección real o de intereses. Una vez promulgada la actual LOPJ, en 1985, los diferentes apartados de su art. 23 reconocían —según su primera versión— los principales títulos de jurisdicción: el principio de territorialidad, el de personalidad activa, el de protección de intereses y, por último, el apartado cuarto plasmaba el principio de jurisdicción universal. Este art. 23.4 LOPJ consagraba en su redacción inicial, un principio de jurisdicción universal puro, sin sometimiento a la existencia de ningún vínculo de conexión con España ni requerimiento de la presencia del acusado para el inicio de la investigación penal, como reconoció el TC en su célebre STC 327/2003 relativa al caso *Guatemala*.

Este precepto incluía un elenco de delitos de diferente naturaleza, comprendiendo tanto crímenes de *ius cogens* como delitos de carácter transfronterizo. Sin embargo, carecía de una mención a los crímenes de guerra ni a los crímenes de lesa humanidad, que aún no estaban tipificados en nuestro CP. El precepto concluía con una cláusula por la que los Tribunales

españoles debían perseguir también los delitos así contemplados por instrumentos internacionales ratificados por España, que ha sido objeto de diferentes interpretaciones tanto por parte de la doctrina científica como por parte de la jurisprudencia.

Hasta 2009, la redacción del art. 23.4 LOPJ solo fue modificada en tres ocasiones para la introducción de nuevas figuras delictivas en su ámbito de aplicación, fruto de los nuevos compromisos internacionales de España. En 1999 se añadió una mención a los delitos de prostitución y corrupción de menores y en 2007, al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. Destaca entre estas dos añadiduras la que tuvo lugar en 2005 en relación con el delito de mutilación genital femenina, pues para este hecho delictivo concreto se añadió como requisito que los presuntos responsables se encontraran en España. Esta limitación no solo es digna de mención por ser la primera vez que se imponía al principio de justicia universal un requisito ajeno a la naturaleza de los crímenes, sino porque además supone, a todas luces, una inadmisibles discriminación por razón de género.

XXV. Las primeras actuaciones jurisprudenciales en España en aplicación del art. 23.4 LOPJ fueron las provenientes de países latinoamericanos, destacando los casos Pinochet y Guatemala, que contaron con una gran repercusión a nivel mundial así como un recorrido procesal muy marcado y que convirtieron a nuestro país en un referente a nivel mundial en la aplicación de la jurisdicción universal a los crímenes internacionales. Con posterioridad, el inicio de otros procedimientos relacionados con grandes potencias, como Estados Unidos y China, acarrearía serios problemas diplomáticos que, más adelante, derivarían en las sucesivas restricciones de la jurisdicción universal por vía legislativa.

El caso *Pinochet*, si bien no concluyó de la forma esperada, supuso un hito en la historia del derecho penal internacional y, más en concreto, de la jurisdicción universal. Los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 de la AN contienen importante doctrina sobre la materia, no solamente en relación con la cuestión competencial sino también sobre el propio contenido de tipos delictivos de enorme trascendencia, como es el caso del delito de genocidio. En relación con el caso, destaca el informe del Ministerio Fiscal, conocido como "Informe Fungairiño", sobre la competencia española en los casos Argentina y Chile, que refleja fielmente la posición constante de la Fiscalía en torno al principio de jurisdicción universal, caracterizada por una oposición frontal a la extensión extraterritorial de la jurisdicción española que no ha sido acorde ya no solo con la normativa internacional en la materia sino con la propia LOPJ en su redacción inicial.

Por otro lado, los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN presentan una gran importancia por las reflexiones doctrinales que contienen sobre el alcance del art. 6 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el propio contenido de este delito, así como de los delitos de terrorismo y torturas, la aplicabilidad del art. 23.4 LOPJ con carácter retroactivo y la incidencia del principio de cosa juzgada.

XXVI. La AN cambia de criterio a raíz del Auto de 13 de diciembre de 2000, por el que inadmite a trámite el caso *Guatemala*, apoyándose en un supuesto principio de subsidiariedad de los Tribunales españoles para actuar con base en el principio de jurisdicción universal así como a la presunción de la capacidad de la justicia guatemalteca para proceder al enjuiciamiento de los hechos. El TS, mediante la STS 327/2003, rechaza la interpretación de la AN sobre el caso por la que se deducía la subsidiariedad de la jurisdicción española, negando, además, que correspondiese a los Tribunales españoles juzgar la capacidad de administrar justicia de otros países. Sin embargo, el TS impone, para apreciar la competencia de los Tribunales españoles sobre delitos de comisión extraterritorial, un requisito no previsto en el art. 23.4 LOPJ: la existencia de un vínculo de conexión con España. Más adelante, la STC 237/2005, de 26 de septiembre, también sobre el caso *Guatemala*, marca el inicio de las desavenencias entre el TS y el TC. La STC 237/2005 declara el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, tal como estaba previsto en el art. 23.4 LOPJ, y rechaza, pues, la introducción del requisito del vínculo de conexión por vía jurisprudencial, si bien deja abierta la puerta a una limitación del principio por vía legislativa.

Incluso tras la Sentencia del TC relativa al caso *Guatemala*, la AN continuó siendo reacia a reconocer el carácter ilimitado de este principio, introduciendo un nuevo requisito, por Acuerdo no jurisdiccional, de 3 de noviembre de 2005, relacionado con un supuesto abuso de derecho por la lejanía de los hechos denunciados con el Estado español. Por su parte, el TS, a pesar de la literalidad del art. 23.4 LOPJ en su redacción de 1985 e incluso del sentido otorgado al mismo por el Tribunal Constitucional, parecía apuntar a la introducción de puntos de conexión con España como requisito habilitante del principio de jurisdicción universal así como al criterio de subsidiariedad de la jurisdicción en casos de concurrencia con jurisdicciones extranjeras.

XXVII. La única condena en España por la comisión de crímenes internacionales ha sido la relativa al caso *Scilingo*. La primera Sentencia, procedente de la AN, fue objeto de numerosas críticas doctrinales relacionadas, principalmente, con la calificación jurídica de los hechos así

como con la interpretación efectuada sobre el principio de legalidad internacional. En efecto, esta Resolución condena unos hechos delictivos ocurridos en Argentina 30 años atrás, con base en un tipo penal incorporado a la legislación española en 2004. De esta forma, la Sala se acoge a un concepto del principio de legalidad propio del derecho internacional pero incompatible con el principio de legalidad formal característico de la tradición jurídica española, reflejando así las tensiones entre la doctrina penalista y la internacionalista sobre este tema. A pesar de estas críticas justificadas, no puede negarse la importancia de la Sentencia de la AN sobre el caso *Scilingo*, dadas las interesantes e innovadoras reflexiones que expone sobre el derecho penal internacional y la descripción exhaustiva que contiene de los crímenes cometidos durante la dictadura argentina.

Con posterioridad, el TS, por STS 798/2007, de 1 de octubre, rechaza la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario que había sido defendida previamente por la AN, como también rechaza la aplicación del art. 607 CP bis a hechos posteriores a su entrada en vigor, a pesar de tener en cuenta, ilógicamente, la figura delictiva de los crímenes de lesa humanidad para aceptar el enjuiciamiento de los hechos delictivos con base en el principio de jurisdicción universal.

XXVIII. La tramitación del caso *Couso* durante su primera época estuvo marcada por los desencuentros entre el Juzgado Central encargado de su instrucción y la Sala de lo Penal de la AN acerca de la apreciación del carácter delictivo de los hechos denunciados y, en concreto, en el carácter doloso de los mismos. Si bien el Juez de Instrucción mantenía la presunta comisión de un crimen de guerra del art. 611.1 CP en relación con el art. 608.3 CP, la Sala, por el contrario, entendía que no existía delito al no apreciar la intencionalidad requerida por el mismo en el ataque al Hotel Palestina.

En la misma época, la primera querrela relativa al caso *Falun Gong* fue rechazada tanto por la AN como por el TS, en aplicación del principio de subsidiariedad de la jurisdicción española propio de la doctrina del caso *Scilingo*. Tuvo que pronunciarse al respecto el TC, recordando en su STC 227/2007, en la línea de la postura mantenida respecto al caso *Guatemala*, el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal. Las otras cuatro querrelas por hechos similares fueron admitidas a trámite, una vez emitida la STC 227/2007, a pesar de las críticas del TS sobre esta posición, también plasmadas en su STS 645/2006, de 20 de junio.

Puede afirmarse, con carácter general, que la jurisprudencia española de aquellos años asumió, en general, un criterio de subsidiariedad de la jurisdicción española, contrario al derecho internacional tal como está plasmado en el ER, así como una gran resistencia a admitir a trámite casos sin un claro vínculo de conexión con el Estado español.

XXIX. La LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional regula los órganos estatales que son competentes para materializar la cooperación de España con la CPI y el procedimiento que debe regir en dichas relaciones de cooperación. Destaca el papel excesivamente preponderante que otorga al Ministerio de Justicia a la hora de articular las relaciones de cooperación con la CPI, impidiendo la relación directa de los órganos judiciales españoles con dicho Tribunal internacional.

El aspecto más criticable de la LO 18/2003 es el principio de subsidiariedad de la jurisdicción española en relación con la de la CPI que establecen sus arts. 7 y 8. Esta regulación es contraria al ER, cuyo art. 1 claramente determina que la competencia para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales por este contemplados corresponde con carácter prioritario a los Tribunales nacionales, actuando la CPI solo en el caso de que las jurisdicciones nacionales no puedan o no quieran encargarse del enjuiciamiento en cuestión. La LO 18/2003 supuso, pues, la primera limitación del principio de jurisdicción universal operada por vía legislativa, antes de la llegada de las reformas de 2009 y 2014.

XXX. Los años inmediatamente anteriores a la reforma de 2009 estuvieron marcados por el inicio de nuevos procedimientos como los relativos al caso *vuelos de la CIA*, el del *genocidio en Sahara* o los de *Ruanda*, caso *Ignacio Ellacuría* y caso *Mauthausen*, si bien en todos ellos existían vínculos de variados tipos con España —el vuelo de la CIA investigado hizo escala en Palma de Mallorca, los vínculos territoriales con el Sahara son innegables y, en cuanto al resto de casos, la investigación se ciñó a las víctimas españolas—. No obstante, los Tribunales españoles seguían otorgando preferencia a los países de comisión de los hechos o de la nacionalidad de los autores, como quedó patente en las inadmisiones de los casos *Atenco* y *Gaza*.

El caso *Tíbet* siguió un recorrido procesal muy similar al caso *Falun Gong*, pues este también fue inadmitido a trámite y posteriormente admitido en aplicación de la doctrina constitucional al respecto. Destaca el caso *Tíbet* por ser el primero en el que la AN aplicaba el "test de racionalidad" anunciado en su Acuerdo no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, entendiendo este

como una verificación de la inexistencia de un abuso de derecho más que la mera lejanía física de los hechos denunciados con España.

El TS si bien aceptó la jurisprudencia constitucional sobre el principio de jurisdicción universal, nunca ha dejado de manifestar la necesidad de limitar esta herramienta procesal, habiendo llegado incluso a mencionar la necesidad de valorar la pertinencia política de iniciar ciertos procedimientos judiciales, como ocurrió en la STS 1.240/2006, de 11 de diciembre, relativa al caso *Couso*, en la que reconoce la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre los hechos denunciados, corrigiendo así la previa decisión de la AN que había ordenado el archivo de las actuaciones por no apreciar delito en estos.

XXXI. La reforma de 2009 vino a plasmar la postura jurisprudencial del TS sobre el principio de jurisdicción universal, tendente a la introducción de límites a esta herramienta procesal y a combatir, en consecuencia, la doctrina constitucional del caso Guatemala. El proceso legislativo que llevó a su aprobación no siguió el cauce ordinario. Su tramitación solo duró 5 meses y fue presentada como una enmienda a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

La versión del art. 23.4 LOPJ de 2009 incluyó acertadamente los crímenes de lesa humanidad pero omitió los crímenes de guerra en el listado de delitos susceptibles de ser enjuiciados con base en el principio de jurisdicción universal. Además, llevó a cabo dos modificaciones del precepto de gran calado: la introducción de puntos de conexión con España y la consagración del principio de subsidiariedad de los Tribunales españoles con respecto a otros órganos judiciales competentes.

En cuanto a los puntos de conexión requeridos por el legislador de 2009, el primero de ellos consistía en la necesaria presencia del acusado en territorio español, requisito este innecesario porque, si bien nuestra legislación procesal impide la celebración de juicios *in absentia*, no tendría por qué entorpecerse una investigación judicial que pueda tender, precisamente, a la averiguación del paradero de un presunto responsable de crímenes internacionales que, además, podría ser llevado a disposición judicial mediante el recurso a medios de cooperación judicial internacional. En lo que se refiere a la exigencia de la existencia de víctimas de nacionalidad española, este requisito se trató en realidad de la introducción del principio de personalidad pasiva en nuestra legislación bajo la errada fórmula de la justicia universal. El "vínculo de

conexión relevante" con España, por su parte, se trata de un concepto demasiado indeterminado, que ha dado lugar a diferentes interpretaciones en sede judicial y que, además, se acerca más al principio de protección real que al universal. En todo caso, cualquier introducción de requisitos ajenos a la propia naturaleza de los crímenes internacionales es contraria al fundamento del principio de jurisdicción universal y supone, pues, una desnaturalización del mismo.

La reforma de 2009 consagra el principio de subsidiariedad de los Tribunales españoles en relación con Tribunales de otros Estados u órganos judiciales internacionales. Este principio de subsidiariedad es contrario a la naturaleza del principio de jurisdicción universal, que debe regirse por el principio de concurrencia. Por otro lado, impone dificultades prácticas a los Tribunales españoles a la hora de verificar la verdadera intención de iniciar un proceso penal por parte de otros países, que puede llegar a afectar a nuestras relaciones diplomáticas.

XXXII. La reforma de 2009 fue ampliamente criticada por organizaciones de derechos humanos así como por la doctrina científica. Las verdaderas razones del cambio legislativo, no expresadas en la EM, parecieron responder más bien a razonamientos diplomáticos que a razonamientos jurídicos, pues la modificación coincidió en el tiempo con determinadas investigaciones iniciadas en las que grandes potencias, como Estados Unidos, China o Israel, estaban implicadas.

Sin embargo, la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ en 2009 no generó consecuencias muy drásticas de forma inmediata, pues solo tres procedimientos en trámite fueron archivados: *Birmania*, *entramado jurídico de Guantánamo* y la segunda querrela relativa al caso *Tibet*. El resto de procesos continuaron su tramitación o incluso se iniciaron algunos nuevos, con base en la nacionalidad española de las víctimas o de los imputados o bien por la apreciación por parte de los órganos judiciales de un "vínculo de conexión con España" del caso en cuestión.

XXXIII. La reforma del principio de jurisdicción universal de 2014 también fue incorporada a nuestro ordenamiento por un cauce legislativo inusual, excepcionalmente rápido y que excluyó cualquier debate parlamentario en relación con la proposición presentada por el Gobierno. Si bien la EM de la LO 1/2014 justifica la reforma legislativa llevada a cabo en la necesidad de adaptar la normativa española a los compromisos internacionales, en realidad la nueva confi-

guración del principio de jurisdicción universal parece más bien alejarse de las recomendaciones de organismos internacionales en la materia.

El nuevo art. 23.4 LOPJ amplía el número de delitos expresamente mencionados en el precepto, ahondando en la confusión entre crímenes internacionales y delitos de mero carácter transfronterizo. Se establece un régimen dual, asignando diferentes requisitos de legitimación, tanto activa como pasiva, para el ejercicio de la jurisdicción universal en función del delito de que se trate, que puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de determinadas víctimas en relación con el derecho a no sufrir discriminación. Desaparece la referencia a la "conexión relevante con España" como posible punto de conexión y solo se admite la jurisdicción de los Tribunales españoles en otros supuestos cuando un Tratado internacional suscrito por España así lo determine con carácter obligatorio.

La configuración del principio de juzgar o extraditar que efectúa el nuevo art. 23.4 LOPJ, en virtud de la cual solo habría competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de crímenes cometidos fuera del territorio nacional en caso de encontrarse en España los presuntos responsables si existiese una solicitud de extradición procedente de un tercer Estado y esta se hubiese denegado, es contraria al derecho internacional. Tanto el Comité contra la Tortura como el TIJ se han pronunciado a este respecto en relación con los crímenes de tortura, afirmando que la obligación de juzgar contenida en el Convenio no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición, como ocurre en la legislación española.

Por otro lado, como ya ocurrió en 2009, el legislador de 2014 vuelve a malinterpretar el principio de subsidiariedad que debe regir las relaciones entre la CPI y los Tribunales nacionales, excluyendo la competencia de los Tribunales españoles cuando se haya iniciado un procedimiento ante la CPI o ante el Tribunal del lugar de comisión de los hechos o de la nacionalidad de la persona imputada. Teniendo en cuenta el principio de complementariedad previsto en el ER así como en la propia LO 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que también reconoce la complementariedad en las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, no se comprende por qué tanto la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de Diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, como las reformas de 2009 y de 2014 insisten en interpretar la relación entre la CPI y la jurisdicción española de una manera tan desafortunada.

XXXIV. El nuevo art. 23.5, en su redacción tras la reforma de 2014, introduce un procedimiento de verificación de la efectividad de procesos iniciados en terceros país que, como novedad, debe ser resuelto por la Sala Segunda del TS y no por la AN, como venía haciéndose con anterioridad. Expone también el precepto los extremos que debe verificar el TS para pronunciarse sobre la efectividad de los procesos extranjeros, de forma idéntica a la literalidad del art. 17 ERCPI. La plasmación de estos criterios puede resultar innecesaria en una LOPJ y, en todo caso, no evita las dificultades de índole práctico a las que se enfrenta el TS para verificar la efectividad de estos procesos en terceros Estados.

El apartado sexto del art. 23, por su parte, excluye la investigación de oficio de crímenes internacionales objeto del principio de jurisdicción universal y también impide la acción popular, de forma que una investigación judicial en España por este tipo de delitos solo podrá iniciarse por querrela del agraviado o denuncia del Ministerio Fiscal, dejando vedada la posibilidad de que organizaciones de derechos humanos o de víctimas promuevan este tipo de procesos, como tantas veces ha ocurrido en el pasado.

La Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2014 ordenaba el sobreseimiento automático de las causas que en el momento de entrada en vigor de la misma estaban en tramitación hasta que no se acreditase el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella en una más que posible vulneración del art. 117 CE tanto en su apartado 1, que consagra la independencia judicial, como en su apartado 3, referido al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

XXXV. El vigente art. 23 LOPJ no es acorde con el fundamento de la jurisdicción universal, según el cual, recordemos, el único vínculo de conexión entre el Estado y los hemos enjuiciados ha de residir en la especial gravedad de los mismos. Esta regulación desoye las recomendaciones doctrinales y de organismos internacionales en la materia, incluso siendo posible que conlleve el incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales impuestas a España. En concreto, nos referimos a los Convenios de Ginebra que, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia internacional, establecen el principio de jurisdicción universal con carácter obligatorio para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra. Este incumplimiento de unos Tratados internacionales suscritos por España que, además, constituyen derecho consuetudinario, debe ser reparado lo antes posible por vía legislativa.

XXXVI. La confusa redacción del nuevo art. 23.4 LOPJ ha dado lugar a resoluciones judiciales contradictorias sobre la aplicación de este entre la AN y el TS desde la misma entrada en

vigor de la nueva normativa, destacando especialmente las diferencias entre ambos Tribunales en relación con el apresamiento en alta mar de buques dedicados al narcotráfico. Si bien al inicio se detectó cierta resistencia a la aplicación del nuevo texto legislativo por parte de algunos Juzgados Centrales de Instrucción, especialmente en lo referido a la Disposición Transitoria Única, que ordenaba el archivo automático de los procedimientos judiciales, la entrada en vigor de la reforma supuso el archivo de varios procesos judiciales en curso ante la AN, al no concurrir en ellos los nuevos requisitos previstos: casos *Tíbet*, *Falun Gong*, *Couso*, *Flotilla de la Libertad*, *refugiados iraníes*, *Ruanda*, *Guantánamo* y *Mauthausen*. Sin embargo, continuaron abiertos los procedimientos relativos a los casos *contra el Polisario y Sáhara* con base en el principio de territorialidad, al considerar que España sigue siendo la Potencia Administradora de ese territorio, así como los casos *Ignacio Ellacuría y Guatemala*, ante la nacionalidad española de la víctima —si bien solo por los delitos de terrorismo—, así como el caso *Carmelo Soria*, al haber acreditado la Sala Segunda del TS la inexistencia de una investigación efectiva de los hechos en Chile.

XXXVII. La incertidumbre sobre la posibilidad real de que en un futuro próximo la actual redacción del art. 23.4 LOPJ sea derogada lleva a plantearse alternativas con las que tratar de paliar los efectos nocivos de esta, constituyendo la principal de ellas la apuesta por una CPI de alcance verdaderamente universal y por una fuerte cooperación interestatal.

En el ámbito europeo deben potenciarse tanto la Red de Puntos de Contacto con respecto a personas responsables de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, como la unidad especializada, en el marco de Europol, para la lucha contra los crímenes de guerra, el genocidio y otros delitos contra la humanidad. Estas excelentes iniciativas deben seguir siendo desarrolladas, mientras que de forma paralela deberían crearse estructuras parecidas de ámbito mundial.

En el plano nacional, se propone la creación de una unidad especializada, al estilo de las que ya existen en otros países de nuestro entorno, compuesta por profesionales del sector jurídico y también de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, debidamente formados en derecho penal internacional y de los derechos humanos. Dicha unidad se encargaría de las investigaciones de crímenes internacionales en coordinación con la CPI, con otros Tribunales internacionales y con Tribunales de terceros Estados y supondría el inicio de la recuperación del Estado español como garante de los derechos humanos en el ámbito internacional y como referente en la lucha contra la impunidad.

XXXVIII. No nos encontramos ante el fin del principio de jurisdicción en España. La posibilidad de que el texto legislativo actualmente en vigor sea derogado y sustituido por otro más respetuoso con el fundamento de la jurisdicción universal y con el derecho internacional sobre la materia no parece inmediata a día de hoy pero sí factible a medio plazo. A la composición parlamentaria actual debe sumarse la posición de las organizaciones de derechos humanos, la de la mayor parte de la doctrina e incluso la de los propios Tribunales españoles, que desde el inicio se han mostrado críticos con la legislación vigente y que tradicionalmente han mostrado una considerable sensibilidad hacia el derecho penal internacional y la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. En tanto no se produzca el esperado cambio legislativo, la solución a corto plazo debe orientarse a reforzar la cooperación jurídica penal internacional y a apostar por la formación de los operadores jurídicos españoles en derecho penal internacional y derechos humanos.

Anexo 1
El art. 23.4 LOPJ
en sus diferentes versiones

Art. 23 LOPJ en la redacción original de la LO 6/1985, de 1 de julio

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
 - b) Terrorismo.
 - c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
 - d) Falsificación de moneda extranjera.
 - e) Los relativos a la prostitución.
 - f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
 - g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.
5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

Art. 23 LOPJ con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Falsificación de moneda extranjera.

e) Los delitos relativos a la prostitución y *los de corrupción de menores o incapaces*. (Cursivas propias).

f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

Artículo 23 LOPJ con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncié o interponga querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio.

- b) Terrorismo.
 - c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
 - d) Falsificación de moneda extranjera.
 - e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
 - f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
 - g) *Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*
(Cursivas propias).
 - h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.
5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

Artículo 23 LOPJ con las modificaciones introducidas por la LO 1/2009, de 3 de noviembre

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.
2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:
 - a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
 - b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
 - c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y *lesa humanidad*.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, *en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos*, deba ser perseguido en España. (cursivas propias).

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

- 5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.

Art. 23 LOPJ con las modificaciones introducidas por la LO 1/2014, de 13 de marzo

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos *cuando se cumplan las condiciones expresadas*:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1o. el procedimiento se dirija contra un español; o,

2o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1o. el procedimiento se dirija contra un español; o,

2o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1o. el procedimiento se dirija contra un español;

2o. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3o. el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5o. el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6o. el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7o. el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8o. el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

1o. el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,

2o. el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1o. el procedimiento se dirija contra un español; o,

2o. cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

1o. el procedimiento se dirija contra un español;

2o. el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3o. el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4o. el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1o. el procedimiento se dirija contra un español;

2o. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3o. el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

1o. el procedimiento se dirija contra un español;

2o. el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3o. el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4o. el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1o. el procedimiento se dirija contra un español;

2o. el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3o. el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4o. el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1o. el procedimiento se dirija contra un español;

2o. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3o. el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4o. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5o. el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1o. la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2o. se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2a. del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

Anexo 2
Ley Orgánica 18/2003,
de 10 de diciembre, de Cooperación
con la Corte Penal Internacional

Exposición de motivos

En virtud de la autorización concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, España ratificó, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Dicho Estatuto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su artículo 126, el 1 de julio de 2002.

La estructura de esta ley, comparable a la que se siguió en la Ley Orgánica 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, y en la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, parte del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto de Roma, en condiciones de positividad que permiten su aplicación directa por los tribunales, en aquellos sistemas como el español, en los que los tratados pueden ser aplicados directamente cuando el contenido material de la norma internacional así lo permita.

En lógico desarrollo de ese planteamiento, la ley solo regula aquellos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto, evitando reproducir preceptos de este que serían redundantes.

En el ámbito de las fuentes, se contemplan lógicamente, además del propio Estatuto y de esta ley, las demás leyes españolas aplicables, en lo que no esté regulado expresamente por ella. Además, habrán de

tenerse en cuenta los acuerdos que puedan celebrarse entre España y la Corte, así como, en aquello que sea pertinente, las reglas de procedimiento y prueba de la Corte, que habrán de ser objeto de publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

La ley regula con particular cuidado el llamado "mecanismo de activación", a través de la denuncia por España de una situación que podría ser de la competencia de la Corte, configurándose como una competencia exclusiva del Gobierno en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior.

La ley pone particular cuidado en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los tribunales españoles, estableciéndose el deber del Ejecutivo de sostener la competencia española cuando esta ha sido ejercida o se está ejerciendo, pero se establece un matiz o gradación en los deberes del Ejecutivo, inspirado en reciente doctrina tanto de la Sala Segunda como de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en orden al deber de recurrir o la facultad de hacerlo ante órganos judiciales externos. Cuando la causa se halla en un estadio inicial, en el momento procesal en que el Fiscal de la Corte reclama la competencia, el Gobierno tiene el deber de recurrir ante la Sala de Cuestiones Preliminares, pero cuando esta ya se ha pronunciado sosteniendo la competencia de la Corte, el Gobierno tiene la facultad de apreciar soberanamente si se aquieta a esta decisión o interpone recurso ante la Sala de Apelaciones.

Un elemento significativo de esta ley es la entrega a la Corte de una persona reclamada por la misma, que resulta imprescindible, pues el Estatuto no permite dictar sentencias en rebeldía. Los preceptos del Estatuto y de las reglas de procedimiento y prueba son muy minuciosos y concordantes con el derecho interno español, por lo que esta ley solo introduce los adecuados complementos.

El aspecto más significativo se refiere al principio general que establece el Estatuto acerca de la obligatoriedad de decretar la prisión provisional, siendo excepción la libertad provisional, aunque no se establece un automatismo riguroso eliminando por completo la facultad de apreciación por el juez interno, sino solamente que examine y valore las recomendaciones de la Corte, tal y como establece el artículo 59.4 del Estatuto. En orden a la entrega a la Corte, la característica principal es la limitación de los motivos de denegación de la solicitud, apartándose de los modelos clásicos en materia de extradición, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, pueda efectuar la Corte.

Junto al núcleo básico de la cooperación, constituido por la entrega a la Corte, la ley regula también diversos aspectos del auxilio judicial internacional, aunque teniendo en cuenta la precisión del Estatuto en la regulación de una variada tipología de comisiones rogatorias y otras formas de cooperación, ha parecido suficiente prever en la norma interna española mínimos complementos procesales.

La ejecución de las sentencias de la Corte, tanto en cuanto a las penas principales como en cuanto a las consecuencias accesorias y la reparación a las víctimas, es también objeto de regulación y, siguiendo la

misma técnica legislativa, se introducen desarrollos normativos mínimos, siendo aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte. En lo que concierne a las penas privativas de libertad, España ha formulado al ratificar el Estatuto una declaración expresando la disposición a recibir en España personas condenadas por la Corte, para cumplimiento de la condena, bajo determinados límites temporales, de acuerdo con la habilitación concedida por la disposición adicional única de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

En el plano orgánico, se mantiene la competencia de la Audiencia Nacional para la cooperación pasiva concerniente a la entrega a la Corte, siendo competentes los restantes órganos judiciales, sea para la cooperación activa, sea para ciertos aspectos de la pasiva, como son las comisiones rogatorias, actos de notificación y otras formas de cooperación. En el orden político y administrativo, el Ministerio de Justicia es el órgano de relación con la Corte, sin perjuicio de tener que contar con el criterio del Ministerio de Asuntos Exteriores en los asuntos de su competencia.

La competencia para la entrega se residencia en el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, con un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal, con motivos tasados, tal y como está previsto en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el procedimiento abreviado. A diferencia del modelo que inspira la Ley de Extradición Pasiva de 1985, la intervención del Poder Ejecutivo es reducida, judicializándose todo el sistema y eliminándose las llamadas fases gubernativas, y dentro de esta fase judicial ahora única, se reducen los motivos de oposición a la solicitud de entrega.

Artículo 1. Objeto y fuentes jurídicas.

El objeto de esta ley orgánica es regular las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 -en lo sucesivo, el Estatuto y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencias a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias en la medida en que estas resulten pertinentes, en particular las reglas de procedimiento y prueba, así como en los acuerdos específicos de cooperación que España pueda celebrar con la Corte.

Con carácter supletorio a esta ley se aplicarán las normas orgánicas y procesales de aplicación general.

Artículo 2. De la cooperación pasiva.

España prestará plena cooperación a la Corte Penal Internacional -en lo sucesivo, la Corte- de conformidad con lo prevenido en el Estatuto y en especial en su artículo 86.

Artículo 3. De la cooperación activa.

Los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal podrán dirigir, por conducto del Ministerio de Justicia, solicitudes de cooperación a la Corte que se consideren necesarias en el marco de un proceso que se siguiere en España y en los casos y condiciones que establece el artículo 93.10 del Estatuto.

Artículo 4. De las autoridades competentes.

Son autoridades competentes para la aplicación de esta ley:

- a) El Gobierno.
- b) El Ministerio de Justicia.
- c) El Ministerio de Asuntos Exteriores, en los casos previstos en esta ley, y, en todo caso, cuando intervinieran factores de política exterior.
- d) El Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior, cuando el acto de cooperación afecte a sus competencias.
- e) Los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria y, en particular, la Audiencia Nacional.
- f) Los órganos judiciales militares y, en particular, el Tribunal Militar Central.
- g) El Ministerio Fiscal.

Artículo 5. De la representación y defensa procesal.

1. La representación y defensa en juicio de España ante los órganos de la Corte corresponderá a los Abogados del Estado integrados en la Abogacía General del Estado y de acuerdo con las instrucciones impartidas conjuntamente, en cada caso, por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Exteriores. En los supuestos en que el procedimiento afecte a materias propias de algún departamento ministerial, se oír a este antes de impartir las citadas instrucciones.

2. El Gobierno, por motivos excepcionales y oído el Abogado General del Estado, podrá acordar que una persona, especialmente designada al efecto, actúe como agente de España en un determinado procedimiento ante los órganos de la Corte. La persona designada por el Gobierno asumirá en el desempeño de sus servicios las funciones de Abogado del Estado y se ajustará a las disposiciones que regulan el ejercicio de dichas funciones.

Artículo 6. De los órganos de relación y consulta con la Corte.

1. El Ministerio de Justicia es el único órgano de relación entre la Corte, por un lado, y los órganos judiciales y Ministerio Fiscal, por otro, sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores.

2. El Ministerio de Justicia es también el órgano de consulta con la Corte en los casos previstos en el Estatuto, debiendo informar previamente de cada consulta al Ministerio de Asuntos Exteriores. En el supuesto de que la consulta afecte a materias propias del ámbito competencial de los Ministerios del Interior o Defensa, recabará el informe de estos departamentos.

Cuando la consulta incluya, a juicio del Ministerio de Asuntos Exteriores, aspectos de política exterior, será este el competente, en coordinación con el Ministerio de Justicia y, en su caso, con otros ministerios concernidos.

Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte.

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo a), y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.a.) del Estatuto.

2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

Artículo 8. Del requerimiento de inhibición al Fiscal de la Corte.

1. Recibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al artículo 18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la

nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los tribunales españoles.

2. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado apareciera que se ha ejercido jurisdicción en España, se está ejerciendo o, como consecuencia de la notificación recibida, se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas, los Ministros de Justicia y de Asuntos Exteriores, en plazo que no podrá rebasar los veinte días desde la recepción de la notificación del Fiscal de la Corte, elevarán propuesta conjunta al Consejo de Ministros para que resuelva sobre sostener la competencia de las autoridades españolas y, en su caso, pedir la inhibición al Fiscal de la Corte conforme al artículo 18.2 del Estatuto.

3. Una vez aprobado el Acuerdo del Consejo de Ministros del apartado anterior, corresponderá al Ministerio de Justicia formular la petición de inhibición y realizar las restantes actuaciones previstas en el Estatuto para dar cumplimiento a dicho Acuerdo.

4. El Ministerio de Justicia responderá con carácter urgente a cualquier petición de información del Fiscal de la Corte referida al estado de los procedimientos penales que se siguieren en España y que hubieren sido objeto de petición de inhibición, recabando dicha información del Fiscal General del Estado o directamente del órgano judicial que estuviere conociendo del asunto. La información se transmitirá con los límites de utilización que estableciere el órgano judicial que autorizare la información.

5. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado de conformidad con el apartado 1 resulte que no se ha ejercido jurisdicción, ni se está ejerciendo, ni se ha iniciado investigación en España, el Ministerio de Justicia lo comunicará urgentemente al Fiscal de la Corte.

Artículo 9. De la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa.

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Asuntos Exteriores, acordar la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 17 y 19 del Estatuto, cuando los tribunales españoles hayan conocido del asunto y haya recaído sentencia, o se haya decretado el sobreseimiento libre de la causa o estén conociendo del asunto. Dicho acuerdo habilitará, en su caso, al Ministerio de Justicia para llevar a cabo la impugnación.

2. Tal impugnación se formalizará a la mayor brevedad posible, antes del inicio del juicio en la Corte y, excepcionalmente, en el momento de su iniciación o en un momento posterior, fundándose en este último caso en el solo motivo de haberse producido ya cosa juzgada en España.

Artículo 10. De la inhibición de la jurisdicción española a favor de la Corte.

Si, a pesar de la solicitud de inhibición al Fiscal de la Corte prevista en el artículo 8 de esta ley o de la impugnación de la competencia o la admisibilidad de la causa contemplada en el artículo 9, la Sala competente de la Corte autoriza al Fiscal a proceder a la investigación o mantiene su competencia, el órgano jurisdiccional español se inhibirá a favor de la Corte y a su solicitud le remitirá lo actuado.

Artículo 11. De la detención.

1. Cuando fuere detenida una persona, en cumplimiento de una orden de la Corte de detención provisional o de detención y entrega, la autoridad que practicare la detención lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia y al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, debiendo ser puesta dicha persona a disposición del Juez Central de Instrucción sin demora y, en todo caso, dentro del plazo de setenta y dos horas siguientes a la detención.

2. El Juez Central de Instrucción oírà a la persona reclamada, asistida de letrado y, en su caso, de intérprete y al Ministerio Fiscal, dentro de las setenta y dos horas siguientes a su puesta a disposición judicial. Después de verificar la identidad del detenido, el contenido de la orden de detención y las circunstancias previstas en el artículo 59.2 del Estatuto informará al detenido del contenido de la orden de detención y de su derecho a solicitar la libertad provisional.

3. Cuando la orden de detención de la Corte se refiera a una persona que se encuentra cumpliendo condena impuesta por los tribunales españoles o por los de un tercer Estado desde el cual hubiere sido trasladada a España para su cumplimiento, la autoridad penitenciaria competente informará con antelación suficiente sobre la fecha de excarcelación al Juez Central de Instrucción y al Ministerio de Justicia, que informará a la Corte sobre la fecha prevista de excarcelación.

Artículo 12. De la libertad provisional.

1. Si el detenido solicitara, en la comparecencia prevista en el artículo anterior, su libertad provisional, el Juez Central de Instrucción acordará remitir dicha solicitud a la Corte, a través del Ministerio de Justicia, con indicación del plazo para recibir sus recomendaciones, que no será inferior a veinte días. En la misma resolución el Juez Central de Instrucción acordará la prisión provisional del detenido por el tiempo estrictamente necesario para recibir las recomendaciones de la Corte sobre dicha solicitud y hasta que se resuelva sobre esta.

2. Una vez recibida, a través del Ministerio de Justicia, la comunicación de la Corte con las recomendaciones que esta formule sobre la solicitud de libertad, o concluido el plazo señalado para su formulación, el Juez Central de Instrucción, previa valoración de dichas recomendaciones, podrá acordar la libertad provisional del detenido cuando existan circunstancias urgentes y excepcionales que lo justifiquen y

adoptará las salvaguardias necesarias para cumplir la obligación de entregar la persona a la Corte y, en especial, las medidas recomendadas al efecto por esta.

3. Si en el plazo establecido en las reglas de procedimiento y prueba la Corte no hubiera remitido la documentación para la entrega prevista en el artículo 91.2 y 3 del Estatuto, el Juez Central de Instrucción podrá acordar la libertad provisional y las medidas cautelares adecuadas, que se mantendrán por un tiempo máximo de ciento ochenta días, sin perjuicio de volver a decretar la prisión una vez recibida la documentación de la Corte.

4. Cuando se acordare la libertad provisional, se informará a la Sala de Cuestiones Preliminares y, posteriormente, cuantas veces esta lo solicite.

Artículo 13. De la entrega simplificada.

1. En la comparecencia regulada en el artículo 11 de esta ley se interrogará a la persona reclamada acerca de si consiente en su entrega y, si diere el consentimiento, el Juez Central de Instrucción dictará auto acordando la entrega a la Corte sin más trámites y sin que sea necesario que la Corte remita la documentación prevista en el artículo 91 del Estatuto.

Se procederá de la misma manera si también consiente en la entrega respecto a otros hechos no comprendidos en la solicitud de la Corte y que pudieren aparecer en el curso del proceso ante esta, y, si no accediere, la entrega se efectuará solo por los hechos contenidos en la solicitud, sin perjuicio de lo que proceda, después de la entrega, en aplicación del apartado 2 del artículo 101 del Estatuto. Fuera de este caso, no se admitirá un consentimiento parcial.

2. El Juez Central de Instrucción remitirá urgentemente copia del auto al Ministerio de Justicia, que informará de inmediato a la Corte y solicitará indicaciones de esta, en orden a la realización del traslado. Una vez recibidas dichas instrucciones, las transmitirá al Juzgado Central de Instrucción y al Ministerio del Interior a los fines de la entrega.

3. La persona reclamada, aunque se hubiere opuesto a la entrega en la citada comparecencia, podrá dar su consentimiento dentro de los quince días siguientes, procediéndose en tal caso conforme a lo prevenido en los apartados precedentes.

4. En la misma comparecencia se informará al detenido de que el consentimiento, una vez dado, es irrevocable.

Artículo 14. De la orden de comparecencia de un imputado ante la Corte.

Cuando, en lugar de una solicitud de detención, la Corte hubiere dictado una orden de comparecencia, el Ministerio de Justicia remitirá la solicitud de la Corte al juez de instrucción del domicilio o residencia de

la persona buscada, el cual citará a esta personalmente, informándole de la fecha y demás circunstancias relativas a dicha comparecencia, y adoptará las medidas de aseguramiento de la comparecencia previstas en la legislación procesal española que considere más adecuadas, con exclusión de las privativas de libertad, remitiendo las diligencias practicadas al Ministerio de Justicia, que las transmitirá a la Corte.

Artículo 15. De la entrega a la Corte.

1. No habiéndose accedido a la entrega simplificada, cuando hubiera sido detenida una persona en cumplimiento de una orden de la Corte de detención y entrega o una vez recibida en el Juzgado Central de Instrucción la documentación prevista en el artículo 91.2 ó 3 del Estatuto, según los casos, se pondrá esta de manifiesto en Secretaría y se convocará a una audiencia que tendrá lugar en el plazo máximo de diez días, con citación de la persona reclamada y su defensor y, en su caso, de un intérprete, así como del Ministerio Fiscal. A dicha audiencia podrá asistir e intervenir un delegado del Fiscal de la Corte.

No se admitirán otras alegaciones o pruebas que las relativas a la concurrencia o no de los requisitos establecidos en los apartados 2 ó 3 del artículo 91 del Estatuto, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. Cuando se alegare la excepción de cosa juzgada, el Juzgado Central de Instrucción lo comunicará al Ministerio de Justicia, aplazando la resolución sobre la entrega, mientras el Ministerio de Justicia efectúa las consultas con la Corte previstas en el artículo 89.2 del Estatuto. Si de tales consultas resultare que la causa ha sido declarada admisible por la Corte, el Juzgado Central de Instrucción alzará la suspensión. Dicho Juzgado podrá también acordar la suspensión de la vista cuando hubiere de practicar alguna información complementaria.

3. Concluida la vista, el Juzgado Central de Instrucción resolverá sobre la petición de entrega, por medio de auto, en el plazo de tres días.

4. Si en el citado auto se denegare la entrega, podrá mantenerse la situación de prisión provisional hasta la firmeza de dicha resolución.

5. Si la resolución fuere estimatoria, una vez firme, se notificará de inmediato al Ministerio de Justicia y por este se dará traslado seguidamente a la Corte, solicitando indicaciones para la realización del traslado, que una vez recibidas se comunicarán al Juzgado Central de Instrucción y al Ministerio del Interior.

6. Si la resolución fuere denegatoria de la entrega, una vez firme, se pondrá urgentemente en libertad a la persona detenida y se comunicará al Ministerio de Justicia, que a su vez lo hará a la Corte.

Artículo 16. De las solicitudes concurrentes.

1. Cuando concurriere con la solicitud de entrega de la Corte una solicitud de extradición de un Estado, sea o no parte en el Estatuto, o una orden europea de detención y entrega, se notificará este hecho a la Corte y al Estado requirente y se tramitarán conjuntamente ambos procedimientos en el Juzgado Central de Instrucción que estuviere conociendo de la solicitud de entrega.

2. El Juez Central de Instrucción se abstendrá de decidir sobre la entrega, elevando ambos procesos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá de acuerdo con el Estatuto y, en su caso, de acuerdo con el tratado que existiere con el Estado requirente.

Cuando no existiere tratado, se dará preferencia a la solicitud de la Corte.

3. El Ministerio de Justicia informará a la Corte cuando, habiendo sido declarada inadmisibile la causa por esta, asimismo se hubiere denegado la extradición al Estado requirente.

Artículo 17. De los recursos.

1. Contra las resoluciones del Juez Central de Instrucción relativas a la situación personal del reclamado cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se resolverá por auto en el plazo de cinco días.

2. Contra el auto del Juez Central de Instrucción en el que se resuelve sobre la entrega cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se sustanciará conforme a lo prevenido en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien en el escrito de formalización del recurso no se podrán formular otras alegaciones que las relativas a quebrantamiento de las normas y garantías procesales en el expediente y las relativas a la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 89.2 y 91.2 ó 3, según los casos, del Estatuto.

3. Los autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolviendo los recursos de los apartados anteriores no serán susceptibles de recurso alguno.

Artículo 18. De la entrega temporal a la Corte.

1. Cuando se hubiere acordado la entrega a la Corte y la persona que deba ser entregada estuviere cumpliendo condena en España o sujeta a proceso por hechos distintos de los que han servido de base para la entrega, el Ministerio de Justicia, si no se opusiere el Tribunal sentenciador o el instructor, celebrará consultas con la Corte, a efectos de decidir sobre la entrega temporal a la Corte mediante resolución motivada, con las modalidades de la restitución a España que se determinen y computándose en todo caso el período pasado a disposición de la Corte.

2. Por el Ministerio de Justicia se transmitirán las informaciones precisas a los órganos judiciales competentes, según los casos, y al Ministerio del Interior, para efectuar el desplazamiento y en su momento el retorno.

Artículo 19. De las actuaciones posteriores a la entrega.

1. Si, después de la entrega, la Corte pidiera autorización a España para proceder por una conducta anterior a la entrega, se trasladará la petición al Juzgado Central de Instrucción, o a la Sala de lo Penal en el caso previsto en el artículo 16 de esta ley, que resolverán de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 2 del artículo 101 del Estatuto. Si a la solicitud de la Corte no se acompaña un acta en la que se contengan las observaciones de la persona entregada, el Ministerio de Justicia pedirá a la Corte que le sea transmitida y una vez recibida se remitirá al órgano judicial competente.

2. Cuando la persona entregada fuere puesta en libertad por la Corte por razones distintas del cumplimiento de la sentencia y la Corte se propusiera trasladarla a otro Estado, se remitirá esta información al Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional y, en su caso, por el Ministerio de Justicia se dará el consentimiento de España para tal traslado o se solicitará su devolución a España si la razón de la puesta en libertad se debiere a que la causa fue declarada inadmisibile por la Corte por el motivo previsto en el artículo 17.1.a.) del Estatuto.

Artículo 20. De otras formas de cooperación con la Corte.

1. Los órganos judiciales y las restantes autoridades intervinientes darán cumplimiento a las solicitudes de cooperación formuladas por la Corte previstas en el artículo 93 del Estatuto que no estuvieran prohibidas en la legislación española y cuyo fin fuera también facilitar el proceso ante la Corte.

El Ministerio de Justicia acusará recibo e informará a la Corte acerca del órgano interno al que se haya transmitido la solicitud.

2. Cuando la solicitud de la Corte pudiera afectar a la defensa o a la seguridad nacionales o tenga por objeto documentos o informaciones que hubieren sido transmitidos a España con carácter confidencial por un Estado, una organización internacional o una organización intergubernamental, el Ministerio de Asuntos Exteriores, en coordinación con los Ministerios de Justicia, del Interior y de Defensa u otros Ministerios competentes, efectuará consultas con el Estado u organización de que proceda la información o documentación, informándose a la Corte del resultado de tales consultas.

3. Cualquier otra dificultad en el cumplimiento de la solicitud será objeto de consultas por el Ministerio de Justicia con la Corte.

4. El objeto de las consultas será exponer a la Corte la razón fundada por la que no puede prestarse la asistencia solicitada, considerar la posibilidad de atenderla de otra manera o con arreglo a otras condiciones, estudiar su modificación o retirada, así como asegurar la protección de informaciones de carácter confidencial o restringido.

5. En el caso de concurrencia de solicitudes de asistencia de la Corte y de un Estado, si aparecieren dificultades para atender a ambas, el Ministerio de Justicia celebrará consultas con la Corte y dicho Estado, con el fin de postergar o condicionar una de ellas, informando en su caso a la Corte, conforme al artículo 93.9.b) del Estatuto, de que las informaciones, bienes o personas objeto de la solicitud están bajo el control de un tercer Estado u organización internacional.

Artículo 21. De las personas sujetas a la jurisdicción de la Corte.

1. Las personas citadas como peritos o testigos para comparecer ante los tribunales españoles en cumplimiento de una comisión rogatoria expedida por la Corte tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que si hubieren sido citadas en una causa que se siguiere en España.

Si la comparecencia fuere en la sede de la Corte, tendrá carácter voluntario, solicitándose de esta por el Ministerio de Justicia información acerca de las inmunidades y plazo de vigencia para la persona citada, que será transmitida a dicha persona, anticipándose los gastos por el Ministerio de Justicia. Si la Corte hubiere remitido alguna instrucción sobre la regla relativa a la autoinculpación, se entregará dicho documento al testigo y el órgano judicial se cerciorará de que ha sido debidamente entendido.

No será necesario el consentimiento cuando se tratare de un condenado por la Corte que se encontrare cumpliendo condena en España, en cuyo caso se efectuará el traslado temporal, en las condiciones que se acuerden con la Corte.

2. Cuando la solicitud de comparecencia en la sede de la Corte se refiriese a una persona detenida en España, el Ministerio de Justicia se dirigirá al órgano judicial que estuviere conociendo del asunto para que interrogue a dicha persona acerca de si consiente el traslado, y si lo consintiere y la autoridad judicial española no se opusiere, el Ministerio de Justicia autorizará el traslado, comunicándolo al citado órgano judicial y al Ministerio del Interior, en coordinación con la Corte.

3. Las personas en tránsito en España para comparecer ante la Corte gozarán de inmunidad.

4. Cuando hubieren de comparecer ante la Corte agentes o funcionarios españoles en calidad de perito o testigo, el Ministerio de Justicia, en coordinación, en su caso, con otros Ministerios o Administraciones de que dependan, solicitará de la Corte su protección.

5. El Ministerio de Justicia, en coordinación con el Ministerio del Interior y, en su caso, con otras Administraciones competentes, podrá convenir con el Secretario de la Corte la acogida temporal de víctimas traumatizadas o de testigos que pudieran correr peligro por su testimonio.

Artículo 22. De la ejecución de las penas en España.

1. De conformidad con el acuerdo que eventualmente se celebre entre España y la Corte y con la disposición adicional única de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Ministerio de Justicia, previas las consultas oportunas, comunicará a la Corte las condiciones en las que España estuviese dispuesta a aceptar el traslado de un condenado a pena privativa de libertad o las razones que impidiesen la aceptación de dicho traslado.

Por el Ministerio de Justicia se transmitirán las oportunas informaciones al Ministerio del Interior para la realización del traslado, debiendo comunicarse por las autoridades penitenciarias al juez de vigilancia penitenciaria competente la llegada del recluso, en un plazo de veinticuatro horas.

2. En el caso de que, encontrándose cumpliendo condena en España una persona condenada por la Corte, esta se propusiere designar a otro Estado para la continuación de la ejecución, el Ministerio de Justicia formulará las observaciones pertinentes.

3. Los jueces de vigilancia penitenciaria y el Ministerio del Interior prestarán el máximo apoyo a Magistrados y funcionarios de la Corte que se personaren en España para supervisar la ejecución de las penas.

4. Para que se pueda proceder en España contra un condenado que estuviere cumpliendo una condena impuesta por la Corte en un establecimiento penitenciario español, por hechos anteriores a su entrega a España, el juez instructor o el tribunal competente dirigirá la comunicación y la documentación pertinente al Ministerio de Justicia, que las trasladará a la Corte, absteniéndose de proceder hasta la decisión de esta. Igualmente se actuará para la extradición a un Estado.

5. Cuando se celebre una vista en la Sala de Apelaciones acerca de una posible reducción de la pena de quien estuviere cumpliendo condena en España, corresponderá al Ministerio de Justicia determinar la conveniencia de la intervención procesal y los términos en que deba producirse.

6. En caso de evasión del condenado, el Ministerio de Justicia informará con urgencia al Secretario de la Corte de tal circunstancia y consultará con ella acerca de si España solicita su extradición al Estado en que se encuentre o si la Corte insta su entrega a dicho Estado.

7. Cuando la petición de ejecución de la Corte se refiriese a una multa u orden de decomiso, el Ministerio de Justicia transmitirá la documentación pertinente al Fiscal General del Estado para que inste la ejecu-

ción ante el órgano judicial competente y, en su caso, se pongan a disposición del Ministerio de Justicia los bienes o sumas obtenidas para su transferencia a la Corte.

Artículo 23. De las medidas de reparación.

1. El Ministerio de Justicia, en el plazo indicado por la Corte o, en su caso, en el más breve plazo posible, remitirá observaciones sobre las cuestiones planteadas por la Corte, incluidas las relativas a las observaciones formuladas por los peritos, pudiendo recabar, a tal efecto, informaciones de organismos competentes.
2. Cuando las observaciones se refiriesen a la atribución del importe de la reparación a una organización intergubernamental o internacional, el Ministerio de Justicia consultará con el Ministerio de Asuntos Exteriores.
3. Cuando para cumplimentar la comunicación de la Corte hubieran de adoptarse medidas de ejecución, se procederá, en lo que sea pertinente, conforme al procedimiento previsto en el apartado 7 del artículo 22 de esta ley.

Artículo 24. De la intervención de España en calidad de "amicus curiae".

Si España recibiere una invitación de la Corte para participar en un proceso en calidad de "amicus curiae", el Ministerio de Justicia consultará con el Ministerio de Asuntos Exteriores para determinar la conveniencia u oportunidad de hacerlo y, en su caso, fijar los términos de dicha participación.

Artículo 25. De la celebración del juicio y otras actuaciones procesales en España.

Si la Corte propusiere la celebración del juicio u otras actuaciones procesales en España, el Ministerio de Justicia, previa consulta con los Ministerios de Asuntos Exteriores y del Interior y otras autoridades competentes, comunicará a la Corte la decisión al respecto. En su caso, los aspectos no jurisdiccionales de dichas actuaciones estarán sometidos al acuerdo específico que se celebre con la Corte.

Disposición adicional primera. Reglas de procedimiento y prueba de la Corte.

Las reglas de procedimiento y prueba así como sus enmiendas se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado".

Disposición adicional segunda. Del modo de proceder por los delitos contra la Administración de Justicia por la Corte.

1. El Ministerio de Justicia remitirá a la Corte, a petición de esta, el informe que se le solicitare con carácter previo a la decisión de la Corte para ejercer o no su jurisdicción.

2. Sólo se podrá proceder en España en relación a estos delitos a solicitud de la Corte.
3. Si la Corte se inhibiere en favor de la jurisdicción española, el Ministerio de Justicia remitirá la solicitud al Fiscal de la Audiencia Nacional, si el delito hubiera sido cometido por un español en el extranjero, o al Fiscal General del Estado cuando el delito se hubiera cometido en España.
4. El Ministerio de Justicia informará a la Corte sobre el resultado del proceso.

Disposición adicional tercera. De los órganos jurisdiccionales militares.

1. Las referencias que esta ley hace al Juzgado Central de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional deben entenderse hechas, cuando la cooperación sea de la competencia de la jurisdicción militar, al Juzgado Togado Militar Central Decano y al Tribunal Militar Central, respectivamente.

En los mismos casos, las referencias que la ley hace al Ministerio Fiscal y al juzgado de vigilancia penitenciaria deben entenderse hechas al Fiscal Jurídico Militar y al Juez Togado Militar de Vigilancia Penitenciaria.

2. Lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de esta ley se entenderá sin perjuicio de lo establecido en las leyes reguladoras de la jurisdicción militar con respecto a la competencia de esta última en los casos de presencia permanente o temporal, fuera de territorio nacional, de fuerzas o unidades militares españolas, ni afectará tampoco al desempeño de la función jurisdiccional por los órganos judiciales militares que las acompañen.

Disposición final primera. Carácter de esta ley.

Los preceptos contenidos en los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 (excepto su apartado 2), 15 y 21.3, la disposición adicional segunda y el apartado 2 de la disposición adicional tercera de esta ley tienen carácter orgánico. Los restantes preceptos tienen carácter ordinario y han sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.3.a., 5a. y 6a. de la Constitución.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 10 de diciembre de 2003.

Anexo 3
Dossier de resoluciones
judiciales españolas sobre
crímenes internacionales

I. Principales casos sobre jurisdicción universal

CASO PINOCHET:

- Auto del JCI núm. 6, de 6 de febrero de 1996, admite a trámite la querella.
- Informe del Fiscal Jefe de la AN, de 2 de octubre de 1997, contrario a la competencia de los Tribunales españoles en los casos Argentina y Chile
- Autos del JCI núm.5 de la AN, de 16 y 18 de octubre de 1998, de prisión provisional contra Augusto Pinochet.
- Auto del JCI núm. 5, de 3 de noviembre, propone al Gobierno español la tramitación de solicitud de extradición de Augusto Pinochet.
- Autos del Pleno de la Sala de lo Penal, de 4 y 5 de noviembre de 1998, afirma la competencia española sobre los casos de Argentina y Chile.

CASO GUATEMALA:

- Auto del JCI núm. 1, 27 de marzo de 2000, admite a trámite la querella.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 13 de diciembre de 2000, rechaza la admisión a trámite efectuada por el JCI núm. 1.

- STS 327/2003, de 25 de febrero, revoca parcialmente el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN y declara la jurisdicción de los Tribunales españoles exclusivamente para la investigación de los delitos cometidos contra españoles, introduciendo la existencia de vínculos de conexión para apreciar la competencia de la justicia española con base en el principio de jurisdicción universal.
- STC 237/2005, de 26 de septiembre, otorga amparo a los recurrentes por vulneración del art. 24.1 CE. Declara el carácter absoluto del principio de jurisdicción universal y rechaza la necesidad de la existencia de vínculos de conexión, si bien admite la posibilidad de restringir el principio de jurisdicción universal por vía legislativa.
- Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, 3 de noviembre de 2005, introduce un criterio de razonabilidad sobre el principio de jurisdicción universal.
- Auto del JCI núm. 1, de 12 de julio de 2006, emite orden de captura internacional, embargo de bienes y bloqueo de las cuentas bancarias de los imputados en el caso *Guatemala*.
- Auto del JCI núm. 1, de 16 de enero de 2008, anula las comisiones rogatorias dirigidas a Guatemala.
- Auto del JCI núm. 1, de 26 de julio de 2011, admite la ampliación de la querrela interpuesta por crímenes de género.
- Auto del JCI núm. 1, de 20 de mayo de 2014, ordena continuar la instrucción por la existencia de víctimas españoles, por los delitos de terrorismo, extendiendo su competencia a los delitos de genocidio, lesa humanidad, torturas, asesinatos y detenciones ilegales por razones de continencia de la causa.

CASO SCILINGO:

- Auto del JCI núm. 5, 7 de octubre de 1997, acuerda el ingreso en prisión de Scilingo.
- Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN núm. 16/2005, de 19 de abril, condena a Adolfo Scilingo como autor de un delito de lesa humanidad.
- STS 798/2007, de 1 de octubre, estima parcialmente el recurso de casación y condena a Scilingo como autor de 31 delitos de asesinato y de un delito de detención ilegal, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal, "los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional".

CASO BILLY JOYA

- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 8 de septiembre de 1998, inadmite la querrela con base en el principio de irretroactividad de las normas penales.

CASO FIDEL CASTRO:

- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 4 de marzo de 1999, que confirma la inadmisión a trámite de la primera querrela contra Fidel Castro, por apreciar inmunidad por razón del cargo.
- Auto del JCI núm. 2, de 14 de octubre de 2005, inadmite a trámite la querrela contra Raúl Castro, Osmani Cienfuegos y Carlos Amat por conexidad subjetiva con el principal querrellado, jefe de Estado en ejercicio.
- Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, de 10 de marzo de 2006, confirma la decisión del JCI núm. 2.
- Auto del JCI núm. 1, de 16 de abril de 2007, inadmite la tercera querrela por identidad con las dos querellas anteriores.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 13 de diciembre de 2007, confirma la inadmisión de la tercera querrela.

CASO ALÁN GARCÍA Y ALBERTO FUJIMORI:

- Auto del JCI núm. 1, de 15 de junio de 2001, inadmite a trámite la querrela.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 21 de enero de 2002, confirma el Auto del JCI núm. 1.
- STS 71/2003, de 20 de mayo, rechaza el recurso de casación interpuesto con base en el principio de subsidiariedad de los Tribunales españoles y calificando los hechos como meros actos de represión política.

CASO CARMELO SORIA:

- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 31 de mayo de 2002, archiva las actuaciones relativas al caso.
- STS 319/2004, de 8 de marzo, rechaza la interpretación de la AN y afirma la jurisdicción española sobre el caso.
- Auto del TS, de 20 de octubre de 2015, afirma la jurisdicción española al entender que existe falta de voluntad de las autoridades chilenas para investigar los hechos denunciados.

CASO HUGO CHÁVEZ:

- Auto del JCI núm. 4, de 18 de marzo de 2003, inadmite a trámite al apreciar inmunidad por razón del cargo.

CASO CAVALLO:

- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 20 de diciembre de 2006, estima la declinatoria de jurisdicción a favor de la justicia argentina.
- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 13 de marzo de 2008, autoriza la entrega del detenido en extradición y se archiva el sumario.
- Auto de 24 de noviembre de 2008 del TS, desestima el recurso de queja contra Auto de 15 de abril de 2008 denegatorio de la preparación del recurso de casación.

CASO FALUN GONG:

- Auto del JCI núm. 2, de 17 de diciembre de 2003, de inadmisión a trámite de la primera querella.
- Auto del JCI núm. 2, de 20 de noviembre de 2003, confirma su decisión de inadmisión.
- Auto de la Sala de lo Penal de la AN, de 11 de mayo de 2004, rechaza la apelación con base en la subsidiariedad de los Tribunales españoles.
- Autos del JCI núm. 2 AN, de 16 de septiembre y de 8 de octubre de 2004, inadmitiendo a trámite la segunda querella.
- STS de 18 de marzo de 2005, confirma el archivo de las actuaciones, afirmando la inexistencia de puntos de conexión, con base en la subsidiariedad de los Tribunales españoles.
- Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, de 29 de abril de 2005, confirmando la decisión del JCI núm. 2 sobre la segunda querella.
- STS 645/2006, de 20 de junio, declara la competencia de los Tribunales españoles sobre la segunda querella en aplicación de la doctrina constitucional de la STC 237/2005.
- STC 227/2007, de 22 de octubre, otorga amparo en aplicación de la doctrina de la STC 237/2005.
- Auto del JCI núm. 2, de 21 de abril de 2014, ordena la conclusión del Sumario en aplicación de la LO 1/2014.

- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 15 de julio de 2014, acuerda el sobreseimiento de la causa.
- STS 297/2015, de 8 de mayo, confirma el archivo del caso.

CASO COUSO.

- Auto del JCI núm. 1, de 19 de octubre de 2005, ordena la búsqueda, captura y detención a efectos de extradición de los militares estadounidenses presuntamente implicados en la muerte de José Couso.
- Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, de 8 de marzo de 2006, ordena el archivo de las actuaciones por no apreciar delito en los hechos denunciados.
- STS 1.240/2006, de 11 de diciembre, estima el recurso de casación interpuesto contra el Auto de 8 de marzo de 2006.
- Auto del JCI núm. 1, de 27 de abril de 2007, de procesamiento contra los militares estadounidenses.
- Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la AN, de 13 de mayo de 2008, estima el recurso de apelación y deja sin efecto las medidas acordadas por el Auto del JCI núm. 1, de 27 de abril de 2007.
- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 23 de octubre de 2009, ordena la conclusión del Sumario
- STS 691/2010, de 13 de julio de 2010, estima el recurso de casación y ordena la continuación de las actuaciones.
- Auto del JCI núm. 1, de 27 de marzo de 2014, ordena la continuación de la instrucción del procedimiento, a pesar de la LO 1/2014.
- Auto del JCI núm. 1, de 24 de julio de 2014, pone los hechos en conocimiento de la Red Europea de Puntos de Contacto respecto a personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.
- Auto del JCI núm. 1, de 9 de junio de 2014, archiva el procedimiento en aplicación de la doctrina de la STS 296/2015.

CASO VUELOS DE LA CIA:

- Auto del JCI núm. 2, de 9 de junio de 2006, admite su competencia.
- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 14 de julio de 2006, por el que se admite la participación de tres asociaciones como acusación particular.

- Auto del JCI núm. 2, de 5 de septiembre de 2014, archiva la investigación ante la imposibilidad de identificar a los agentes de la CIA implicados.

CASO SÁHARA:

- Auto del JCI núm. 5, de 29 de octubre de 2007, acepta la competencia para instruir los hechos denunciados.
- Auto del JCI núm. 5, de 15 de abril de 2014, ordena la continuación del procedimiento, tras la entrada en vigor de la LO 1/2014, con base en el principio de territorialidad, al considerar que España sigue siendo la Potencia Administradora del territorio.

CASO RUANDA:

- Auto del JCI núm. 4 de la AN, de 6 de abril de 2005, inadmite a trámite la querrela y fija su competencia solo para el enjuiciamiento de las víctimas españolas.
- Auto del JCI núm. 4 de la AN, de 6 de febrero de 2008, de procesamiento.
- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 28 de enero de 2014, archiva el procedimiento en aplicación de la LO 1/2014.
- STS 551/2015, de 24 de septiembre de 2015, confirma el archivo del procedimiento.

CASO TÍBET:

Primera querrela:

- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 5 de septiembre de 2005, inadmite a trámite la querrela en aplicación de la doctrina de la STS 327/2003, de 25 de febrero, al no apreciar ningún vínculo de conexión con España
- Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 10 de enero de 2006, estima el recurso de apelación contra el Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 5 de septiembre de 2005, y admite a trámite en aplicación de la doctrina de la STC 237/2005, de 26 de septiembre.
- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 30 de marzo de 2011, amplía la investigación a los delitos contemplados en los arts. 606 y 611.5 CP.
- Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 9 de octubre de 2013, acuerda incluir en la causa al ex Presidente de China, Hu Jintao.

- Providencia del JCI núm. 2 de la AN, de 18 de noviembre de 2013, emite comisión rogatoria a China a fin de notificar la querrela a Hu Jintao y tomarle declaración.
- Autos del JCI núm. 2 de la AN, de 10 de febrero de 2014, de prisión para los imputados, por los delitos de genocidio, torturas y crímenes de lesa humanidad.
- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 25 de marzo de 2014, eleva el Sumario a la Sala de lo Penal de la AN.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 2 de julio de 2014, acuerda el sobreseimiento y archivo de la causa.
- STS 296/2015, de 6 de mayo, rechaza el recurso de casación interpuesto.

Segunda querrela:

- Auto JCI núm. 1 de la AN, de 5 de agosto de 2008, admite a trámite una nueva denuncia por la represión de las protestas ciudadanas de marzo de 2008.
- Providencia del JCI núm. 1 de la AN, de 5 de mayo de 2009, solicita permiso a China para proceder al interrogatorio de tres de sus actuales Ministros.
- Auto JCI núm. 1 de la AN, de 26 de febrero de 2010, archiva el procedimiento al no apreciar ninguno de los requisitos establecidos en la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ tras la reforma operada en 2009.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 27 de octubre de 2010, confirma el archivo de la causa.
- Auto de la Sala Segunda del TS, de 6 de octubre de 2011, acuerda no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

CASO ELLACURÍA:

- Auto del JCI núm. 6, de 12 de enero de 2009, admite a trámite el caso.
- Auto del JCI núm. 6, de 30 de mayo de 2012, decreta la prisión provisional comunicada, sin fianza, busca y captura nacional e internacional, con ingreso en prisión provisional para los procesados en la causa, incluyendo un ex Ministro de Defensa.
- Auto del JCI núm. 6 de la AN, de 31 de marzo de 2014, ordena continuar el procedimiento, tras la entrada en vigor de la LO 1/2014, con base en la nacionalidad española de los mismos y solo por los delitos de terrorismo.

- Auto del JCI núm. 6 de la AN, de 22 de diciembre de 2014, remite a la Sala Segunda del TS exposición razonada para que esta se pronuncie sobre la veracidad de las investigaciones llevadas a cabo en El Salvador sobre los hechos denunciados.
- Auto del TS, de 20 de abril de 2015, ordena continuar el procedimiento al apreciar falta de voluntad de investigación de los hechos en El Salvador.

CASO MAUTHAUSEN

- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 16 de septiembre de 2009, admite a trámite la querrela y califica los hechos como asesinato, terrorismo y crímenes de lesa humanidad.
- Auto del JCI núm. 2 de la AN, de 17 de septiembre de 2009, de procesamiento de cuatro antiguos agentes de las SS nazis.
- Auto de la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 15 de diciembre de 2014, archiva el procedimiento.
- Auto de la Sala Segunda del TS, de 18 de abril de 2016, deja sin efecto el Auto de sobreseimiento de la AN hasta que se confirme la defunción de todos los querrellados.

CASO ATENCO:

- Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2009, inadmite a trámite la querrela por considerar que ya existían procedimientos judiciales iniciados en el país de comisión de los hechos para su investigación y eventual enjuiciamiento.

CASO GAZA:

- Auto del JCI núm. 4 de la AN, de 4 de mayo de 2009, admite el caso a trámite.
- Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2009, resuelve el recurso de apelación interpuesto e inadmite el caso, apoyándose en la subsidiariedad de los Tribunales españoles con respecto a los israelíes, donde ya existían investigaciones internas y judiciales abiertas.
- Auto del TS, de 4 de marzo de 2010, rechaza el recurso de casación y confirma el archivo de la causa.

CASO BIRMANIA:

- Auto del JCI núm. 3, de 21 de septiembre de 2009, incoa Diligencias Previa e insta al Ministerio Fiscal a que informe sobre la pertenencia de admitir a trámite la querrela.

- Auto del JCI núm. 3, de 23 de diciembre de 2009, inadmite el caso a trámite, al entender que no concurren los requisitos del art. 23.4 LOPJ, según la redacción de la LO 1/2009.
- Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, de 6 de septiembre de 2010, confirma la inadmisión a trámite del caso.
- Auto de la Sala Segunda del TS, de 17 de marzo de 2011, desestima recurso de queja contra inadmisión de recurso de casación efectuada por la AN.

CASO ENTRAMADO JURÍDICO DE GUATÁNAMO:

- Auto del JCI núm. 6 de la AN, de 4 de mayo de 2009, emite comisión rogatoria a EEUU al objeto de determinar la existencia de una investigación efectiva sobre los hechos en ese país.
- Auto del JCI núm. 6, de 13 de abril de 2011, archiva la causa.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN, de 23 de marzo de 2012, confirma el archivo de la causa.
- Auto de la Sala Segunda del TS, de 20 de diciembre de 2012, inadmite el recurso de casación.

CASO TORTURAS EN GUANTÁNAMO:

- Auto del JCI núm. 5, de 27 de enero de 2010, admite a trámite las querellas interpuestas con base en la nacionalidad española de una de las víctimas y la implicación en procedimientos penales abiertos en España de otras.
- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal, de 6 de abril de 2011, desestima el recurso de apelación y ratifica el Auto del JCI núm. 5.
- Auto del JCI núm. 5, de 17 de julio de 2015, archiva el procedimiento en aplicación de la doctrina emitida por la STS 296/2015, de 6 de mayo.

CASO FLOTILLA DE LA LIBERTAD:

- Auto JCI núm. 5, de 29 de noviembre de 2011, admite a trámite la querella con base en la nacionalidad española de algunas víctimas.
- Auto del JCI núm. 5, de 17 de junio de 2014, eleva exposición razonada a la Sala Segunda del TS, según lo dispuesto en la redacción del art. 23.5 LOPJ, para determinar la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos en Israel o Turquía.

- Auto del TS, de 8 de abril de 2015, afirma la imposibilidad de valorar la exposición razonada remitida por el JCI núm. 5 de la AN.
- Auto del JCI núm. 5, de 10 de junio 2015, archiva el procedimiento, en aplicación de la doctrina de la STS 296/2015, de 6 de mayo, hasta que las personas contra las que se dirige se encuentren en España.

CASO FRENTE POLISARIO:

- Auto del JCI núm. 5, de 16 de agosto de 2012, admite a trámite la querrela basándose en los vínculos del territorio con España.
- Auto del JCI núm. 5, de 15 de abril de 2014, ordena la continuación del procedimiento, tras la entrada en vigor de la LO 1/2014, con base en el principio de territorialidad, al considerar que España sigue siendo la Potencia Administradora del Sáhara Occidental.

CASO REFUGIADOS IRANÍES:

- Auto del JCI núm. 4, de 26 de noviembre de 2009, admite a trámite la querrela y ordena librar una comisión rogatoria a las autoridades iraquíes, solicitando información sobre la investigación de los hechos.
- Auto del JCI núm. 4, de 15 de junio de 2015, ordena el archivo de la causa al no concurrir los requisitos previstos en la LO 1/2014.

CASO DE LOS NARCOBARCOS:

- Autos 21/2014, de 6 de mayo, 25/2014, de 13 de mayo y 26/2014, de 14 de mayo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, decretando el archivo de los procedimientos por falta de jurisdicción y ordenando la excarcelación de los detenidos.
- STS 592/2014, de 24 de julio, falla en contra de la interpretación de la AN y afirma la jurisdicción española sobre los hechos denunciados.

CASO CABO SORIA:

- Auto del JCI núm. 4, de 29 de marzo de 2017, desestima la querrela al calificar los hechos como crímenes de guerra y no apreciar la existencia de ningún vínculo de conexión con España, de los determinados por la redacción del art. 23.4 LOPJ tras la reforma operada por la LO 1/2014.

CASO VIELMANN:

- Auto del JCI núm. 3 de la AN, de 15 de diciembre de 2011, admite a trámite la querella.
- Auto del JCI núm. 3 de la AN, de 4 de noviembre de 2013, de procesamiento.
- Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 25 de marzo de 2014, confirma el Auto de procesamiento.
- Auto del JCI núm. 3 de la AN, de 20 de abril de 2015, de conclusión de sumario.
- Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, de 14 de noviembre de 2015, confirma la conclusión del sumario y ordenando la apertura del juicio oral.
- Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de 6 de marzo de 2017, absuelve al acusado al no apreciar actividad probatoria suficiente.

CASO SIRIA:

- Auto del JCI núm.6, de 27 de marzo de 2017, admite a trámite la querella y califica los hechos denunciados como terrorismo y desaparición forzada.

II. Resoluciones colaterales de interés.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC 62/1982, de 15 de diciembre, sobre el valor de los Tratados internacionales como criterio interpretativo
- STC 140/1995, de 28 de septiembre, sobre la interpretación de los Tratados internacionales.
- STC 142/1999, de 22 de julio de 1999, sobre el principio de legalidad.
- SSTC 107/1992, de 1 de julio, y 292/1994, de 27 de octubre, sobre el Derecho internacional consuetudinario en materia de inmunidad diplomática.
- STC 37/2012, de 19 de marzo, sobre independencia judicial.
- STC 64/1999, de 26 de abril, sobre la acción popular.

TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 2012, sobre las víctimas del franquismo.
- Sentencia no. 404/1989 del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1989, sobre el conflicto entre el Derecho español y un Tratado internacional.

AUDIENCIA NACIONAL

- Auto 14/2014, de 30 de abril, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Caso franquismo).
- Auto del JCI núm. 6, de 31 de octubre de 2016, deniega completar comisión rogatoria (querrela argentina ETA).

Bibliografía y documentación

I. Monografías y artículos

AA.VV., "Contra la impunidad. Informe de la Federación de Asociaciones de Juristas de España", América Latina, Hoy, núm. 20, diciembre 1998.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2014.

ABAD CASTELOS, Montserrat, "La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90.

ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, "El alcance de la jurisdicción universal a la luz de la evolución de la práctica estatal", *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, núm. 112, primavera 2014, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid, 2014, pp. 13-18.

AMBOS, Kai, "Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio", *Revista Penal*, núm. 39, 2017, pp. 5-15.

_____, "Creatividad Judicial en el Tribunal Especial para el Líbano: ¿es el terrorismo un crimen internacional?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a. Época, núm. 7, enero de 2012, pp. 143-173.

_____, "El caso Eichmann", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVIII, 2015, pp. 85-86.

_____, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.

_____, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, pp. 199-224.

BARIFFI, Francisco José, "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif, "El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, Fasc. I, enero-abril, 1982, pp. 5-42.

_____, "De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una corte penal internacional permanente", *Revista de Derecho Público*, núm. 10, mayo de 1999, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pp. 43-104.

_____, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, Otoño, 2001, pp. 81-162.

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, "El proceso ante la Corte Penal Internacional", en GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 435-461.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo", *Diario La Ley*, núm. 5980, de 22 de marzo de 2004, pp. 1647-1659.
- BOLLO AROCENA, María Dolores, *Derecho Internacional Penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- BRADLEY, Curtis A., "Universal Jurisdiction and U.S. Law", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2001, núm. 1, artículo 9, pp. 323-350.
- BUENO ARÚS, Francisco, "Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo)", *La Ley Penal*, núm. 34, 2007.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M., "En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española", *Diario La Ley*, núm. 7298, de 4 de diciembre de 2009.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida, "Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005.
- CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela, "La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda", *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, abril 2011.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén, "Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la

orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)", *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional*, 1, 2004, pp. 83-104.

CARNERO ROJO, Enrique, "Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, Anidjp*, vol. 3, 2015.

CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1996.

CASSESE, Antonio, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?", en CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (dirs.), *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Presses Universitaires de France, París, 2002, pp. 22-26.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya y SALINAS ALCEGA, Sergio, *Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, "Pinochet: balance provisional", *Jueces para la Democracia*, núm. 37, 2000, pp. 6-13.

CERVELL HORTAL, María José, LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, Elena, y PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público", en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 365-404.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la 'abrogación de facto' a la 'derogación de iure'", *Diario La Ley*, núm. 7211, de 6 de julio de 2009.

_____, "A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal", *Revista de Derecho de Extremadura*, vol. 6, pp. 13-31.

_____, "El Principio de jurisdicción universal. Concepto y fundamentos lógico y jurídico", *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, núm. 112, 2014, pp. 6-12.

_____, "Informe en Derecho: la obligación de España de perseguir los crímenes internacionales. A propósito del Caso Tíbet", en *Series Análisis Jurídicos*, Rights International Spain, núm. 18, febrero 2015.

CID MUÑOZ, María Isabel, *La Corte Penal Internacional. Un largo camino*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Dykinson, Madrid, 2008.

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, María Dolors, "Pinochet a juicio", *Jueces para la Democracia*, núm. 35, 1999, pp. 99-100.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, "La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 61-110.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, "La reforma de la jurisdicción universal operada por la LO 1/2009", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2010.

DE PRADA SOLAESA, José Ricardo, "La justicia universal, pasado, presente y futuro", *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, núm. 112, 2014, pp. 19-31.

DE VATTEL, Emer, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, Liberty Fund, Indiana (EEUU), 2008.

DEL CARPIO DELGADO, Juana, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *Diario La Ley*, núm. 7307, de 21 de diciembre de 2009.

DÍAZ PITA, Maía Paula, "Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 9, 2005, pp. 1-10.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13a. ed., Tecnos, Madrid (1973) 2002.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley penal)*, Colex, Madrid, 1990.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Les principes modernes du droit pénal international*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2004.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "Responsabilidad e inmunidad", en GARCÍA ARÁN, Mercedes, y LÓPEZ GARRIDO, Diego (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 249-256.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José, "El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad", *Temas Socio-Jurídicos*, vol. 26, núm. 54, 2008, pp. 16-38.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías, "El Auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet", *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 22, 2006, pp. 579-608.

_____, "La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 30, 2014, pp. 139-201.

_____, "La persecución de las violaciones del derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso Birmania ante la jurisdicción universal en España", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 22, 2011.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., "El asunto Couso en los Tribunales nacionales y en las relaciones internacionales", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, vol. LXIII/2, julio-diciembre, 2011, pp. 145-160.

_____, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas/ Thomson-Reuters, Pamplona, 2013.

_____, "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional (Decisión de la Sala de apelación de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadic-competencia)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, 1996, 2, pp. 11-44.

_____, "La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español", en TAMARIT SUMALLA, Josep et al (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 73-90.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina", *Jueces para la democracia*, núm. 61, 2008, pp. 1-22.

FERNÁNDEZ PONS, Xavier, "El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 5, 2002

FERRER LLORET, Jaume, "Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XVIII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2002, pp. 305-346.

GALDANA PÉREZ MORALES, Mónica, "Activación del proceso ante la Corte Penal Internacional. Comparativa con la regulación en Derecho Español", en ORIHUELA CALATAYUD, E., et al (coord.), *Crímenes Internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

GARCÉS, Joan E., "La jurisdicción universal y las infracciones graves del IV Convenio de Ginebra de 1949", *Tiempo de Paz. Recortes en la Justicia Universal*, núm. 12, 2014, pp. 52-59.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, "El principio de justicia universal en la LO del Poder Judicial español", *Crímen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63-88.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, "El Principio de Justicia Universal en el ordenamiento interno e internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 2004, pp. 243-278.

GIL GIL, Alicia, "Crímenes contra la humanidad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, abril-septiembre 2016, pp. 202-215.

_____, "Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, 2006, pp. 55-88.

_____, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.

_____, "El crimen de genocidio", en GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena (dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 348-349.

_____, "Justicia transicional en España", en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 143-174.

_____, "La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 1, Tomo LXIII, 2010, pp. 131-164.

_____, "La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-r1, 2005, pp. 1-18.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales nacionales", *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, núm. 82, 2006, pp. 35-62.

_____, "Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal

- Español", en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 19-36.
- GÓMEZ CAMPELO, Esther, "El derecho penal internacional ante el caso Pinochet", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 8, 1998-1999, pp. 277-306.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GREPPI, Edoardo, "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 836, 30 de septiembre de 1999.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "La inmunidad del Jefe de Estado", en GARCÍA ARÁN, M., y LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.
- JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia, *La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en España: de la persecución a Pinochet a la inculpación del juez Garzón*, Institut Català per la Pau, Barcelona, 2011.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Ed. Losada, Buenos Aires (Argentina), 1950.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2002, Vol. XVIII, pp. 63-124.
- JUANES PECES, Ángel, "Manifestaciones extraprocerales de Jueces y Magistrados: su incidencia en el derecho fundamental a un Juez imparcial", *La Ley Penal*, núm. 123, noviembre-diciembre 2016.

KRAYTMAN, Yana Shy, "Universal Jurisdiction-Historical Roots and Modern Implications", *Brussels Journal of International Studies*, vol. 2, 2005, pp. 94-129.

KROKER Patrick, y KATHER, Alexandra L., "Justice for Syria? Opportunities and Limitations of Universal Jurisdiction Trials in Germany", *Blog of the European Journal of International Law*, 12 de agosto de 2016.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Algunas reflexiones sobre el carácter complementario de la Corte Penal Internacional", *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 43-49.

_____, "Delitos contra el orden público", en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, San Fernando de Henares (Madrid), 2012.

_____, "El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile", en ARROYO ZAPATERO, L. A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. I, pp. 1099-1109.

_____, "Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo", *La Ley Penal*, núm. 34, enero 2007, pp. 69-77 (versión digital).

_____, y DÍEZ RODRÍGUEZ, E., "Jurisdicción universal y cooperación con la CPI", en JUANES PECES, Ángel (dir.), *Cooperación jurídica penal internacional. Memento Experto*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.

LAMARCA PÉREZ, Carmen y OLLÉ SESÉ, Manuel, "La reforma del principio de justicia universal", *Revista La Ley Penal*, núm. 83, junio 2011.

LASCANO, Carlos Julio, "Límites del principio de justicia universal: los alcances de la amnistía en la Argentina", en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 523-556.

- LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo, "Los Tribunales penales híbridos e internacionalizados", Gil Gil, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 105-125.
- LLEDÓ VÁSZQUEZ, Rodrigo Ignacio, *El principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional*, Tesis doctoral dirigida por la Profa. Dra. Carmen Lamarca Pérez, defendida el 2 de abril de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, María Eugenia, "Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 839-848.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena María, "La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo", en CUERDA RIEZU, Antonio, y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 371-390.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, "La reforma de la "molesta" jurisdicción universal y sus primeras consecuencias", *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014-febrero, 2014, pp. 117-142.
- MARTÍNEZ, Mónica, *Hacer Justicia: Rendición de cuentas y la complementariedad entre los tribunales*, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), Madrid, 2007.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "El delito de terrorismo como crimen internacional ¿su consideración como crimen de lesa humanidad?", *La Ley Penal*, núm. 124, enero-febrero 2017.
- _____, "La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo", *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 6, 2005, pp. 85-113.

MORALES URIOSTEGUI, Emma Nprma, *Justicia penal internacional: un análisis de legislación vigente y de Política Criminal en España y México*, Tesis doctoral dirigida por la Profa. Dra. Carmen Lamarca Pérez, defendida el 9 de febrero de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid.

MORGAN, Edward M., "Retributory Theater", *American University International Law Review*, vol. 3, núm. 1, 1988, pp. 1-64.

OLÁSULO ALONSO, Héctor, "El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo", *Anuario Iberoamericano de Derecho internacional*, vol. 1, 2013, pp. 18-42.

OLLÉ SESÉ, Manuel, "Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal", en *La Ley Penal*, núm. 25, 2006.

_____, *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, "La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a raíz de las últimas reformas (2014 y 2015)", en ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (ed.), *Crímenes Internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, (Coords.), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 283-317.

PALOU LOVERDOS, Jordi, "Crímenes de guerra contra españoles, ruandeses y congolese en África Central (1990-2006): el conflicto de los Grandes Lagos desde la perspectiva de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, junio 2007.

PEREA UNCETA, Juan Antonio, "Reflexiones sobre las restricciones a la soberanía del Estado en el Derecho internacional contemporáneo", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXVII, 2004, pp. 95-129.

PÉREZ ALONSO, Esteban J., "Caso Guatemala", *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, La Ley, Madrid, Marzo 2011.

- _____, "Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo español", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), pp. 131-196.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Crímenes de guerra. Especial referencia al caso Couso", *Revista Penal*, núm. 15, 2005, pp. 105-136
- _____, "Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, Anidip*, vol. 3, 2015, pp. 10-40
- _____, "Principio de justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional", en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *El Principio de Justicia Universal: Fundamento y Límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 61-101.
- _____, y BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, "El principio de Justicia Universal", en PÉREZ CEPEDA, A. I. y BENITO SÁNCHEZ, D. (dirs.), *El Principio de Justicia Universal. Una propuesta de Lege Ferenda / The Principle of Universal Justice. A de Lege Ferenda Proposal*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 9-13.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, "Las fuentes internacionales y supranacionales", LÓPEZ GUERRA, Luis (dir.), *Derecho Constitucional*, 9a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia vol. 1, 2013, pp. 101-122.
- PHILIPPE, Xavier, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio de 2006, pp. 1-27.
- PIGNATELLI y MECA, Fernando, "Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 64, julio-diciembre, 1994, pp. 41-146.
- _____, "El Tribunal penal internacional para Ruanda", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, enero-junio 1995, pp. 389-430.

_____, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español: Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

PIGRAU SOLÉ, Antoni, *La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio y los crímenes contra la Humanidad por los Tribunales nacionales*, Colección "Recerca x Drets Humans", 3, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2009.

QUESADA ALCALÁ, Carmen, "El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global", en *Cuadernos de Estrategia*, 160, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 77-116.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomos I y II, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.

RAMOS KOPRIVITZA, Ulises S., "El delito de piratería y el principio de justicia universal". Tesis dirigida por la Profa. D Ana Isabel Pérez Cepeda. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público General en 2014.

REMIRO BROTONS, Antonio, "A vueltas con el crimen de agresión", en ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, (coords.), *Crímenes internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 53-74.

REYDAMS, Luc, *Universal jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2004.

RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", en LAMARCA PÉREZ, Carmen et al (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La extradición de Pinochet: error jurídico y error político", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999.

_____, y GIL DE LA FUENTE, Juan, "Límites de la jurisdicción penal universal española (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)", *Diario La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, "Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales ad hoc y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007.

RYNGAERT, C., "Universal Jurisdiction over Genocide and Wartime Torture in Dutch Courts: An Appraisal of the Afghan and Rwandan cases (2007)", *Hague Justice Journal*, vol. 2, núm. 2, 2007, pp. 13-36.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón, "Justicia Universal en España: el olvido del crimen de Estado", *Jueces para la democracia*, núm. 80, 2014, pp. 5-11.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "El fin del modelo español de jurisdicción universal", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, 2014.

_____, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso 'Couso'", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, diciembre 2007.

SCHURR, Jürgen, "Des enquêterus spécialisés dans les crimes de guerre", *La compétence universelle, une arme contre l'impunité, Courier de l'ACAT*, núm. 328, pp. 44.

SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, "La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española", en GARCÍA ARÁN, Mercedes, y LÓPEZ GARRIDO, Diego, (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 101-160.

SOSA NAVARRO, Marta, *Aut dedere aut judicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*, tesis doctoral dirigida por la Prof. Dra. Da.. Ana Manero Salvador y el Pf. Dr. Carlos Fernández Liesa, defendida en la Universidad Carlos III de Madrid en noviembre de 2013.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, "Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 38, 2005, en pp. 5-50.

_____, "Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿Tienen competencia los Tribunales españoles?", *Actualidad Penal*, núm. 30, 2000.

TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, Soledad, "Los crímenes sexuales en los conflictos armados", ORIHUELA CALATAYUD, E., et al (coord.), *Crímenes Internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 75-140.

TROUILLE, Helen L., "France, Universal Jurisdiction and Rwandan Génocidaires: The Simbikangwa Trial", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 195-217.

VAN SLIEDREGT, Elies, "International Crimes before Dutch Courts: Recent Developments", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, pp. 895-908.

WERLE, Gerhard, y JESSBERGER, Florian, "La punibilidad de los crímenes internacionales en el Derecho interno alemán. El Código Penal Internacional alemán", *Revista Penal*, núm. 12, 2003, pp. 126-142.

ZAPPALÀ, Salvatore, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before French Cour de Cassation", *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 3, 2001, pp. 595-612.

II. Informes de ONG y entidades públicas

AFRICA LEGAL AID:

- *The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of gross human rights offenses: an African perspective*, 2002.

AMNISTÍA INTERNACIONAL:

- *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*, Sección española de Amnistía Internacional, Sección Española, Madrid, 2014.
- *Comisión de Derecho Internacional, Obligación de Extraditar o Juzgar (aut dedere aut judicare)*, Amnesty International Publications, Londres (Reino Unido), 2009.
- *Eichmann Supreme Court Judgement. 50 years on, its significance today*, Amnesty International Publications, Londres (Reino Unido), 2012.
- "Chapter 2: The History of universal jurisdiction", en *Universal Jurisdiction: The Duty of status to enact and implement legislation*, Amnesty International Publications, Londres (Reino Unido), 2001.
- *Universal Jurisdiction. Strengthening this essential tool of international justice*, Amnesty International Publications, Londres (Reino Unido), 2012.

European Center for Constitutional and Human Rights:

- *Universal jurisdiction in Germany? The Congo war crimes Trial: First case under the Code of Crimes against International Law (executive summary)*, Berlin (Alemania), 2016.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (FIDH):

- *Rwanda. Procès de Pascal Simbikangwa: Retour sur un procès emblématique*, 2014.

GRUPO DE BRUSELAS POR LA JUSTICIA INTERNACIONAL:

- *Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional*. Adoptados el 11-13 de marzo de 2009 con motivo del coloquio "Luchar contra la Impunidad: desafíos y perspectivas (Bruselas, 11-13 de marzo de 2002).

HUMAN RIGHTS WATCH:

- *The Legal Framework for Universal Jurisdiction in France*, Human Rights Watch, Estados Unidos, 2014.
- *The legal framework of Universal Jurisdiction in Germany*, Human Rights Watch, Estados Unidos, 2014.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL JUSTITIA ET PACE:

- *Jurisdicción penal universal en relación con el crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, Resolución adoptada en Cracovia, el 26 de agosto de 2005.

TRIAL, ECCHR, FIDH Y FIBGAR:

- *Universal Jurisdiction Annual Review*, 2016.

III. Instrumentos de organizaciones internacionales

ADMINISTRACIÓN DE TRANSICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA TIMOR ORIENTAL:

- Reglamento No. 2000/15, de 6 de junio de 2000, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS:

- Resolución 95(1), de 11 de diciembre de 1946.
- Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974.
- Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.
- Resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991.
- Resolución adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de diciembre de 1995 (A/50/186).
- "Opinión consultiva del TIJ sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares". Resolución A/ 51/ 218 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 19 de julio de 1996.
- Resolución 96 (1) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1996.
- Resolución de la Asamblea General 51/210, de 16 de enero de 1997.
- "Principios de Princeton". Documento Oficial de la Asamblea General de Naciones Unidas A/56/677 (2001), de 4 de diciembre de 2001.
- Resolución de 28 de enero de 2002 ("Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos").

- "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones". Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.
- Informe del Secretario General de Naciones Unidas: "El ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal", Documento de Naciones Unidas A/66/93, de 20 de junio de 2011.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL:

- Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46o. período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994). Documento A/49/10.
- Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha la impunidad. 61o. Período de Sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS:

- Observación General núm. 31 (80), Naturaleza jurídica de la obligación general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, de 29 de marzo de 2004.
- Examen de los informes de los Estados Parte con arreglo al artículo 40 del Pacto, de 5 de enero de 2009, 94o. período de sesiones.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

- Informe 136/1999, *caso 10.488, Ignacio Ellacuría S.J. y otros (El Salvador)*, de 22 de diciembre de 1999

COMITÉ CONTRA LA TORTURA:

- Comité contra la Tortura, *caso Suleymane y otros c. Senegal*, Comunicación núm. 181/2001, UN Doc. CAT/C/36/D/181/2001 (2006).

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS:

- Resolución 2005/81, de 21 de abril de 2005
- Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

CONSEJO DE EUROPA:

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado el 8 de noviembre de 1950.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS:

- Resolución 780 (1992), de 6 de octubre. S/RES/780 (1992).
- Resolución 808 (1993), de 22 de febrero. S/RES/808 (1993).
- Resolución 827 (1993), de 25 de mayo. S/RES/827 (1993).
- Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre. S/RES/955 (1994)
- Resolución 1315(2000), de 13 de agosto. S/RES/1315 (2000).
- Resolución 1373 (2001) sobre medidas para combatir el terrorismo, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385a. sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001
- Resolución 1511 (2003), de 16 de octubre. S/RES/1511 (2003).
- Resolución 1456 (2003), de 20 de enero. S/RES/1456 (2003).

- Resolución 1757 (2007), de 30 de mayo. S/RES/1757 (2007).

RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN:

- Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España. Madrid, 3 de febrero de 2014

UNIÓN EUROPEA:

- Decisión del Consejo 2002/494/JHA, de 13 de junio de 2002 por la que se crea Red Europea de Puntos de Contacto con respecto a personas responsables de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra.
- Decisión 2003/335/JHA, de 8 de mayo de 2003 sobre la persecución y el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.
- Informe de Expertos de la Unión Africana y la Unión Europea sobre el Principio de Jurisdicción Universal de 16 de abril de 2009. Consejo de la Unión Europea (8672/1/09)

IV. Legislación

TRATADOS INTERNACIONALES Y ACUERDOS BILATERALES:

- Declaración de las potencias para la abolición del comercio de negros, firmada en Viena el 8 de febrero de 1815.
- Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña.
- Tratado para establecer Reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado firmado en Lima el 9 de noviembre de 1878.

- Tratado sobre Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889 en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.
- Convenio II de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 29 de julio de 1899.
- Convenio Internacional para la Represión de la "Trata de Blancas", de 4 de mayo de 1910, de la Sociedad de Naciones.
- Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919.
- Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928.
- Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda, hecho en Ginebra el 20 de abril de 1929.
- Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra, firmado en Ginebra, el 27 de julio de 1929.
- Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, de 28 de junio de 1930 (Convenio no. 29) de la Organización Internacional del Trabajo.
- Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo, hecho en Ginebra el 16 de noviembre de 1937.
- Tratado de Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940 en el Segundo Congreso Suramericano de Derecho Internacional Privado.
- Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, anexo a la Carta de Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, hecho en Londres el 8 de agosto de 1945.
- Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 19 de enero de 1946.
- Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecho en París el 10 de diciembre de 1948.
- I Convenio de Ginebra, de 12 de agosto, de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña.
- II Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.
- III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 de marzo de 1950.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Convención sobre Alta Mar, hecha en Ginebra el 29 de abril de 1958.
- Convenio sobre Relaciones Diplomáticas, firmado en Viena el 18 de abril de 1961.

- Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975.
- Convenio sobre Relaciones Consulares, firmado en Viena el 24 de abril de 1963.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
- Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.
- Convención sobre las Misiones Especiales, firmada en Nueva York el 8 de diciembre de 1969.
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
- Convenio sobre sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971.
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971.
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973. A/RES/3068 (XXVIII).
- Convenio Europeo de 27 de enero de 1977 para la Represión del Terrorismo, núm. 090 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de, 8 de junio de 1977.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 .

- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984.
- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 8 de noviembre de 1994.
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998.
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.
- Acuerdo entre la ONU y Sierra Leona sobre la creación de un Tribunal Especial, firmado en Freetown el 16 de enero de 2002.

- Elementos del Crimen. Aprobados por la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Primer período de sesiones. Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.
- Reglas de Procedimiento y Prueba. Aprobados por la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Primer período de sesiones. Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.
- Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya relativo a la persecución bajo la ley camboyana de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática, hecho en Phnom Penh, el 6 de junio de 2003.
- Convenio para la Prevención del Terrorismo (Convenio no. 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005.
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República de Senegal y la Unión Africana sobre la creación de Salas africanas extraordinarias en el seno del sistema judicial senegalés, de 22 de agosto de 2012.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

- Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870.
- Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.
- Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.
- Ley Orgánica 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.
- Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.
- Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

- Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.
- Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.
- Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal Publicada en BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014. Págs. 23026 a 23031.
- Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010.
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

LEGISLACIÓN ARGENTINA:

- Constitución de la Nación Argentina, de 22 de agosto de 1994.
- Ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 5 de enero de 2007. Publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 2007.

LEGISLACIÓN BELGA:

- Código penal, de 8 de junio de 1867.

- Código procesal penal belga, de 17 abril de 1878.
- Ley de 5 de agosto de 2003 relativa a la represión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a sus Protocolos I y II de 8 de junio de 1977.
- Ley modificadora de la Ley de 16 de junio de 1993 relativa a la represión de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, de 23 de abril de 2003.

LEGISLACIÓN ALEMANA:

- Ley 10 del Consejo de Control Aliado (*Kontrollratsgesetz*), de 20 de diciembre de 1945.
- Código penal en su versión promulgada el 13 de noviembre de 1998, publicado en el Boletín Oficial de Alemania (*Bundesgesetzblatt*).
- Ley de introducción del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional, de 26 de junio de 2002.

LEGISLACION ESTADOUNIDENSE:

- *Piracy and Privateering Act*, 18 USC 1651.
- *Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350; ATS).
- *Hostage Taking Act*, 18 USC 1203(b) (1)b).
- *Antihijacking Act*, 49 USC 46502(b).
- *Destruction Aircraft Act*, 18 USC 32(b) (3).
- *Maritime Drug Law Enforcement Act* 46 USC Appendix 1903 (a).
- *Genocide Convention Implementation Act*, 18 USC 1091(e).

- *War Crimes Act*, 46 USC 2441(b).
- *Torture Victim Protection Act*, de 12 de marzo de 1992.

LEGISLACIÓN FRANCESA:

- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.
- *Loi no. 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991.*
- *Loi no. 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'Etats voisins.*
- *Loi no. 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale.*
- Código penal francés. Versión consolidada a 29 de enero de 2017.
- Código procesal penal francés, versión consolidada a 9 de febrero de 2017.

LEGISLACIÓN HOLANDESA:

- Código penal holandés, de 3 de marzo de 1881.
- Ley de Crímenes Internacionales, de 2003.

LEGISLACIÓN INGLESA:

- *Extradition Act* 1989, Sección 15.
- *Geneva Conventions Act*, 1957.
- *War Crimes Act*, 1991.
- *Geneva Conventions (Amendment) Act*, 1995.
- *International Criminal Court Act*, 2001.
- *Police Reform and Responsibility Act*, 2011

LEGISLACIÓN SENEGALESA:

- Ley 66-61 de 21 de julio de 1965 (Código procesal penal).
- Constitución de la República de Senegal, de 22 de enero de 200.

V. Jurisprudencia internacional

V. I. Tribunales internacionales

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia de 14 de marzo de 2001 (*Caso Barrios Altos c. Perú*).
- Sentencia de 25 de noviembre de 2005 (*Caso García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*).

CORTE PENAL INTERNACIONAL

- Sentencia de 14 de marzo de 2012 (*caso Lumbanga*, ICC-01/04-01/06-2842).

- Sentencia de 7 de marzo de 2014 (*caso Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436).
- Sentencia de 21 de marzo de 2016 (*caso Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-3343).
- Sentencia de 27 de septiembre de 2016 (*caso Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15).
- Sentencia de 22 de marzo de 2017 (Asunto Bemba Combo y otros, ICC-01/05-01/13).
- Decisión sobre reparaciones, de 24 de marzo de 2017.

TRIBUNAL ESPECIAL DE CAMBOYA

- Sentencia de 26 de julio de 2010 (*Caso Kaing Guek Eav, alias Dutch*).
- Sentencia de 12 de febrero de 2012 de la Sala Suprema (*Caso Kaing Guek Eav, alias Dutch*).
- Sentencia de 7 de agosto de 2014 (*caso Khieu Samphan y Nuon Chea*).

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA:

- *Decision on challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, de 13 de marzo de 2004.
- Decisión de 13 de marzo de 2004, relativa al *caso Kallon y Kamara*.
- Sentencia de 26 de abril de 2012 (*Caso Taylor*).
- Sentencia de la Sala de Apelaciones, de 26 de abril de 2012 (*Caso Taylor*).

TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LIBANO

- Decisión de la Cámara de Apelaciones en Relación con la Regla 68(G) de Procedimiento, de 16 de febrero de 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

- Sentencia de 22 de marzo de 2001 (*Caso Strelitz, Kessler y Krenz contra Alemania*).
- Sentencia de 8 de junio de 2004 (*Caso Mutimura c. Francia*).
- Decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006 (*Caso Kolk y Kislyiy contra Estonia*).
- Sentencia de 12 de julio de 2007 (*Caso Jorgic contra Alemania*).
- Sentencia de 17 de marzo de 2009 (*Caso Ould Dah c. Francia*).
- Sentencia de 8 de diciembre de 2011 (*Caso Althoff y otros c. Alemania*).

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA:

- Sentencia de 5 de febrero de 1970 (*Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*).
- Sentencia de 27 de junio de 1986 *relativa a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Caso Nicaragua c. EE.UU)*.
- Opinión consultiva de 26 de abril de 1988 sobre la "*Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas*".
- Sentencia de 3 de febrero de 1994 (*Caso Jamahiriya Árabe Libia/Chad*).
- Sentencia de 14 de febrero de 2002 (*Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo c. Bélgica*).
- Sentencia de 20 de abril de 2010 (*caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay*).

- Sentencia de 20 de julio de 2012 (*Cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar, Bélgica c. Senegal*).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA:

- Decisión de 2 de octubre de 1995 de la Cámara de Apelaciones (*Caso Tadic*, IT-94-1).
- Sentencia de 14 de noviembre de 1995 (*Caso Tadic*, IT-94-1).
- Sentencia de la Sala de Primera Instancia, de 29 de noviembre de 1996 (*Caso Erdemovic*, IT-96-22-T).
- Sentencia de 9 de octubre de 1997(*Caso Blaskic*, IT -95-14)
- Sentencia de 14 de enero de 2000 (*Caso Kupreskic*, IT-95-16-T)
- Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (*Caso Furundžija*, IT-95-17/1).
- Sentencia de 24 de marzo de 2016 (*Caso Karakzic*, IT-95-5/18-T).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA:

- Sentencia de 2 de septiembre de 1998 (*Caso Ayakesu*, ICTR-96-4-5)

TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL:

- Sentencia de 7 de septiembre de 1927 (*Caso Lotus*).

SALAS AFRICANAS EXTRAORDINARIAS DE SENEGAL:

- Sentencia de 30 de mayo de 2016 (*Caso Habré*).

V.II. Tribunales nacionales

ALEMANIA:

- Auto del Tribunal Supremo Federal alemán, de 13 de febrero de 1994 (*Caso Tadic*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de Düsseldorf, 26 de septiembre de 1997 (*Caso Jorgic*).
- Auto del Tribunal Federal Constitucional alemán, de 12 de diciembre de 2000 (*Caso Jorgic*).
- Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 11 de diciembre de 1998 (*Caso ST y DB*).
- Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 21 de febrero de 2001 (*Caso Sokolovic*).
- Sentencia de la Audiencia Territorial de Stuttgart, de 28 de septiembre de 2015 (*Caso Ignase Murwanashyaka y Straton Musoni*).
- Sentencia de la Audiencia Territorial de Frankfurt, de 29 de diciembre de 2015 (*Caso Rwabukombe*).

ARGENTINA:

- Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de 3 de octubre de 2010 (causa criminal 4.591/2010).
- Sentencia de la Sala III de la Cámara de Casación penal, de 17 de abril de 2013.

BÉLGICA:

- Sentencia de la Cour d'Assises de Bruselas, de 17 de abril de 2001 (*Caso Higaniro*).

ESTADOS UNIDOS:

- Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, de 30 de junio de 1980 (*Dolly M.E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*. No. 191, Docket 79-6090).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito, de 31 de octubre de 1985 (*John Demjanjuk, Petitioner-Appellant, v. Joseph Petrovsky, et al., Respondents-Appellees*. No. 85-3435).
- Sentencia de la Corte de Distrito de Columbia, de 12 de febrero de 1988. (*United States of America v. Fawaz Yunis*. Crim. A. No. 87-037).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, de 30 de enero de 1989. (*United States of America, Appellant, v. Fawaz Yunis*. No. 88-3160).
- Sentencia de la Corte del Distrito de South Florida, de 8 de junio de 1999 (*United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506 S.D. Fla. 1990).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, de 6 de octubre de 2004. (*Tachiona v. United States*. 386 F. 3d 205. No. 03-6033 (L), 03-6043 (XAP)).
- Sentencia de la Corte de Distrito de E. D. California, de 19 de noviembre de 2004. (No. CIV-F-03-6249 OWW LJO)
- Sentencia de la Corte de Apelaciones del 11o. Distrito, de 4 de enero de 2006 (*Juan Romagoza Arce, Neris González and Carlos Mauricio v. José Guillermo García, Carlos Eugenio Vides Casanova*, No. 02-14427).
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 1 de junio de 2010 (*Samantar v. Yousuf*).
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 17 de abril de 2013 (*Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*).

- Sentencia del Tribunal de Jurado de Florida, de 28 de junio de 2016 (*Jara v. Barrientos*).

FRANCIA

- Sentencia de la Corte de Casación, de 20 de diciembre de 1985 (*Caso Barbie*).
- Resolución del Tribunal de Gran Instancia de París, de 6 de mayo de 1994 (*Caso Javor*).
- Decisión del Tribunal de Apelación de París, de 24 de noviembre de 1994 (*Caso Javor*).
- Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de marzo de 1996 (*Caso Javor*).
- Decisión del Tribunal de Apelación de Nimes, de 20 de marzo de 1996 (*Caso Munyeshiaka*).
- Sentencia de la Corte de Casación, de 6 de enero de 1998 (*Caso Munyeshiaka*).
- Sentencia de la Corte de Casación, de 23 de octubre de 2002 (*Caso Dah*).
- Sentencia de la Cour d'assises de Nimes/du Gard, de 1 de julio de 2005 (*Caso Dah*).
- Sentencia del Tribunal de Apelación de París (Cour d'appel), de 20 de octubre de 2000 (*Caso Gadafi*).
- Sentencia de la Corte de Casación, de 13 de marzo de 2001 (*Caso Gadafi*).
- Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 14 de marzo de 2011 (*Caso Karadzic*).
- Sentencia de la Cour d'Assises de Paris, de 14 de marzo de 2014 (*Caso Simbikangwa*).
- Sentencia de la Cour d'Assises de Paris, 7 de julio de 2014 (*Caso Barahira y Ngenzi*).
- Sentencia de la Cour d'Assises de Nimes, de 20 de enero de 2016 (*Caso Relizane*).
- Sentencia de la Corte de Casación, de 19 de marzo de 2017 (*Caso Relizane*).

PAÍSES BAJOS

- Sentencia del Tribunal Supremo de Holanda, de 11 de noviembre de 1997 (*caso Knezevic*).
- Sentencia del Tribunal Supremo holandés, de 18 de septiembre de 2001 (*caso Bouterse*).
- Sentencia del Tribunal de Apelaciones de La Haya, de 29 de enero de 2007 (*caso Afganistán*).
- Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, de 21 de marzo de 2012 (*caso Ashraf El-Hojouj*).
- Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, de 1 de marzo de 2013 (*caso Basebya*).

REINO UNIDO

- Sentencia de la High Court of Justice, de 28 de octubre de 1998 (*Caso Pinochet*).
- Decisión de la Cámara de los Lores, de 25 de noviembre de 1998 (*Caso Pinochet*).
- Decisión de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999 (*Caso Pinochet*).
- Sentencia de la Corte de Apelaciones, División de lo Penal, de 7 de febrero de 2007 (*Caso Faryadi Zardad*).

SENEGAL

- Sentencia de la Corte de acusación de Dakar, de 4 de julio de 2000 (*Caso Habré*).
- Sentencia de la Corte de Casación, de 20 de marzo de 2001 (*Caso Habré*).

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en junio de 2018 en los talleres de Litografía Mier y Concha, S.A. de C.V., calle Cadaqués núm. 69, Colonia Cerro de la Estrella, Delegación Izta-palapa, C.P. 09860, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 9, 10 y 11 puntos y Gothic720 BT de 10, 11, 12 y 16 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel couche mate de 100 grs.