

Rx DH

COL·LECCIÓ RECERCA PER DRETS HUMANS

03

LA JURISDICCION UNIVERSAL Y SU APLICACION EN ESPAÑA:

LA PERSECUCION DEL GENOCIDIO,
LOS CRIMENES DE GUERRA Y LOS
CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD
POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

ANTONI PIGRAU SOLÉ
PRÓLOGO DE JOSÉ MARÍA MENA



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
**Oficina de Promoció de la Pau
i dels Drets Humans**

Rx DH

COL·LECCIÓ RECERCA PER DRETS HUMANS



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
**Oficina de Promoció de la Pau
i dels Drets Humans**

Dades Biblioteca de Catalunya - CIP

Pigrau Solé, Antoni

La Jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales. – (RxDH : col·lecció recerca per drets humans; 3)

ISBN 9788439381709

I. Catalunya. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans II. Títol III. Col·lecció: RxDH. Castellà; 3
1. Jurisdicció penal 2. Delictes internacionals 3. Processos – Genocidi – Espanya 4. Processos – Crims de guerra – Espanya 5. Processos – Crims contra la humanitat – Espanya
343:341(460)

**Colección “Recerca x Drets Humans”, 3
Barcelona, diciembre de 2009**

© Autoria

Antoni Pigrau

© Edició

Generalidad de Catalunya
Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación
Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos
Av. Diagonal 409, 08008 Barcelona
Tel.: 93 552 60 00

oficinapaudhh@gencat.cat

www.gencat.cat/dirip

Este trabajo de investigación ha sido encargado a:

Universitat Rovira i Virgili
Carrer de l'Escorxador, s/n
43003 Tarragona

**Coordinación de la colección
“Recerca x Drets Humans”:**

Eulàlia Mesalles

Corrección lingüística:

Incyta

Diseño y maquetación:

Aleix Artigal y Carla Bahna

Impresión y encuadernación:

Futurgrafic

Papel

Impreso en papel ecológico y 100% reciclado



ISBN

9788439381709

DL

B-47163-2009

Esta obra está sujeta a licencia *Creative Commons* de Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada 2.5. España

Consúltese la licencia en http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es_CL



El estudio está disponible en formato electrónico en el web de la Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar esta obra siempre y cuando no se realice un uso comercial y se reconozca su autoría con la cita siguiente:

PIGRAU, A. *La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales.* Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Cataluña, 2009. (Recerca x Drets Humans, 3).

Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las de la Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos.

RxDH

COL·LECCIÓ RECERCA PER DRETS HUMANS

03

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

LA PERSECUCIÓN DEL GENOCIDIO, LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

ANTONI PIGRAU SOLÉ
PRÓLOGO DE JOSÉ MARÍA MENA

6	Abreviaturas
9	Prólogo José María Mena
16	Introducción
21	A. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y SU APLICACIÓN A LOS CRÍMENES INTERNACIONALES MÁS GRAVES
22	A1. El concepto y el fundamento de la jurisdicción universal
32	A2. La jurisdicción universal en relación con el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad en las leyes nacionales
39	A3. La práctica de los tribunales nacionales en el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad
60	A4. Algunos condicionantes de la aplicación de la jurisdicción universal
60	A4.1. Márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la jurisdicción universal
62	A4.2. Jurisdicción universal e inmunidad penal
65	A4.3. La cuestión de la prescripción de los crímenes internacionales
68	A4.4. Jurisdicción universal y presencia del acusado en el territorio
72	A4.5. La jurisdicción universal como jurisdicción subsidiaria
76	A4.6. El impacto jurídico de las medidas de amnistía adoptadas en el país de comisión de los hechos
85	B. LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA
87	B1. El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985
89	B2. La tipificación en España de los crímenes internacionales más graves
93	B3. Los casos relativos a la persecución penal del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad
110	B4. El proceso de restricción del alcance de la jurisdicción universal en España
128	B5. Las decisiones de los tribunales españoles (1996-2009): elementos esenciales
137	C. REFLEXIONES FINALES

ABREVIATURAS

a) Instituciones

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
CDH	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
Comissió IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Cort IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
IDI	Institut de Droit International
ILA	International Law Association
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

b) Revistas y publicaciones periódicas

AFDI	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
AFDUC	<i>Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña</i>
ADI	<i>Anuario de Derecho Internacional</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
ALR	<i>Australian Law Reports</i>
AMDI	<i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i>
Ann. IDI	<i>Annuaire de l'Institut de Droit International</i>
AYIL	<i>African Yearbook of International Law</i>
BOCG	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales - España</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado - España</i>
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
Cal. L. Rev.	<i>California Law Review</i>
Case W. Res. J. Int'l L.	<i>Case Western Reserve Journal of International Law</i>
CJIL	<i>Chinese Journal of International Law</i>
Colum. J. Transnat'l L.	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
CLR	<i>Commonwealth Law Reports</i>
CLF	<i>Criminal Law Forum</i>
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
Duke LJ	<i>Duke Law Journal</i>
Emory Int'l L. Rev.	<i>Emory International Law Review</i>
Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.	<i>European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
ERPL	<i>European Review of Public Law</i>
Fordham Int'l LJ	<i>Fordham International Law Journal</i>
For. Aff.	<i>Foreign Affairs</i>
Ga. J. Int'l & Cia. L.	<i>Georgia Journal of International & Comparative Law</i>

GYIL	<i>German Yearbook of International Law</i>
Int'l Crim. L. Rev.	<i>International Criminal Law Review</i>
Int'l LFDI	<i>International Law FORUM du droit international</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
ILSA J. Int'l & Cia. L.	<i>ILSA Journal of International & Comparative Law</i>
InDret	<i>InDret, Revista para el Análisis del Derecho</i>
Int'l L.	<i>International Lawyer, The</i>
IRRC	<i>International Review of the Red Cross</i>
JICJ	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
Jueces	<i>Jueces para la Democracia</i>
Jura Falconis	<i>Jura Falconis. Juridisch Wetenschappelijk Studententijdschrift. Katholieke Universiteit Leuven</i>
Man. LJ	<i>Manitoba Law Journal</i>
Minn. L. Rev.	<i>Minnesota Law Review</i>
McGill LJ	<i>McGill Law Journal</i>
NILR	<i>Netherlands International Law Review</i>
New Eng. L. Rev.	<i>New England Law Review</i>
NYIL	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
NYU J. Int'l L. & Pol.	<i>New York University Journal of International Law and Politics</i>
REDC	<i>Revista Española de Desarrollo y Cooperación</i>
RCADI	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye</i>
RDIPDPI	<i>Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International</i>
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
RECPC	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
REDM	<i>Revista Española de Derecho Militar</i>
REEI	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i>
RIDP	<i>Revue Internationale de Droit Pénal</i>
RP	<i>Revista Penal</i>
SACJ	<i>South African Journal of Criminal Justice</i>
Sydney L. Rev.	<i>Sydney Law Review</i>
Stan. J. Int'l L.	<i>Stanford Journal of International Law</i>
SYIL	<i>Spanish Yearbook of International Law</i>
Tex. L. Rev.	<i>Texas Law Review</i>
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i>
Va. J. Int'l L.	<i>Virginia Journal of International Law</i>
YIHL	<i>Yearbook of International Humanitarian Law</i>
YILC	<i>Yearbook of the International Law Commission</i>
Yale LJ	<i>Yale Law Journal, The</i>

PRÓLOGO

José María Mena

Fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Presidente de la Associació Catalana de Juristes Demòcrates

En estos tiempos de confusión y ambigüedades, conforta encontrar un trabajo tan especialmente lúcido, didáctico y coherente como este. Debería ser de lectura necesaria, y de disponibilidad y relectura frecuente, para cualquier persona interesada por los derechos humanos sin fronteras, para cualquier verdadero demócrata.

El trabajo es científicamente exhaustivo, casi contundente, colmado de información, de datos, de tal modo que, en adelante, ya nadie podrá aventurar argumentos sobre, o contra, la jurisdicción universal, tergiversando las referencias al derecho comparado e internacional, o al sentido, o los sentidos, de las sentencias de los tribunales nacionales, extranjeros o internacionales.

Pero el autor no es, tan solo, un excelente proveedor de información. Su trabajo es, además, explícitamente comprometido. Ya en la introducción, acogiendo al magisterio de Victoria Abellán, recuerda la obligación de los Estados de juzgar y castigar a los responsables de crímenes de derecho internacional, y, asimismo, recuerda que la Corte Penal Internacional está orientada a impedir la impunidad. Su explícito compromiso tiene, en ocasiones, verdadero carácter de denuncia, al referirse a la reforma del precepto que acogía la plena vigencia del principio de jurisdicción universal, realizada por “una mayoría de diputados con mentalidad estatocéntrica”. Con esta reforma, nos dice el autor, “España habrá conseguido ampliar un poco los espacios de impunidad, facilitar la libertad de movimiento de los presuntos criminales, y también, desde luego, dar satisfacción a los países que los protegen, y evitarse más de una situación incómoda. Justo lo contrario de lo que España decía pretender al ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional”.

A lo largo de todo el trabajo, y de manera explícita en sus consideraciones finales, expresa la doble perspectiva, contradictoria y ambigua, de los destinatarios institucionales del principio de jurisdicción universal y del compromiso contra la impunidad.

Por un lado, el compromiso contra la impunidad de crímenes que, con desgraciada frecuencia, pueden ser crímenes de Estado, alcanza a todos los Estados, con un alcance ético, internacional, constitucional-democrático y de legalidad ordinaria. Este alcance está repleto de matices, limitaciones y contradicciones en la mayor parte de los países. En España, se verá a lo largo del trabajo, también.

Desde la modestísima experiencia del aplicador práctico de la ley penal ordinaria, cabe señalar que, en general, son irreconciliables los puntos de vista del investigador y del investigado, del guardián de los derechos y del que los quebranta. Y en la dimensión, cualitativamente distinta y superior, de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, parece que también son irreconciliables las perspectivas del Estado vigilante y del Estado sospechoso.

Por otro lado, y precisamente por esa misma razón, los Estados que, por desgracia para la historia de sus pueblos, se hallan en condiciones de sospecha, como foco o lugar de perpetración de los crímenes o como cobijo de los criminales, afrontan la previsible eficacia del principio de jurisdicción universal con el argumento, a veces no exento de base objetiva, como se señala en el libro, del doble rasero, o del neocolonialismo jurídico, y también como en la experiencia de la justicia ordinaria, con la consabida cantinela del victimismo elusivo.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en 1985, había instaurado en España la pacífica y plena vigencia del principio de jurisdicción

universal, y se encomendó su aplicación instructora a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, y a esta la función específicamente jurisdiccional. Durante diez años el artículo 23.4 permanecía, virgen y apacible, en el texto de la Ley Orgánica, sin que se produjeran críticas ni prevenciones significativas. Parecía una hermosa declaración *ad exhibendum*.

Pero las normas son herramientas que están para ser usadas. Con base en ese pacífico artículo 23.4, en 1996, Carlos Castresana redactó unos borradores de denuncias contra los dictadores de Argentina y Chile, los presentó y propuso a la Unión Progresista de Fiscales, y, pese a la frenética oposición de la Fiscalía de Cardenal y Fungairiño, consiguió que el impulso procesal prosperara, con el inigualable arrojito de Garzón, y propiciara un salto cualitativo del derecho penal internacional, y en contra de la impunidad, tras los avatares procesales de Pinochet, en 1998.

España se sumaba así, de manera efectiva, a la primera fila de los países que asumen el compromiso de la jurisdicción universal. Estábamos orgullosos de ello. Como es lógico, se abrieron así las puertas a nuevas esperanzas de otros muchos afectados y víctimas de crímenes internacionales. El presente trabajo analiza meticulosamente todos los casos de justicia universal que se han sometido a la jurisdicción de los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, y detalla sus dispares peripecias procesales.

De entre ellos cabe destacar, por la excepcional relevancia de la doctrina del Tribunal Constitucional que generó, la denuncia presentada en diciembre de 1999 por Rigoberta Menchú y otros contra los autores de crímenes perpetrados en Guatemala entre 1978 y 1986, incluyendo el asalto a la embajada española de 1980. La Fiscalía volvió a demostrar

su incapacidad para entender el significado profundo, ético, humanitario y democrático de la vigencia del principio de jurisdicción universal, y se mantuvo, pertinaz, en el criterio de la incompetencia de los tribunales españoles, con el apoyo, significativo y premonitorio, tanto del Pleno de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo.

Y volvió a fracasar en su contumacia obstructiva. El Tribunal Constitucional sentó una doctrina que, como se analiza en el trabajo que ahora se prologa, define unos principios que, en adelante, deberían mantener su vigencia, pese a la reforma legal recientemente consumada.

La Sentencia 237/05 del Tribunal Constitucional corrigió severamente la interpretación que había hecho el Tribunal Supremo del alcance del artículo 23.4 de la LOPJ, y llegó a afirmar que tal interpretación es palmariaamente contraria a los fines de la institución de la jurisdicción universal, según es concebida en el derecho internacional, que, en contra de la *mens legislatoris*, aboca a la inviabilidad de la persecución del genocidio y menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con la breve pero intensa historia procesal y jurisprudencial que va desde Castresana hasta Rigoberta Menchú, aquella hermosa declaración *ad exhibendum* había cobrado una fuerza inesperada y había escapado del cerco del verdadero neocolonialismo jurídico, el de un actualizado *civis romanus sum*, ejercitado cuasi imperialmente por Estados poderosos, frontalmente opuestos a la asunción internacional de responsabilidades penales. Aparecieron denuncias, en términos de prosperabilidad procesal, relativas a China por lo del Tíbet y Falun Gong, a Estados Unidos por el asunto de Couso y de los vuelos de la CIA, o a Israel por lo de Gaza. Y no es casual que ninguno de estos Estados sea parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El profesor Pigrau analiza cuidadosamente esos y otros asuntos en los

que es razonable encontrar la contrariedad diplomática del Gobierno español, incapaz de lucir, ante las potencias mundiales, su control sobre los tribunales.

Ya lo dijo Groucho Marx: “Estos son mis principios. Si no le gustan, tengo otros”. Pues bien, ante el descalabro jurisprudencial de la interpretación restrictiva del artículo 23.4 de la LOPJ, se convino su derogación. Si el problema era de *mens legislatoris*, pues la *mens legislatoris* se cambia y el problema se da por resuelto. El 15 de octubre de 2009 el Congreso de los Diputados aprobó definitivamente el texto de reforma del artículo 23.4, del que suprime lo esencial y sustituye el principio de jurisdicción universal por unas reglas de protección de intereses españoles en el extranjero, que, de un modo u otro, ya estaban amparados por otras previsiones del mismo artículo.

Los gobiernos del Partido Popular no pudieron derogar el principio de jurisdicción universal porque la oposición socialista no lo hubiera permitido. Por ello se limitaron a servirse de Cardenal y Fungairiño. Pero el Gobierno socialista sí pudo hacerlo, porque, como Groucho Marx, ahora tiene, precisamente, los principios de la oposición. Alguna senadora del PP, con más simpleza que enjundia, decía en el debate que la evolución seguida por los tribunales y especialmente por la Audiencia Nacional (al parecer desconocía lo del Tribunal Constitucional) en el ámbito de la justicia internacional afecta a nuestras relaciones internacionales y genera conflictos diplomáticos. Y así debió ser, porque Shimon Peres agradeció al presidente Rodríguez Zapatero la reforma legislativa que se aprobaba, casualmente, el mismo día que se producía la entrevista entre ambos en Israel. Y por si fuera poco, además, la eficacia retroactiva de la norma está previsto que determine la muerte procesal de las iniciativas y las esperanzas de los afectados y las víctimas denunciantes de todos los asuntos en

trámite en España. El verdadero neocolonialismo jurídico se ha filtrado, así, en nuestro derecho positivo.

Pero el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional es mayor de lo que parece a primera vista. En ella se dice claramente que “la lesividad de los delitos sometidos a la jurisdicción universal trasciende de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto”. Es decir, que la comunidad internacional sufre la condición de sujeto pasivo difuso de los crímenes internacionales, en tanto que víctima secundaria, según el concepto criminológico acuñado por la moderna ciencia de la victimología. Y es razonable, porque la percepción de los más elevados niveles de lesividad, en un mundo globalizado, felizmente abocado a una transparencia incontenible e inmediata, genera, necesariamente, el reproche humanitario generalizado, y la exigencia de intervención judicial efectiva, reparadora y retributiva.

La tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, plasmada en el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) exige un cauce para que el superior interés de la comunidad internacional en su conjunto disponga de una efectiva tutela ante nuestros tribunales. La norma que lo impidiera significaría una inaceptable limitación del derecho constitucional garantizado en el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna.

Por ello será preciso hallar una posible interpretación del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ, compatible con la efectividad del artículo 24.1 de la CE. Cuando entre el catálogo de requisitos obstativos introducidos en la

reforma se establece que para perseguir en España un crimen internacional cometido en el extranjero y por extranjeros debe constatarse algún vínculo de conexión relevante con España, cabría contraargumentar que tal vínculo no solo viene referido a posibles víctimas extranjeras vinculadas con España, sino también a supuestos o circunstancias que determinan o establecen un nexo con España, con los intereses no solo personales o económicos, sino también éticos, humanitarios, que presiden nuestra convivencia democrática, según proclama nuestra Constitución. Y es evidente que la circunstancia de la perpetración en el extranjero de un genocidio, u otro crimen internacional, aún sin víctimas españolas, puede, y debe, conmover los sentimientos humanitarios y democráticos de nuestra sociedad, y al mismo tiempo lesiona efectiva y directamente nuestros intereses éticos, humanitarios y democráticos, merece el correspondiente reproche jurídico, y exige la consecuente actuación de nuestros tribunales.

El ejercicio de la acción popular, en España, si el Ministerio Fiscal se mostrara reacio a una interpretación como la propuesta, significaría la manifestación formal, y procesal, del reproche cívico y jurídico ante los crímenes internacionales, y tendría la virtud de provocar en los tribunales la necesidad de pronunciarse sobre si las más graves violaciones de derechos humanos perpetradas en el extranjero, contra extranjeros, guardan o no algún vínculo de conexión con España, es decir, si afectan o no, de manera relevante, a nuestros principios, o lo que es lo mismo, si nuestros principios se sienten afectados o no, según el tribunal, por aquellas más graves violaciones de derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

España firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) el 18 de julio de 1998 y lo ratificó el 19 de octubre de 2000.¹ La CPI está configurada en su Estatuto como una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales.² No se ha pretendido pues que los Estados dejaran de perseguir de manera descentralizada los crímenes de competencia actual de la CPI³ –genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad– que son considerados como los crímenes más graves de trascendencia internacional para la comunidad internacional en su conjunto. En palabras de Victoria Abellán, el principio de complementariedad “contribuye a reforzar la obligación de los Estados de juzgar y castigar a los responsables de crímenes de Derecho internacional” y, en este sentido, la función de la Corte “está orientada a prevenir y a corregir su incumplimiento por el Estado, a fin de impedir la impunidad”.⁴

El concepto de complementariedad presupone la voluntad de los Estados Parte de perseguir los crímenes de competencia de la Corte. De ahí que en el preámbulo se recuerde “...que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Como regla general, el Estatuto resuelve la concurrencia de

jurisdicciones de acuerdo con este criterio de preferencia de las jurisdicciones nacionales. En la medida en que el Estatuto no regula la cuestión de cuáles sean las jurisdicciones nacionales competentes, parece dar cabida a cualquier legitimación de la competencia, ya proceda de normas internacionales o nacionales.⁵

Pero, naturalmente, la frecuencia con que pueda darse tal concurrencia está en función directa de la amplitud de los fundamentos de la jurisdicción en cada uno de los Estados Parte y de su ejercicio. Así, por ejemplo, si un Estado Parte no incluye todos los crímenes de competencia de la Corte en sus leyes penales materiales o no atribuye jurisdicción a sus tribunales por crímenes cometidos por sus nacionales en el extranjero, no habrá complementariedad completa en relación con ese Estado, sino espacios de exclusividad de la CPI, en tales supuestos.⁶ Si un Estado solamente establece para sus tribunales los mismos ámbitos de competencia de la CPI, para los crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales, habrá una complementariedad estricta, en lo que afecta a ese Estado. Si un Estado, finalmente, prevé la jurisdicción universal para los crímenes de competencia de la Corte, ese Estado estará colaborando en la represión de los mismos más allá de lo que la Corte misma –fruto de un pacto político– puede hacer, lo cual es perfectamente coherente con el objeto del Estatuto de Roma de evitar la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia internacional.⁷

¹ Tras la preceptiva autorización parlamentaria, concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre; BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000. El Estatuto, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, se publicó en el BOE el 27 de mayo de 2002. También está disponible en la web de la CPI, http://www.icc-cpi.int/about/Official_Journal.html.

² Según el artículo 1: “... La Corte [...] 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...”.

³ Véase: Otto TRIFETERER, “Legal and Political Implications of Domestic Ratifications and Implementation Processes”, en Claus KRESS y Flavia LATTANZI (ed.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, General Aspects and Constitutional Issues*, vol. I, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 4; en el mismo sentido: Bruce BROOMHALL, “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law”, *New Eng. L. Rev.*, 2001, vol. 35, núm. 2, pp. 408-409; Jonathan I. CHARNEY, “International Criminal Law and the Role of Domestic Courts”, *AJIL*, vol. 95, núm. 1. (Jan., 2001), pp. 120-124; Cedric RYNGAERT, “Universal Jurisdiction in an ICC Era. A Role to Play for EU Member States with the Support of the European Union”, *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, vol. 14/1, 2006, pp. 49-51; en contra de esta percepción, Gabriel BOTTINI, “Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court”, *NYU J. Int'l. L. & Pol.*, 2003-2004, vol. 36, pp. 503-561. Sobre la complementariedad, entre la doctrina española: Joaquín ALCALDE FERNÁNDEZ, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de ingeniería jurisdiccional?”, en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 385; Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad”, en Mercedes GARCÍA ARÁN, y Diego LÓPEZ GARRIDO, (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 257; Jorge PUEYO LOSA, “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal; entre la justicia universal y la jurisdicción internacional”, en Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, y José Ramón REMACHA y TEJADA, (ed.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática núm. 5, Madrid, Escuela Diplomática – AEPDIRI-BOE, 2001, p. 146; Isabel LIROLA DELGADO, y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 158-164; Carmen QUESADA ALCALÁ, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, en pp. 313-395.

⁴ Victoria ABELLÁN HONRUBIA, “La responsabilité internationale de l'individu”, *RCADI de La Haye*, (1999), tome 280, p. 135, en p. 399.

⁵ En este sentido, Nicolaos STRAPATSAS, “Universal Jurisdiction and the International Criminal Court”, *Man. LJ*, vol. 29, núm. 1 (2002), pp. 1-31; para TRIFETERER, establecer la jurisdicción de los Estados Parte sobre los crímenes del Estatuto es una exigencia de este; Otto TRIFETERER, “Domésticos de ratificación e implementación”, en Kai AMBOS, (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 34-36; Antonio REMIRO BROTONS, “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de Jurisdicción Universal”, en Javier QUEL LÓPEZ, (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática núm. 4, Madrid, Escuela Diplomática – AEPDIRI-BOE, 2000, p. 233; de una manera más matizada, Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 303-319; en contra de esta lectura se muestra Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2000, p. 392, para quien: “Enfin, le Statut de la Cour pénale internationale [...] n'inclut finalement pas le principe d'une compétence concurrente universelle de tous les États avec la Cour pénale internationale, pour n'admettre qu'une compétence concurrente des États territoriaux et nationaux des auteurs avec celle-la.” Aunque pueda preconizarse la prioridad de la CPI en estos supuestos –como hace Georges ABI-SAAB, “The Proper Role of Universal Jurisdiction”, *JICJ*, 1 (2003), pp. 596-602–, lo cierto es que la Corte no tendrá capacidad ni voluntad de hacerlo en todos los casos.

⁶ Lo que vale también para los Estados que no son parte del Estatuto; respecto de Estados Unidos, véase, en este sentido, Douglass CASSEL, “The ICC's New Legal Landscape: The Need to Expand U.S. Domestic Jurisdiction to Prosecute Genocide, War Crimes, and Crimes against Humanity”, *Fordham Int'l LJ*, vol. 23, 1999, pp. 378-397.

⁷ En esta línea: International Law Association, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, pp. 9-10.

En efecto, los Estados tienen la capacidad de decidir el alcance de su propia actividad de persecución penal,⁸ tanto en el plano material como en el procesal, y en lo que se refiere al alcance de la jurisdicción de los propios tribunales.⁹ Se trata de una competencia prescriptiva (*jurisdiction to prescribe*) consistente en la criminalización de una conducta, que puede extender sus efectos más allá de las propias fronteras, distinta de la capacidad ejecutiva (*jurisdiction to enforce*)¹⁰ de la que no dispone el Estado más allá de sus fronteras, salvo en casos excepcionales,¹¹ por lo que precisa de la cooperación de otros Estados.

Para determinar este alcance de la competencia prescriptiva en el ámbito penal, los Estados han venido utilizando distintos principios, entre los cuales el principio primario es el de territorialidad: los órganos jurisdiccionales del Estado deben conocer de cualquier delito cometido en su territorio, por cualquier persona, con independencia de su nacionalidad. A este se han añadido otros: en virtud del principio de personalidad, los órganos de un Estado pueden conocer de delitos cometidos por un nacional con independencia del lugar donde se cometan (personalidad activa), o de delitos cometidos contra un nacional, igualmente con independencia del lugar de comisión (personalidad pasiva); en virtud del principio real o de protección del Estado, sus órganos jurisdiccionales pueden conocer de ciertos delitos que afectan gravemente al Estado, con independencia de la nacionalidad de su autor y del lugar donde se cometan.¹² Al combinarse estos principios se pueden generar supuestos en los que más de un Estado se considere competente u otros en los que ninguno de ellos reclame la competencia sobre un caso. Esto último podría suceder en aquellos delitos cometidos en territorios no sujetos a la soberanía de ningún Estado.

La prevención de que estos supuestos no se dieran, entre otros motivos, llevó a los Estados a adoptar en sus normas internas principios distintos del de territorialidad y, en particular, el llamado principio de universalidad de la jurisdicción o de jurisdicción universal; un principio que atribuye a los tribunales del Estado el conocimiento de un delito cometido, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor.

⁸ "Ce principe fondamental du droit, pour tout État, d'inscrire dans sa loi pénale et d'appliquer les règles de compétence dans l'espace qu'il estime nécessaires à sa défense sociale contre le crime –en respectant la souveraineté des autres états– ne paraît pas contestable."; A. MERCIER, "Rapport préliminaire", Ann. IDI, Session de Bath (setembre 1950), tom I, p. 311.

⁹ L. GARDOCKI, "General Report. Part II: Legal Problems Emerging from the Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law", AIDP, *Les crimes internationaux et le droit pénal interne*, Actes du Colloque Préparatoire tenu a Hammamet, Tunisie, 6-8 juny 1987, RIDP (1989), vol. 60, 1-2, p. 104.

¹⁰ Roger O'KEEFE, "Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept", JICJ, núm. 2 (2004), pp. 736-737 y 740-741.

¹¹ En los que medie el consentimiento del Estado territorial. Sin ese consentimiento el ejercicio de autoridad pública en el territorio de otro Estado, como sucedió, entre otros, en el caso Eichmann, al que se hará referencia más adelante, es ilegal según el derecho internacional; véase A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 18-20; Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, op. cit. pp. 293 y ss.

¹² Los principios de territorialidad, personalidad activa y protección del Estado (incluyendo implícitamente la personalidad pasiva) ya están recogidos en la resolución adoptada por el Institut de Droit International en la sesión de Múnich: "Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence", 7 de setembre de 1883, y también en la modificación posterior, "Le conflit des lois pénales en matière de compétence", 3 de agosto de 1931, sesión de Cambridge; en IDI, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle, 1957, pp. 373-378. Véase: A. MERCIER, op. cit. pp. 306-308.

¹³ BOE, 2 de julio de 1985.

En derecho español, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985¹³ (en adelante LOPJ), acoge en su artículo 23, como se verá más adelante, algunos de estos principios, en relación con determinados delitos, incluido el principio de la jurisdicción universal. En los últimos años se han producido en España desarrollos importantes, aunque de distinto signo, en cuanto al ejercicio de esta jurisdicción universal, en lo que se refiere a los crímenes de la competencia de la CPI, es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

La Audiencia Nacional española ha recibido varias denuncias relativas a la comisión en el extranjero de crímenes graves contra los derechos humanos, por parte de nacionales de otros países, aprovechando esta vía. Esta dinámica se inició en 1996, con las denuncias por delitos de genocidio y terrorismo contra altos responsables de las dictaduras militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Chile desde el 11 de septiembre de 1973. Además de estos sumarios –incluidas las sentencias condenatorias de 2005 y 2007, en el caso Scilingo–, ha resultado de particular importancia el abierto desde el diciembre de 1999 en relación con el genocidio en Guatemala. En paralelo se han abierto otros sumarios en relación con crímenes presuntamente cometidos en la región africana de los Grandes Lagos por miembros del Frente Patriótico Ruandés, por las autoridades chinas en el Tíbet, así como por autoridades chinas en relación con el grupo Falun Gong, o por autoridades marroquíes contra la población del Sahara Occidental. Además, hay que añadir el sumario relativo a la muerte del periodista José Manuel Couso en Bagdad y, más recientemente, entre otras, la querrela presentada en relación con el asesinato de ocho personas, entre ellos seis jesuitas, en El Salvador o las relativas a los ataques armados del ejército israelí en Gaza.

Esta dinámica ha obligado a los distintos órganos judiciales españoles, en especial la Audiencia Nacional, pero también el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, a introducirse de lleno en el debate internacional sobre el contenido y el alcance de las normas de derecho internacional penal. Ello ha generado distintas decisiones, no siempre coincidentes, que, poco a poco, han ido perfilando una interpretación más acorde con el derecho internacional. En paralelo, las presiones de terceros países y de influyentes sectores del mundo jurídico han llevado a restringir el alcance de la jurisdicción universal en España por distintos caminos.

Pero este proceso de revitalización de la jurisdicción universal que se ha desarrollado en España no ha sido exclusivo de nuestro país, aunque presente ciertas particularidades, sino que se ha enmarcado en un fenómeno más generalizado en el plano internacional, que ha venido determinado por una evolución en la sensibilización de la comunidad internacional ante la reiterada comisión de ciertos crímenes de especial gravedad y que ha tenido su materialización más visible en la creación de la CPI.

Los mismos debates suscitados ante los tribunales españoles se están planteando ante los tribunales de muchos otros Estados y también ante ciertas jurisdicciones internacionales, penales o no, o internacionalizadas. Por ello es preciso abordar, como se hará en el siguiente apartado, cuál es la fisonomía que va adoptando el principio de jurisdicción universal en el plano internacional, antes de tratar, como se hará más adelante, cuáles son los datos principales de su aplicación en España.

A

LA JURISDICCION UNIVERSAL Y SU APLICACION A LOS CRIMENES INTERNACIONALES MAS GRAVES

A1. EL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Como se ha indicado, mediante el principio de jurisdicción universal se atribuye a los tribunales de cualquier Estado, y por tanto también a los del Estado en el que se encuentra el presunto delincuente, el conocimiento de un delito cometido, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor. La concepción de la jurisdicción universal, cuyos antecedentes doctrinales se remontan a Grocio,¹⁴ apareció primeramente en los derechos internos estatales. Las justificaciones iniciales del mismo se situaban en la necesidad de asegurar la represión de delitos cometidos en espacios no sometidos a jurisdicción estatal o de ganar eficacia en relación con delitos que suelen conllevar elementos de internacionalidad; cabría decirse que son los antecedentes de lo que más modernamente se ha rebautizado como delincuencia transnacional organizada.¹⁵ Junto a ello se ha ido afirmando

¹⁴ "It is proper also to observe that kings and those who are possessed of sovereign power have a right to exact punishment not only for injuries affecting immediately themselves or their subjects, but for gross violations of the law of nature and of nations, done to other states and subjects". Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Bk II, Ch. XX, § XL (1624), citado, entre otros lugares, en el informe de Amnistía Internacional *Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation*; September 2001; disponible en línea en: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/002/2001/en/dom-IOR530022001en.pdf>.

¹⁵ "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", de 15 de noviembre de 2000; BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

¹⁶ Su fundamento, señalaba poco después de la Primera Guerra Mundial quien sería juez en el Tribunal de Nuremberg, Henri Donnedieu de Vabres, radica en la comunidad de intereses existente entre los Estados en torno a la necesidad de protección penal de ciertos valores y a evitar, por tanto, la impunidad de ciertos delitos "... il existe des valeurs [...] dont la protection pénale est nécessaire, et dont la sauvegarde intéresse, à la fois et à un égal degré, tous les États. Elle justifie, par conséquent, leur intervention commune. Elle ne peut être assurée que par l'admission d'un compétence universelle". Para este autor, la competencia del *judex deprehensionis* depende de la presencia voluntaria del inculpado en su territorio y puede ser subsidiaria respecto de la extradición a otros Estados más directamente afectados. Henri DONNEDIEU DE VABRES, "Le système de la répression universelle", *RDIPDPI*, 1922-1923, pp. 557-564. Son de gran interés para ilustrar dicha concepción las páginas que el mismo autor dedica a la jurisdicción universal en su obra *Les principes modernes de droit pénal international*, Sirey, París, 1928; reeditada en 2004, por Editions Panteón – Assas, París, pp. 135-170. El principio aparece reconocido en el artículo 10 de la Resolución del IDI de 1883, Session de Múnich, *op. cit.* y modificada en su Resolución de Cambridge, *op. cit.* por el nuevo artículo 5: "Article 5. Tout État a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire lorsque ces actes constituent une infraction contre des intérêts généraux protégés par le droit international (tels que la piraterie, la traite des noirs, la traite des blanches, la propagation de maladies contagieuses, l'atteinte à des moyens de communication internationaux, canaux, câbles sous-marins, la falsification des monnaies, instruments de crédit, etc.), à condition que l'extradition de l'inculpé ne soit pas demandée ou que l'offre en soit refusée par l'État sur le territoire duquel le délit a été commis ou dont l'inculpé est ressortissant". Entre los precursores del concepto está también Willard B. COWLES, "Universality of Jurisdiction Over War Crimes", *Cal. L. Rev.*, vol. XXXIII, Number 2, June 1945, pp. 177-218.

la existencia de una comunidad de intereses entre los Estados¹⁶ o, más recientemente, la existencia de un interés general de la humanidad como fundamentos de este principio.¹⁷ Actualmente, el proceso de globalización ha atenuado cualquier distinción radical entre los delitos en función de si se dirigen contra el orden nacional o contra el orden internacional.¹⁸ Lo que se percibe es una interacción mutua entre ordenamientos nacionales y derecho internacional. Más que de acuerdos entre Estados que permiten activar mecanismos de extensión extraterritorial de la aplicabilidad de las propias normas, la evolución va en la línea de crear espacios lo más amplios posible de jurisdicción compartida entre todos los Estados para la represión de determinados comportamientos criminales:

"By qualifying certain crimes as being subject to universal jurisdiction the international community signals that they are so appalling that they represent a threat to the international legal order. Justice requires that there should be no safe haven for the perpetrators of such crimes. Domestic courts and prosecutors bringing the perpetrators to justice are not acting on behalf of their own domestic legal system but on behalf of the international legal order."¹⁹

¹⁷ Es común la consideración de dos fuentes de inspiración para la jurisdicción universal, una de carácter más técnico, que parte de la preocupación por la eficacia extraterritorial de las normas del derecho nacional, y otra que parte de un enfoque centrado en la formulación de respuestas jurídicas a problemas internacionales o a intereses supraestatales. En esta línea, por ejemplo, Bassiouni diferencia dos posiciones en la fundamentación de la jurisdicción universal: una que denomina "normative universalist" y otra "pragmatic policy-oriented"; M. Cherif BASSIOUNI, "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", en S. MACEDO, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pp. 42-43. Por su parte Slaughter apunta dos fundamentos dominantes de la jurisdicción universal: "international morality versus procedural convenience". Y parece reservar el concepto de jurisdicción universal para la segunda variante: "This distinction has been long recognized in international law as the difference between 'crimes under international law' and the jurisdictional principle of 'universality'". Lo relaciona con el origen internacional o nacional de la definición del crimen y, por tanto, con el valor que se busca proteger penalmente: "In essence, crimes under international law are acts so heinous that they strike at the 'whole of mankind' and shock 'the conscience of nations'. In response, nations have come together and criminalized these acts at the international level, thereby permitting or obliging states to exercise jurisdiction over their perpetrator. The principle of universality, by contrast, is a procedural device by which international law grants all states jurisdiction to punish specific acts that are independently crimes under national law. It is the way in which international law has responded to the pragmatic difficulties, under certain circumstances, of prosecuting offenses recognized as illegal in domestic legal systems around the world". Anne-Marie SLAUGHTER, "Defining the Limits: Universal Jurisdiction and National Courts", en S. MACEDO, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law, op. cit.*, pp. 168-190. En la doctrina española, véase, en general, Esperanza ORIHUELA CALATAYUD, "Justicia universal y derechos humanos", en Juan SOROETA LICERAS, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 111-153; Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional, op. cit.* Jaume FERRER LLORET, "El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España", en Juan SOROETA LICERAS, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004, pp. 107-170; Manuel OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, La Ley, 2008.

¹⁸ Así parece también considerarlo Anne-Marie Slaughter cuando afirma: "...is based on an outdated and essentially false dichotomy. Both accounts of universal jurisdiction presume a relatively fixed relationship between international and domestic law, one top-down and the other bottom-up. A better account would recognize an ongoing, dynamic relationship between international law and domestic law, such that both continually feed into and supplement one another", *ibid.*, p. 184.

¹⁹ International Law Association, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; "Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences", p. 3.

En palabras de Navanethem Pillay:

“[...] the principle underlying universal jurisdiction assumes that every nation has an interest in exercising jurisdiction over offenders of certain heinous crimes even when the prosecuting nation lacks a traditional jurisdictional basis over the crime, the offender, or the victim.”²⁰

Aunque existen distintas acepciones del término,²¹ 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. En esta línea:

“La compétence pénale d'une juridiction nationale est dite 'universelle' quan elle s'étend, en principe, à des faits commis n'importe où dans le monde et par n'importe qui ; lorsque, par conséquent, un tribunal qui ne désigne aucun des critères ordinairement retenus –ni la nationalité d'une victime ou d'un auteur présumé, ni la localisation d'un élément constitutif d'infraction, ni l'atteinte portée aux intérêts fondamentaux de l'État– peut cependant connaître d'actes accomplis par des étrangers, à l'étranger ou dans un espace échappant à toute souveraineté.”²²

En el texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, de 2001, “se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, prescindiendo del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otro nexa con el Estado que ejerza esa jurisdicción”.²³

De acuerdo con los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, adoptados en marzo de 2002: “La ‘compétence universelle’ est le droit de l'État de poursuivre et juger l'auteur présumé d'une infraction, quels que soient le lieu de l'infraction, la nationalité ou la résidence de son auteur présumé ou de la victime”.²⁴

²⁰ International Criminal Tribunal for Rwanda – Africa Legal Aid; Experts Meeting on “African Perspectives on Universal Jurisdiction for International Crimes”, 18-20 October 2002, Arusha, Tanzania; “Keynote Address”; disponible en <http://www.ictj.org/ENGLISH/speeches/pillay201002.htm>.

²¹ Luc REYDAMS distingue tres conceptos de jurisdicción universal, que denomina “co-operative general universality principle”, “co-operative limited universality principle” y “unilateral limited universality principle”; Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 28-42.

²² Géraud DE LA PRADELLE, “La compétence universelle”, en Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, y Alain PELLET, (dir.), *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 905.

²³ Principio 1; los principios fueron formulados en dicha universidad estadounidense por un conjunto de juristas de tradición anglosajona, en 2001; la versión española del texto, con sus comentarios, ha sido distribuida como documento oficial de la AGNU, Doc. NU A/56/677 (2001).

²⁴ Adoptados por el “Groupe de Bruxelles pour la justice internationale”. Puede consultarse en línea, en Avocats Sans Frontières, http://www.asf.be/publications/formations_rdc_colloque_lutter_contre_impunit%e9_2002_FR.pdf.

El principio de jurisdicción universal ha sido incorporado con distintas variantes a las disposiciones de numerosos convenios internacionales, en relación con muy diversos comportamientos delictivos, siendo el supuesto clásico el de la piratería en alta mar.²⁵ Pero no ha existido un criterio uniforme en la práctica convencional según el cual el sistema de jurisdicción universal se aplique a todos los tipos penales internacionales, o se aplique en función de la gravedad de los mismos. De esta manera, por ejemplo, no se recoge en algunos convenios más antiguos relativos al genocidio o la discriminación racial. Sí se recoge, en cambio, de una u otra forma, entre otros, en los relativos a los crímenes de guerra, la captura ilícita de aeronaves o la toma de rehenes.²⁶

No obstante, es posible percibir una tendencia a la uniformización de la técnica utilizada en los convenios. Cabe diferenciar los supuestos en que la jurisdicción universal se establece como obligación de aquellos en que aparece como una facultad.

Con carácter general, la aplicación de la jurisdicción universal, junto a cualquier otro título de jurisdicción, aparece como una obligación genérica en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, en lo que se formula ante todo como una obligación de perseguir y juzgar²⁷ las infracciones graves de dichos Convenios.²⁸ Así, el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, dispone lo siguiente:

²⁵ CPJI, *Affaire du Lotus*, arrêtu du 7 septembre 1927; Opinión disidente del juez Moore: “Dans le cas de ce qui est connu sous le nom de piraterie du Droit des Gens, il a été concédé une compétence universelle, en vertu de laquelle toute personne inculpée d'avoir commis ce délit peut être jugée et punie par tout pays sous la juridiction duquel elle vient de se trouver [...]. Bien qu'il y ait des législations qui en prévoient la répression, elle est une infraction de droit des gens; et étant donné que le théâtre des opérations du pirate est la haute mer où le droit ou le devoir d'assurer l'ordre public n'appartient à aucun pays, il est traité comme l'individu hors-la-loi, comme l'ennemi du genre humain –*hostis humanis generis*– que tout pays, dans l'intérêt de tous peut saisir ou punir”; *vid.* Convenio de Ginebra sobre alta mar, de 1958 (artículo 19), BOE, 27 de diciembre de 1971; Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982 (artículo 105), BOE, 14 de febrero de 1997. Sobre los antecedentes véase Kenneth C. RANDALL, “Universal Jurisdiction Under International Law”, *Tex. L. Rev.*, vol. 66, 1988, pp. 791-815. Puede verse un análisis detallado de la práctica convencional en Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, *op. cit.* pp. 57 y ss.

²⁶ Al respecto, véase el estudio de la práctica convencional que hace Cherif BASSIOUNI en *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 84 y ss. En los derechos internos suele existir una mayor identidad entre jurisdicción universal y tipificación internacional; L. GARDOCKI, “General Report...”, *op. cit.* p. 105. Para el caso español, F. BUENO ARÚS, “Espagne, Rapport National”, AIDP, Les crimes internationaux et le droit pénal interne”, *op. cit.* RIDP, 1989, 1-2, pp. 251-261.

²⁷ Es mayoritaria la consideración de que esta obligación se limita a los casos en que el inculpado se encuentra en el territorio del Estado Parte o bajo su jurisdicción; Paola GAETA, “Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux”, en Antonio CASSESE, y Mireille DELMAS-MARTY, (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, París, 2002, pp. 206-207; entre nosotros, Jaume FERRER LLORET, “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *op. cit.* p. 137; en contra, Mohamed M. EL ZEIDI, “Universal Jurisdiction In Absentia: Is it a Legal Valid Option for Repressing Heinous Crimes?”, *Int'l L.*, vol. 37, 2003, pp. 852-853. En todo caso, ello no impide extender la persecución a otros supuestos.

²⁸ Posteriormente, el desarrollo convencional a través de los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de 1949, el desarrollo consuetudinario y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda ha llevado a una ampliación del concepto de crimen de guerra no solamente a otras infracciones distintas de las calificadas en 1949 como “graves”, sino también a los crímenes cometidos en el contexto de conflictos

“Artículo 146. Sanciones penales. I. Generalidades

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente:

“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 condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes...”

El artículo IV de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid recoge también esta obligación en términos muy amplios:

“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 personas apátridas.”²⁹

Sin embargo, en la mayoría de los convenios multilaterales que articulan la cooperación penal internacional, la jurisdicción universal es facultativa. No hay una referencia explícita a la jurisdicción universal, sino que se utiliza a menudo una fórmula que indica que el texto de la convención no excluye ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales.³⁰ Por ejemplo, en la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971,³¹ el artículo 5.3 dice: “El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales.” Fórmulas prácticamente idénticas se incluyen entre otros muchos tratados, por ejemplo, en el artículo 5.3. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984,³² en el artículo 9.3 de la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Finan-

armados sin carácter internacional. Punto de referencia en este proceso es el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Al respecto, véase Julio JORGE URBINA, “Sobre la noción de crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Hacia una Justicia Internacional. XXI Jornadas de Estudio, Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 635-654; Fernando PIGNATELLI y MECA, “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, en REDM, núm. 75, enero-junio 2000, 229-380.

²⁹ Resolución 3068 (XXVIII) de la AGNU, de 30 de noviembre de 1973.

³⁰ El hecho de que no se mencione expresamente no implica, como sostienen algunos autores, que el ejercicio de la jurisdicción universal no esté permitido; por ejemplo: “Presently, there is no treaty that recognizes the right of States to exercise universal jurisdiction in absentia”; Ryan RABINOVITCH, “Universal Jurisdiction in Absentia”, 28 *Fordham Int'l LJ* (2005), p. 506. En contra de esta interpretación, Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, *op. cit.* p. 298.

³¹ BOE, 10 de enero de 1974.

ciación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 1989,³³ en el artículo 15.6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000,³⁴ o en el artículo 9.3 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006.³⁵

Pero también, en la mayoría de los casos, esta facultad se convierte en obligación cuando el presunto autor del delito se encuentra en el territorio del Estado Parte en el Convenio, mediante la norma *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar).

Por seguir con los mismos ejemplos, el artículo 5.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, dice:

“Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias 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.”

Esta previsión junto a la obligación para los Estados Parte de reprimir la tortura cometida en su territorio o *por* sus nacionales y la invitación expresa a prever la tortura cometida *contra* sus nacionales, confiere a las obligaciones derivadas de esta convención una amplitud superior a la de otras.

En la misma línea de esa disposición se sitúan, entre muchas otras,³⁶ el artículo 5.2 de la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971, o el artículo 9.2 de la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 1989, o el artículo 9.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

No obstante, en algunos casos, la denegación de una petición previa de extradición aparece como una condición para que se desencadene la obligación alternativa de juzgar. Es el caso, por ejemplo, del artículo 7 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 1977.³⁷

³² BOE, núm. 268, 9 de noviembre de 1987.

³³ UNTS, vol. 2163, núm. 37789.

³⁴ Adoptada por la AGNU el 15 de noviembre de 2000, mediante la Resolución 55/25.

³⁵ Adoptada por la AGNU el 20 de diciembre de 2006, mediante la Resolución 61/177.

³⁶ Bassiouni ha detectado la presencia de esta cláusula en 93 convenios internacionales entre 1815 y 1999, M. Cherif BASSIOUNI, “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, *op. cit.* p. 46.

³⁷ BOE núm. 242, de 8 de octubre de 1980; UNTS, vol. 1137, núm. 17828.

“El Estado Contratante en cuyo territorio se descubra al presunto autor de un delito comprendido en el artículo primero y que haya recibido una solicitud de extradición en las condiciones mencionadas en el párrafo primero del artículo 6, en el supuesto de que no accediese a la extradición del citado individuo, someterá el caso, sin excepción alguna y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la correspondiente acción penal. Dichas autoridades tomarán la decisión que proceda, en las mismas condiciones que para cualquier delito de carácter grave, con arreglo a las leyes del Estado.”

Pero más allá de esos supuestos concretos, no es posible generalizar la interpretación de que solamente opera la obligación de juzgar si se ha denegado previamente una solicitud de extradición y que, por tanto, por así decirlo, la obligación de juzgar no se activaría si no existe tal solicitud;³⁸ una interpretación a todas luces contraria a la letra y al espíritu de la inclusión de esta previsión en múltiples tratados internacionales.³⁹ El objeto principal de esta norma es, precisamente, impedir la inactividad del Estado que pueda conllevar la impunidad de los presuntos autores del delito, contemplado que se hallen en su territorio.⁴⁰

³⁸ Esta parece ser la posición de Alicia GIL GIL, *España*, en K. AMBOS, y E. MALARINO, (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2003, p. 362.

³⁹ En relación con la Convención contra la Tortura, la autorizada opinión de Burgers y Danelius respecto del artículo 5 es que “In view of paragraph 2, the Convention can be said to be based on the principle of universal jurisdiction”, aunque la obligación solamente existe si el acusado está en el territorio. Respecto de la ausencia de petición de extradición afirman: “There were delegations which considered that jurisdiction should be dependent on an extradition request having been made but refused. However, this was not the predominating opinion, and not the opinion which was reflected in the Convention.” Reiteran lo mismo respecto del artículo 7, “...it therefore seems correct to conclude that jurisdiction must be established also for cases where no extradition request is made by any other State”. J. H. BURGERS, y H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*; Dordrecht M. NIHOFF, 1988, pp. 132-133. En su comentario al artículo 9 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la CDI, que califica a la norma como principio, indica que: “The fundamental purpose of this principle is to ensure that individuals who are responsible for particularly serious crimes are brought to justice by providing for the effective prosecution and punishment of such individuals by a competent jurisdiction”; y añade: “In the absence of a request for extradition, the custodial State would have no choice but to submit the case to its national authorities for prosecution. This residual obligation is intended to ensure that alleged offenders will be prosecuted by a competent jurisdiction, that is to say, the custodial State, in the absence of an alternative national or international jurisdiction.”; United Nations, YILC, 1996, vol. II, Part Two.

⁴⁰ Así ha parecido interpretarlo también nuestro Tribunal Supremo: “No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla *aut dedere aut iudicare*, si no se concediere la extradición” (cursivas añadidas). Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 582/2007. Recurso de Casación núm. 183/2007. Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria. Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta. Fecha Sentencia: 21/06/2007. Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz (Fundamento de Derecho Tercero).

Más recientemente, esta norma se ha redactado en términos menos taxativos, limitando la obligación alternativa de juzgar a los supuestos de denegación por el solo hecho de ser nacional el sujeto respecto del cual se ha pedido la extradición. Así, por ejemplo, en el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁴¹ se dispone lo siguiente:

“3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

“4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.”

Y con una redacción idéntica los apartados 3 y 4 del artículo 42 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003.⁴²

A pesar de estas nuevas formulaciones de la norma, en el ámbito de los crímenes que aquí interesan especialmente –crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio– parece avanzar una tendencia a admitir que la norma *extraditar o juzgar*, incluso en una versión más exigente de *juzgar o extraditar* estaría, cuando menos, en proceso de cristalización como norma consuetudinaria.⁴³

Por ello, el artículo 9 del “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, aprobado por la CDI en 1996, titulado “obligación de conceder la extradición o de juzgar”, se propone la aplicación de esta norma a los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad; crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y, por último, a los crímenes de guerra.⁴⁴ Además, en los artículos 8 y 10, y a los efectos de garantizar que la opción sea realmente posible, se prevé, de una parte, que los Estados establezcan su jurisdicción sobre dichos crímenes “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores”, y, de otra, que esos crímenes se consideren incorporados en cualquier tratado de extradición vigente y sean incluidos en los tratados de extradición futuros.⁴⁵ El tema ha sido reabierto en el seno de la CDI

⁴¹ Resolución 55/25 de la AGNU, de 15 de noviembre de 2000.

⁴² Resolución 58/4 de la AGNU, de 31 de octubre de 2003.

⁴³ En referencia a los Convenios de Ginebra de 1949, Eric David ha afirmado que “énoncent, non une obligation *aut dedere aut iudicare*, mais plutôt une obligation *iudicare vel dedere*”; E. DAVID, “Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003?”, *Jura Falconis*, jg 40, 2003-2004, núm. 1, pp. 55-72.

⁴⁴ “Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996”, ONU, Doc. A/51/10, pp. 16-129; p. 54.

⁴⁵ ONU, Doc. A/51/10, *op. cit.* pp. 45 y 59.

desde 2004 y las opiniones ya expresadas por algunos Estados van en la línea de aceptar la obligatoriedad de la norma en relación con los crímenes más graves de trascendencia internacional.⁴⁶

En todo caso, la norma *aut dedere aut iudicare* no debe identificarse con el principio de jurisdicción universal, ya que no es más que una de las maneras de prever el ejercicio de dicha jurisdicción, que puede tener también, como se ha indicado, un fundamento derivado exclusivamente de la ley nacional.⁴⁷

Aparte del fundamento convencional, es posible sostener un fundamento consuetudinario para el ejercicio de la competencia universal en relación, no solamente con los crímenes de guerra, sino también con los crímenes contra la humanidad y el genocidio.⁴⁸ Y ello con base en numerosas resoluciones de distintas organizaciones internacionales, en los procesos de creación por el Consejo de Seguridad de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y de la CPI, y en distintas decisiones judiciales nacionales e internacionales, como las sentencias de 1961 y 1962, de la Corte de Distrito de Jerusalén y de la Corte Suprema de Israel, en el caso Eichmann,⁴⁹ la decisión de 1980 de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en Estados Unidos, en el caso Filártiga;⁵⁰ la sentencia de la High Court of Australia en el caso Polyukhovich, en

1991;⁵¹ la sentencia en primera instancia del TPI para la antigua Yugoslavia, en el caso Furundzija, en 1998,⁵² o la sentencia del juez Gabriel Cavallo, que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida en Argentina, de 2001.⁵³

Distintos pronunciamientos doctrinales, aún con matices, parecen coincidir con este planteamiento: así es en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal⁵⁴ y en los Principios de Bruxelles contre l'Impunité et pour la Justice Internationale.⁵⁵ En el Informe de la ILA sobre la jurisdicción universal, presentado en la sesión de Londres de 2000,⁵⁶ se puede leer:

"2. Gross human rights offences in respect of which states are entitled under customary international law to exercise universal jurisdiction include genocide, crimes against humanity, war crimes (as defined in articles 6-8 of the Statute of the ICC, respectively) and torture (as defined in Article 1 of the UN Convention against Torture). States parties to the Geneva Conventions and the UN Convention against Torture are obliged to exercise universal jurisdiction in respect of grave breaches and torture."

Por su parte, la Resolución del IDI, adoptada en su sesión de Cracovia de 2005, sobre "Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes", dice:

⁴⁶ Véanse los informes del Relator Especial Zdzislaw Galicki (Docs. A/CN.4/571, 7 de junio de 2006; A/CN.4/585 y Corr.1, de 11 de junio de 2007; A/CN.4/603, de 10 de junio de 2008) y las opiniones expresadas por Rusia (A/CN.4/599, 30 de mayo de 2008) y Bélgica (A/CN.4/612, 26 de marzo de 2009). En su tercer informe, el Relator Especial afirma: "Aunque existe un consenso bastante generalizado en el sentido de que puede considerarse que las disposiciones pertinentes de los tratados son en la actualidad la fuente indiscutible de la obligación *aut dedere aut iudicare*, parece haber un interés cada vez mayor entre los miembros de la Comisión en relación con la posibilidad de reconocer también el fundamento consuetudinario de esa obligación, cuando menos respecto de determinadas categorías de delitos, por ejemplo los delitos más graves reconocidos en virtud del derecho internacional consuetudinario", Doc. A/CN.4/603, de 10 de junio de 2008, párr. 40.

⁴⁷ Sobre la relación entre el principio de jurisdicción universal y la norma *aut dedere aut iudicare*, vid. L. GARDOCKI, "General Report...", *op. cit.*, pp. 105-106; las breves consideraciones del Relator de la CDI no hacen distinciones; D. THIAM, "Cuarto informe...", Doc. A/CN.4/398, *op. cit.* p. 42; "Quinto informe...", Doc. A/CN.4/404, *op. cit.* pp. 7-8; tampoco parecen hacerlas Colleen ENACHE-BROWN, y Ari FRIED, "Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Iudicare in International Law"; McGill LJ, vol. 43, (1998), pp. 613-633. Se trata de principios distintos para R. WOLFRUM, "The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts", en Y. DINSTEIN, y M. TABORY, (eds.), *War Crimes in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1996, pp. 235-236.

⁴⁸ Como lo hace, entre otros, M. Cherif BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, *op. cit.* pp. 73-74 y 105. Una posición más matizada en Bartram S. BROWN, "The Evolving Concept of Universal Jurisdiction", *New Eng. L. Rev.*, vol. 35, núm. 2, 2001, pp. 391-395. Una posición contraria, en tanto que niega el fundamento convencional, en lo que concierne al genocidio y la tortura, puede verse en Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, *op. cit.* pp. 187-188. Al respecto, véase el estudio detallado de Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, *op. cit.* pp. 117 y ss., en especial 245-250.

⁴⁹ *The Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem (1961), 36 *ILR* 1968, p. 18; *Attorney General of Israel v. Eichmann*, Israel Supreme Court (1962), 36 *ILR*, 1968, p. 277.

⁵⁰ "In the modern age, humanitarian and practical considerations have combined to lead the nations of the world to recognize that respect for fundamental human rights is in their individual and collective interest. Among the rights universally proclaimed by all nations, as we have noted, is the right to be free of physical torture. Indeed, for purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him *hostis humani generis*, an enemy of all mankind". *Filártiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30 June 1980.

⁵¹ "[T]he material relied on to establish that Australia is or was obliged to take steps to bring to trial in Australia suspected war criminals from the Second World War before international tribunals or before courts of the country in which the crimes were committed were matters of international concern for many years after 1945. Whether those matters were still of international concern in 1989 may be doubted. There is insufficient material to show that the apprehension and trial of war criminals before courts of countries other than those in which the crimes were committed were ever matters of international concern... However, I need not and I do not rest my judgment on this view for there is a further argument which depends simply on the existence of a universal jurisdiction to try international crimes... As the material drawn from international agreements and UNGA resolutions acknowledges, international law recognises a State to have universal jurisdiction to try suspected war criminals whether or not there is any international concern that the State should do so": Justice Brennan, pp. 562-563; *Polyukhovich v. Commonwealth*, High Court of Australia; 14 August 1991, *Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another* (1991), HCA 32; (1991), 172 CLR 501 F.C. 91/026.

⁵² Tribunal Pénal International pour l'ex-Yugoslavie, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Anto Furundzija* (IT-95-17/1) "La Vallée de la Lasva", Jugement du 10 décembre 1998, p. 156.

⁵³ "Tampoco el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de esos crímenes (responsabilidad de los individuos) queda en cabeza del Estado en cuyo territorio ocurrieron los hechos. Por el contrario, toda la humanidad y los Estados en que esta se organiza tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y la sanción punitiva a sus autores o partícipes. Para asegurar que tal interés sea efectivamente satisfecho, el derecho de gentes asigna competencia a todos los Estados para el juzgamiento de los crímenes cometidos en su contra (jurisdicción universal)". *Causa núm. 8686/2000. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 4; Argentina, Asunto "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años"*, 6 de marzo de 2001.

⁵⁴ Doc. A/56/677, *op. cit.*; Principio 3, p. 15.

⁵⁵ Principios 13 y 14.

⁵⁶ ILA, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; "Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences", *op. cit.* p. 21. El informe fue adoptado por la Resolución núm. 9/2000 "International Human Rights Law and Practice".

“2. Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties [...] 3. [...] the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions: a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or noninternational armed conflict.”⁵⁷

Un juez nacional puede, por tanto, encontrar en las normas consuetudinarias internacionales elementos de apoyo para el ejercicio de su jurisdicción,⁵⁸ pero no debe presumirse que basten por sí solos,⁵⁹ si no hay además disposiciones expresas en el derecho interno que –además de tipificar los delitos concretos– establezcan su jurisdicción para juzgarlos cuando se producen fuera del territorio y son cometidos por extranjeros contra extranjeros.⁶⁰

⁵⁷ IDI, Krakow Session – 2005. Seventeenth Commission, “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”; Rapporteur: M. Christian Tomuschat. Sobre la misma; Claus KRESS, “Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international”, JICJ 4 (2006), pp. 561-585.

⁵⁸ Así lo hizo en su decisión de 6 de noviembre de 1998, relativa a la petición de una orden de detención de Augusto Pinochet, el juez belga Damien Vandermeersch, que en ausencia de referencia de la ley belga a los crímenes contra la humanidad, consideró que la competencia universal sobre los mismos se deduce de una norma consuetudinaria de aplicabilidad directa; la traducción inglesa de la decisión, de Louise Beschoor Plug, en 2 YIHL 1999, pp. 475-485.

⁵⁹ Por ejemplo, en el caso *Nylyarimma v. Thompson*, la Corte Suprema de Australia no admitió la aplicación del crimen de genocidio a partir del derecho consuetudinario; *Nylyarimma v. Thompson* (1999) 165 ALR 621; *Nylyarimma v. Thompson* (2000) 21 (15) Leg Rep SL1 High Court of Australia; Andrew D. MITCHELL, “Is Genocide a Crime Unknown to Australian Law? *Nylyarimma v. Thompson*”, 3 YIHL 2000, pp. 362-383. En Francia, ni siquiera la condición de parte en los Convenios de Ginebra ha bastado para considerar directamente aplicables los crímenes de guerra previstos en ellos; Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 mars 1996, núm. 132, Javor; Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 janvier 1998, Munyeshyaka; sobre estos casos: Brigitte STERN, “La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex Yougoslavie et au Rwanda”, GYIL, vol. 40 (1997), pp. 280-299, e “In Re Javor; In Re Munyeshyaka”, AJIL, vol. 93, 1999, pp. 525-529.

⁶⁰ Véase Xavier FERNÁNDEZ PONS, “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, 5 REEI (2002), pp. 11-18. Sobre este aspecto es de interés la argumentación de las respectivas sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo español, en el asunto Scilingo, en relación con la persecución de los crímenes contra la humanidad, que serán tratadas más adelante.

A2. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN RELACIÓN CON EL GENOCIDIO, LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN LAS LEYES NACIONALES

El impacto de la adopción del Estatuto de Roma de la CPI es bien visible en un espectacular proceso legislativo en el plano nacional. Por su vocación universal y el alto número de Estados que han ratificado el Estatuto de Roma,⁶¹ el propio proceso de ratificación ha llevado a muchos Estados a revisar su legislación para adecuarla al Estatuto de la CPI.⁶² Y ello, tanto para armonizar los tipos penales nacionales y los ámbitos de jurisdicción de sus tribunales nacionales, con objeto de garantizar desde un punto de vista material y competencial la complementariedad de la CPI en relación con sus propias jurisdicciones nacionales, como para articular la cooperación penal entre las jurisdicciones nacionales y la de la CPI.

⁶¹ 110 Estados han ratificado el Estatuto a 1 de septiembre de 2009.

⁶² Para el texto de las leyes, puede consultarse <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/legis.php>, <http://www.unhcr.org/refworld/> y <http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/international-criminal-justice-unit/implementation-database.php>. Para el seguimiento legislativo resultan también útiles las páginas web del Comité Internacional de la Cruz Roja <http://www.icrc.org/ihl-nat>, de la FIDH, <http://www.fidh.org/-Competence-universelle->, y de la Coalición por la CPI <http://www.iccnw.org/?mod=romeimplementation>. Y también los documentos siguientes: Amnistía Internacional, “Corte Penal Internacional: Los Estados no promulgan legislación para la aplicación efectiva del Estatuto de Roma”, 31 de agosto de 2004; disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/019/2004>; Human Rights Watch, “Universal Jurisdiction in Europe. The State of the Art”, June 2006; FIDH *A step by step approach to the use of universal (criminal) jurisdiction in western European States*, April 2009; <http://www.fidh.org/FIDH-paper-on-universal>; FIDH-REDRESS, *Universal Jurisdiction Developments: January 2006-May 2009*, disponible en línea en <http://www.redress.org/news/09-06-01Universal%20Jurisdiction%20Developments%202006-09.pdf> y en <http://www.fidh.org/Universal-Jurisdiction-Fighting>; FIDH-REDRESS *Universal Jurisdiction in The European Union, Country Studies*, <http://www.redress.org/conferences/country%20studies.pdf>. También para el ámbito de América Latina: Kai AMBOS, y Ezequiel MALARINO, (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2003. Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO, y J. WOISCHNIK, (eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2006; Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO, y Gisela ELSNER, (eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2007. ⁶³ Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Colombia, República del Congo, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Islandia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Mali, Malta, Holanda, Nueva Zelanda, Níger, Noruega, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia y Montenegro, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Reino Unido; Amnesty Inter

En abril de 2006, según datos de Amnistía Internacional, de los entonces 100 Estados Parte, 40 habían adoptado medidas legislativas de aplicación del Estatuto de Roma⁶³ y otros 31 habían elaborado proyectos legislativos al respecto.⁶⁴ Los 29 restantes no disponían todavía de ningún proyecto legislativo sobre el tema.⁶⁵

De los 40 Estados Parte que habían adoptado medidas legislativas, en 22 se trataba de medidas relativas a la complementariedad y a la cooperación con la Corte.⁶⁶ En otros 8 las medidas adoptadas se refieren solamente a la complementariedad.⁶⁷ En los 10 restantes las medidas se refieren solamente al desarrollo de la cooperación con la Corte.⁶⁸

Desde el punto de vista material, siguiendo a Hankins,⁶⁹ se constata la coexistencia de distintas metodologías para incorporar los crímenes de competencia de la CPI a los ordenamientos jurídicos nacionales: la primera distinción está entre los Estados que tratan de encajarlos en los tipos penales ya incluidos en el ordenamiento interno (lo que conlleva con frecuencia la escasa correspondencia entre los tipos penales y la previsión de penas no apropiadas a la gravedad de los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma) y los que optan, la mayoría, por adoptar medidas legislativas específicas, ya sea mediante una remisión directa al Estatuto de Roma, a las normas convencionales vigentes para el Estado o al derecho internacional, en general; ya sea tipificando los crímenes previstos en el Estatuto de Roma o en el derecho internacional pertinente. En este caso también los Estados están desarrollando distintas opciones: la transcripción literal de las definiciones contenidas en los tratados internacionales, añadiendo las correspondientes penas (lo que asimila los tipos de manera estática, a los que en 1998 quedaron incluidos en el Estatuto de Roma) o los que deciden reescribir los tipos penales para hacerlos más próximos a sus propias terminologías y estructuras penales (lo que permite una asimilación más abierta o dinámica y menos apegada al texto de 1998).⁷⁰

nacional, *The International Criminal Court. Summary of draft and enacted implementing legislation*; disponible en <http://www.iccnw.org/?mod=romeimplementation>.

⁶⁴ Argentina, Benín, Bolivia, Botswana, Brasil, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Gabón, Ghana, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Italia, Jordania, Kenya, República de Corea, Lesotho, Luxemburgo, México, Nigeria, Panamá, Samoa, Senegal, Uganda, Uruguay, Venezuela y Zambia.

⁶⁵ Afganistán, Albania, Andorra, Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Burkina Faso, Camboya, Chipre, Djibouti, Timor-Leste, Fiji, Gambia, Guinea, Guyana, Liberia, Macedonia (FYR), Malawi, Islas Marshall, Mauricio, Mongolia, Namibia, Naurú, Paraguay, San Vicente y las Granadinas, San Marino, Sierra Leone, Tayikistán y Tanzania.

⁶⁶ Australia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Georgia, Alemania, Islandia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Holanda, Nueva Zelanda, Eslovaquia, Sudáfrica, España, Trinidad y Tobago y Reino Unido.

⁶⁷ Burundi, Colombia, República del Congo, Costa Rica, Malí, Níger, Portugal, Serbia y Montenegro.

⁶⁸ Austria, Francia, Letonia, Noruega, Perú, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Suecia y Suiza.

⁶⁹ Stéphane J. HANKINS, "Overview of Ways to Import Core International Crimes into National Criminal Law", en PRIO, *Importing Core International Crimes into National Criminal Law*, Morten Bergsmo, Mads Harlem and Nobuo Hayashi (editors); FICJC Publications núm. 1 (2007), pp. 15-16, disponible en www.prio.no/FICJC.

⁷⁰ Puede verse un análisis de la aplicación de estas opciones en la práctica de los Estados en Joseph RIKHOV, "Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity", 20 CLF (2009), pp. 10-15.

Pero interesa, a los efectos de este trabajo, siquiera una referencia al panorama que resulta de las modificaciones introducidas en cuanto al alcance de las jurisdicciones nacionales. Y el dato más relevante es la tendencia creciente en las leyes nacionales a la consideración de los crímenes de competencia de la CPI como crímenes que deben ser incluidos bajo el campo de acción del principio de la jurisdicción universal.⁷¹

Desde el punto de vista material, en los países que no han adoptado leyes especiales en relación con los crímenes de competencia de la Corte y que se rigen por normas anteriores al Estatuto de Roma se constata que no todos los crímenes son tratados por igual, de tal manera que se establece la jurisdicción universal para unos crímenes y no para otros. Es habitual que se establezca en aquellos casos en que viene derivada de obligaciones convencionales, especialmente la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y la tortura, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas de 1984.⁷² En cambio el genocidio⁷³ y los crímenes contra la humanidad⁷⁴ no siempre están definidos como tales y son perseguibles en ciertos supuestos concretos, por ejemplo, en tanto que asesinatos o torturas, o delitos de esclavitud o desapariciones forzadas, respectivamente, a no ser que, en el marco de la cooperación específica con los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia o Ruanda se hayan establecido normas específicas para dichos supuestos.⁷⁵

⁷¹ No es posible entrar en estas páginas en un estudio detallado de esta legislación, pero debe tenerse en cuenta con carácter general que sus efectos son plenos para el futuro. En cambio, en relación con hechos pasados su aplicabilidad total o parcial vendrá condicionada por diversas circunstancias y, en especial, el contenido de la legislación material y procesal reemplazada.

⁷² Es el caso, entre otros, de Austria, Código Penal de 1974, artículo 64.1.6.; StF: BGBl. Nr. 60/1974; Dinamarca, Código Penal (*Straffeloven*), texto refundido, núm. 886 de 30 de octubre de 1992, secc. 8(5); con otras posibilidades en sec. 7 y 8 (3) y (6); Grecia, Código Penal (Poinikos Kodikas) 1951, artículo 8 (k); Italia, Código Penal (Codice Penale) R. D. n. 1398 del 19 ottobre 1930 - *Gazzetta Ufficiale*, núm. 253, 28-10-1930; artículo 7; Kenya, *Geneva Conventions Act 1970*, section 3(1); Nigeria, *Geneva Conventions Act 1960*, section 3(1); Noruega, Código Penal de 1982, artículo 12.4. Austria lo interpretó también así en relación con el genocidio. Entre los Estados no Parte en el Estatuto de Roma, Rusia: Código Penal de 1996; artículo 12.3; núm. 63-FZ, 13 junio 1996; Israel: Código Penal (626/1996), artículo 16; en el caso de los Estados Unidos, el Restatement (Third) of The Foreign Relations Law of The United States § 404 (1986), dispone que: "A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism...". Sobre la jurisdicción universal en Estados Unidos, MARK S. Zaid "Will or Should the United States Ever Prosecute War Criminals? A Need For Greater Expansion in the Areas of Both Criminal and Civil Liability", *New Eng. L. Rev.*, vol. 35, 2 (2001), pp. 447-469. Como excepción cabe mencionar el caso de Ruanda, *Loi organique du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1er octobre 1990*.

⁷³ Es el caso de: Grecia, Código Penal de 1951; Noruega, Código Penal de 1982. Sobre la regulación nacional del genocidio véanse los datos aportados por Manuel OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, op. cit. pp. 448-462.

⁷⁴ En el caso de: Bulgaria, Código Penal de 1968, SG 26 1968; artículo 6, Dinamarca, Código Penal, Texto, núm. 886 de 30 de octubre de 1992; Ecuador, Código Penal de 22 de enero de 1971; *Registro Oficial* Suplemento núm. 147; Finlandia, Código Penal (39/1889); Grecia, Código Penal de 1951; Paraguay, Código Penal, Ley 1160/97, de 26 de noviembre de 1997; o Suecia, Código Penal, *Ds 1999:36*.

⁷⁵ En el caso de Francia, hasta ahora, ni siquiera se ha considerado aplicable a las infracciones graves del derecho internacional humanitario Code de Procédure Pénale, modificado por la *Loi n.º. 99-515 du 23 juin 1999*,

En cambio, en los países que han adoptado leyes penales específicas para la complementariedad con la Corte⁷⁶ y también los que han reformado sus códigos penales o sus normas procesales a estos efectos,⁷⁷ se constata, en general,⁷⁸ una homologación de tratamiento –salvo lo ya dicho respecto de las técnicas de incorporación– en cuanto a los supuestos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad e incluso torturas, en el sentido de establecer la jurisdicción universal en unos u otros términos, para todos ellos.

No obstante, el ejercicio concreto de la jurisdicción universal está sujeto según los Estados a distintas condiciones, tales como los plazos de prescripción, el papel asignado a los fiscales, o la exigencia de puntos de conexión con el Estado. A todo ello se hará referencia más adelante.

JORF 24 juin 1999, Arts. 689-1 a 689-10; salvo cuando se trata de crímenes de la competencia de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, regulados por leyes especiales: *Loi n° 95-1 du 2 janvier 1995*; *Loi n° 96-432 du 22 mai 1996*.

⁷⁶ Es el caso de: Argentina, Ley 26.200, de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 13 de diciembre de 2006, Alejandro E. ÁLVAREZ, "The Implementation of the ICC Statute in Argentina", JICJ, 5 (2007), pp. 480-492.; Canadá, *Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*, c. 24, C-45.9; adoptada el 29 de junio de 2000 [RSC 2000, c. 24], artículo 8, que amplía los supuestos respecto a la anterior *An Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act and the Citizenship Act*, SC 1987, c. 37 [RSC 1985, c. 30 (3rd Supp.)]; sobre la Ley, véase W. A. SCHABAS, "Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute", 3 YIHL (2000), pp. 337-346; Croacia, Ley de 4 de noviembre de 2003, *Law on the Application of the Statute of the International Criminal Court and on the Prosecution of Criminal Acts against the International Law on War and Humanitarian Law*, Ivo JOSIPOVIC, "Responsibility for war crimes before national courts in Croatia", IRRRC, Volume 88 Number 861 March 2006, pp. 145-168; Malta, Chapter 453, International Criminal Court Act, Act XXIV of 2002, sec.7 (3); Níger, *Law No. 2003-025 of 13 June 2003*, artículo 208.8. Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act 2000, Public Act 2000*, núm. 26, sec. 8; Países Bajos, *270 Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, sec.2; 6 YIHL 2006, pp. 750-761; Portugal, Lei n° 31/2004 de 22 de Julho, *Adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário – 17ª alteração ao Código Penal*, modifica el artículo 5 del Código Penal; Reino Unido, *International Criminal Court Act 2001*, 2001 Chapter 17, (aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte), sec. 51 y 58; República del Congo; *Loi n° 8 - 98 du 31 octobre 1998, portant définition et répression du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*; Sudáfrica, Ley núm. 27 de 2002, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002*, Government Gazette, vol. 445, núm. 23642, 18 July 2002, sec. 4 (1) y (2), Du Plessis, Max, "Bringing the International Criminal Court home – the implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 2002", 16 SACJ 1, 2003, pp. 1-16; y "South Africa's Implementation of the ICC Statute. An African Example", JICJ, 5 (2007), pp. 460-479; Trinidad y Tobago, *The International Criminal Court Bill, 2005, N° 6 of 2005*, artículo 8; Uruguay, *Ley núm. 18.026, de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad*; D.O. 4 de octubre de 2006 - núm. 27091, artículo 4.2; entre los Estados no Parte en el Estatuto de Roma Israel (1950) y Estados Unidos (2007) han adoptado una ley para el genocidio.

⁷⁷ Es el caso de: Alemania, Ley de Introducción del Código Penal Internacional, BGBl. 2002 I, P 2254, 26 junio 2002; traducción inglesa en 5 YIHL 2005, pp. 790-800; Helmut SATZGER, "German Criminal Law and Rome Statute. A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law", Int'l Crim. L. Rev., vol. 2, 2002, pp. 261-282; Gerhard WERLE, y Florian JESSBERGER, "International Criminal Justice is Coming Home: the New German Code of Crimes against International Law", CLF, vol. 13, 2002, pp. 191-223; Australia, *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002*, núm. 42, 2002; Gillian TRIGGS, "Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court: A Quiet Revolution in Australian Law", 25, Sydney L. Rev., 2003, pp. 507-534 ; Bélgica, *Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire* (M.B., 7 août 2003); traducción inglesa en 42 ILM 1258 (2003); sobre la misma y sus precedentes, A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, op. cit. pp. 113-120; Bosnia y Herzegovina, Código Penal

A pesar del nuevo desarrollo legislativo, que contempla en muchos países la jurisdicción universal para los crímenes más graves, hasta ahora solamente en algunos de ellos se han suscitado casos en que la jurisdicción universal haya resultado aplicable; además no son muchos aquellos en que se ha llegado a celebrar el juicio. No obstante, como se verá en el siguiente apartado, esta práctica se ha intensificado en los últimos años, de manera paralela al establecimiento de tribunales penales internacionales, como los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, creados en 1993 y 1994, respectivamente, y, en particular, la CPI, creada en virtud del Estatuto adoptado en Roma en 1998.

de junio 2003, "Official Gazette" 3/03; Costa Rica, *Ley núm. 8272, de represión penal como castigo por los crímenes de guerra y de lesa humanidad*, 25 de abril de 2002; Panamá, Ley núm. 14 del Código Penal, de 18 de mayo de 2007, núm. 25796 Gaceta Oficial Digital, 22 de mayo de 2007, Arts. 19-21; Senegal, *Loi n° 2007-02, du 12 février 2007 modifiant le Code pénal*; *Journal Officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007 y *Loi n° 2007-05, du 12 février 2007 modifiant le Code de la Procédure pénale relative à la mise en œuvre du Traité de Rome instituant la Cour pénale internationale*; *Journal Officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007, artículo 2, que modifica el artículo 669 del Código; Timor-Leste, Código Penal, Decreto Lei 19/2009, 30 de marzo de 2009, arts. 8.3 y 123-130; y las reformas en curso en Francia y Suiza, *Loi fédérale Projet portant modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 abril 2008. Entre los Estados que no son parte del Estatuto de Roma, Azerbaiyán; Código Penal adoptado el 30 de diciembre de 1999, en vigor desde el 1 de septiembre de 2000; artículo 12.3; Etiopía: (solamente genocidio y crímenes de guerra) Proclamación núm. 414/2004, Código Penal, en vigor desde el 9 de mayo de 2005; artículo 17.1.

⁷⁸ Aunque hay excepciones: así, Colombia, Código Penal, Ley 599, de 24 de julio de 2000, que no tipifica los crímenes contra la humanidad como tales; Estonia, Código Penal de 6 de junio de 2001, (RT I 2001, 61, 364; RT I 2002, 86, 504), sec. 8, con una remisión a los tratados que obliguen al país; Finlandia, Código Penal (39/1889), Sec.7 y Decreto de aplicación del capítulo 1, sección 7 del Código Penal (627/1996, enmendado por los decretos 353/1997, 118/1999, 537/2000 y 370/2001), 11 de septiembre de 2001, que no incluye a todas las modalidades de crímenes contra la humanidad; o Irlanda, *International Criminal Court Bill 2003*, núm. 36-2003, que solamente la prevé para los crímenes de guerra.

A3. LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN RELACIÓN CON EL GENOCIDIO, LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Mientras el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con los crímenes internacionales más graves ha sido prácticamente inexistente hasta los años 90, la dinámica generada por la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y el proceso de creación de la CPI, han supuesto un impulso indiscutible, no solamente, como ya se ha indicado, para su previsión creciente en las normas nacionales, sino también para su ejercicio por algunas jurisdicciones nacionales.

En una relación que no puede ser exhaustiva, puesto que las investigaciones policiales sin publicidad y el desarrollo de los procedimientos judiciales están en constante actividad en muchos países, se puede mencionar ya una serie representativa y significativa de casos de ejercicio de la jurisdicción universal en relación con crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, aparte de los abiertos en España, que serán tratados más adelante.⁷⁹

En **Alemania** se han planteado varios casos, especialmente en relación con el conflicto de la antigua Yugoslavia.⁸⁰ El 23 de mayo de 1997, Novislav Djajic, aunque acusado de genocidio, fue condenado en Múnich a cinco años de prisión por crímenes de guerra.⁸¹ El 26 septiembre de 1997, en Düsseldorf, Nikola Jorgic, jefe de un grupo paramilitar que

⁷⁹ Aparte de las decisiones judiciales citadas, este apartado se basa en la información disponible en las siguientes páginas web: <http://www.haguejusticeportal.net/>; <http://www.trial-ch.org/en/trial-watch.html>; <http://www.hrw.org/>; <http://www.icrc.org/ihl-nat>, <http://www.icwc.de/index.php?id=1&L=6>; http://www.redress.org/Universal_jurisdiction.html y <http://www.fidh.org/-Competence-universelle->.

⁸⁰ Véase Ruth RISSING-VAN SAAN, "The German Federal Supreme Court and the Prosecution of International Crimes Committed in the Former Yugoslavia", 3 JICJ (2005), 381-399. Aunque fue transferido al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el primero de ellos fue el caso Tadic, en el que se exigió, para el ejercicio de la jurisdicción universal, la existencia de un vínculo del caso con Alemania; *Bundesgerichtshof*, 13 February 1994.

⁸¹ *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 23 May 1997, re D., 3 St 20/96.

practicó la limpieza étnica en Bosnia, fue condenado por genocidio a cuatro penas de cadena perpetua y otras penas de prisión, agrupadas en una pena de cadena perpetua.⁸² El 29 de noviembre de 1999, también en Düsseldorf, Maksim Sokolovic fue condenado a nueve años de prisión por crímenes de guerra y complicidad en genocidio, cometidos contra musulmanes en Serbia.⁸³ Poco después, el 15 de diciembre de 1999, la Corte de Baviera condenó a Djuradj Kusljic, antiguo jefe de policía de la localidad bosnia de Vrbanjci, a cadena perpetua por genocidio.⁸⁴

En otros supuestos, la posibilidad de ejercicio de la competencia universal ha sido bloqueada por la Fiscalía en ejercicio de la discrecionalidad que le atribuyen las leyes alemanas para la persecución de estos delitos. Este ha sido el caso, por ejemplo, de sucesivas demandas contra Donald H. Rumsfeld, ex secretario de defensa de los Estados Unidos (demandado también en otros países) y otros altos cargos de la Administración Bush, por su responsabilidad en las prácticas de tortura en prisiones controladas por dicho país en Iraq y Guantánamo.⁸⁵ Otro caso se refiere al que fuera ministro del Interior de Uzbekistán entre 1991 y 2005, Zakirjon Almatovich Almatov, presunto responsable, entre otros hechos, de ordenar la práctica sistemática de la tortura en dicho país. Aprovechando una estancia por motivos médicos en Alemania en 2005, se presentó una demanda ante el fiscal general contra él y otras once personas, con objeto de abrir un proceso penal. El 31 de marzo de 2006, el fiscal rechazó la demanda dado que los hechos imputados se habrían cometido antes de la entrada en vigor del Código de Crímenes Internacionales y sería inútil confiar en el regreso de Almatov a Alemania o en la cooperación de las autoridades de Uzbekistán,⁸⁶ obviando que, probablemente, debería haber actuado mientras se encontraba en el territorio.

⁸² *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 26 September 1997, re J., IV - 26/96. La Corte Federal confirmó en apelación la sentencia en primera instancia en 1999; *Bundesgerichtshof*, 3 StR 215/98, 30 April 1999. La Corte Constitucional de Alemania rechazó en 2000 una nueva apelación; *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 1290/99 12.12.2000. *Bundesverfassungsgericht*. Jorgic recurrió ante el TEDH, que desestimó sus argumentos en sentencia de 12 de julio de 2007: Fifth Section, Case of Jorgic v. Germany (Application núm. 74613/01), Judgment, Strasbourg, 12 July 2007.

⁸³ *Oberlandesgericht, Düsseldorf*, 29 November 1999, 2 StE 6/97. La Corte Federal de Justicia confirmó la sentencia el 21 de febrero de 2001; *Bundesgerichtshof*, Sentencia de 21 de febrero de 2001, 3 StR 372/00.

⁸⁴ *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 15 December 1999, re K., 6 St 1/99.6 St 1/99. Su recurso ante la Corte Federal de Justicia fue rechazado el 21 de febrero de 2001 por la Corte que confirmó la sentencia; *Bundesgerichtshof*, Sentencia de 21 de febrero de 2001, StR 244/00.

⁸⁵ La primera, presentada en noviembre de 2004, fue rechazada con el argumento del principio de subsidiariedad, fundado en que los hechos podían ser juzgados en Estados Unidos The Prosecutor General at the Federal Supreme Court, Karlsruhe, 2 February 10 2005, 3 ARP 207 / 04, Re: *Complaint Against Donald Rumsfeld et al.* 45 ILM 119 (2006). La segunda demanda, que fue presentada en noviembre de 2006, fue rechazada de nuevo por el fiscal federal en abril de 2007 con base en el criterio de que los demandados no residían en el territorio alemán, ni se encontraban en él ni se esperaba que se encontraran en él. The Prosecutor General at the Federal Supreme Court, Karlsruhe, April 5, 2007: 3 ARP 156/06-2, Re: Criminal Complaint against Donald Rumsfeld et al. El 13 de noviembre de 2007 se ha presentado un recurso ante la Corte Regional de Frankfurt.

⁸⁶ No obstante, en relación con el mismo caso, en noviembre de 2008, el fiscal general se negó a actuar contra Rustan Injatow, jefe del servicio secreto de Uzbekistán, de visita oficial en Alemania. Sobre el caso: Salvatore ZAPPALÀ, "The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister. Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?", JICJ, 4 (2006), pp. 602-622. En abril y junio de 2005 el fiscal general rechazó abrir procedimientos contra el dirigente checheno Ramzan Kadyrov y contra el ex presidente de China, Jiang Zemin, estimando que gozaban de inmunidad penal.

Algunos ciudadanos ruandeses presuntamente implicados en el genocidio de 1994 han sido detenidos, en los últimos años, en Alemania y puestos en libertad a pesar de la solicitud de extradición de Ruanda,⁸⁷ alegando que el sistema judicial de Ruanda no ofrece garantías suficientes, de acuerdo con el criterio del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, para negarse a transferir a Ruanda el juicio de tres acusados.⁸⁸ En cambio, las autoridades alemanas detuvieron el 9 de noviembre de 2008, en Frankfurt, a Rose Kabuye, coronel del ejército, ex alcaldesa de Kigali y jefa de protocolo del actual presidente de Ruanda, Paul Kagame, por su presunta participación en el asesinato del ex presidente de Ruanda Juvenal Habyarimana en 1994, como consecuencia de una orden de detención emitida por Francia en 2006, que después fue extraditada a dicho país.

En los años 80 se abrieron tres casos en **Australia** en el marco de la War Crimes Act de 1945, modificada en 1989:⁸⁹ los de Ivan Polyukhovich, Michael Berezowski y Heinrich Wagner, en relación con crímenes de guerra presuntamente cometidos en Ucrania durante la Segunda Guerra Mundial. En el caso de Michael Berezowski, imputado el 5 septiembre 1991, los cargos fueron retirados el 29 de julio de 1992; en el caso de Heinrich Wagner, imputado el 10 agosto 1992, los cargos fueron retirados por motivos médicos. La Corte Suprema de Australia afirmó en 1991, en el caso Polyukhovich, la jurisdicción de dicho país para perseguir los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de autores y víctimas.⁹⁰ No obstante, fue puesto en libertad por falta de pruebas suficientes en mayo de 1993.

En **Austria** hay que mencionar el caso de Dusko Cvjetkovic, un serbobosnio al que se le atribuía la comisión de actos de genocidio en Bosnia. El 1 de junio de 1994, la Corte Suprema Regional de Linz afirmó la competencia de la jurisdicción austriaca sobre el genocidio. Esta decisión fue confirmada en apelación por la Corte Suprema de Austria en 1994.⁹¹ No obstante, Cvjetkovic fue absuelto de todos los cargos, en 1995, por la Corte de Distrito de Salzburgo.⁹²

⁸⁷ Es el caso de Onesphore Rwabukombe, antiguo alcalde de Muyumba, detenido el 24 de abril de 2008, y de Callixte Mbarushimana, secretario general del Frente Democrático de Liberación de Ruanda (FDLR), detenido el 7 de julio de 2008; ambos fueron puestos en libertad el 3 de noviembre de 2008. No obstante, Rwabukombe fue detenido de nuevo el 28 de diciembre de 2008 como consecuencia de una orden emitida por un juez federal.

⁸⁸ Se trata de los casos: *The Prosecutor v Yussuf Munyakazi*, Case No. ICTR- 97-36-R11bis, 28 May 2008; *The Prosecutor v Gaspard Kanyarukiga*, Case núm. ICTR- 2002-78-R11bis, 6 June 2008; *The Prosecutor v Ildphonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-11bis, 19 June 2008. La cuestión de las extradiciones a Ruanda, en relación con la fiabilidad del sistema judicial ruandés, frente a la que los Estados han dado distintas respuestas, ha suscitado un considerable debate jurídico; véase “Extraditing Genocide Suspects From Europe to Rwanda. Issues and Challenges”, Report of a Conference Organised by REDRESS and African Rights at the Belgian Parliament, 1 July 2008.

⁸⁹ Véase: Gillian TRIGGS, “Australia’s War Crimes Trials: All Pity Choked”, en T. L. H. McCORMACK, y G. J. SIMPSON, (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, 1997, pp. 123-149.

⁹⁰ *Ivan Timofeyevich Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another* 90/005 [1990] HCA 40 (17 September 1990); 14 August 1991, *Polyukhovich v. The Commonwealth of Australia and Another* [1991] HCA 32; (1991), 172 CLR 501 F.C. 91/026; en particular las opiniones de los jueces Brennan y Toohey.

⁹¹ *Oberster Gerichtshof*, 15Os99/94, 13 July 1994.

⁹² *Republic of Austria v. Cvjetkovic*, Landesgericht Salzburg, 31 May 1995.

En 1999 se abrió una investigación contra el militar iraquí Izzat Ibrahim Khalil (a.k.a. Al Doori) por actos de tortura en Iraq. Aunque en ese momento se encontraba en Austria para seguir tratamiento médico, abandonó el país a los pocos días sin que el procedimiento tuviera continuidad.⁹³ Tampoco prosperó la denuncia presentada por torturas en junio de 2008, contra el presidente de Chechenia, Ramzan Kadyrov, con ocasión de la presencia de este en Austria, en esas fechas.

Bélgica es el país donde más personas han sido juzgadas en ejercicio de la jurisdicción universal.⁹⁴ En relación con el conflicto de Ruanda se han celebrado en Bélgica, hasta el momento, tres procesos penales y está anunciado un cuarto.

En el primero de los juicios, ante la Cour d’Assises de Bruxelles, fueron juzgadas cuatro personas (“Los cuatro de Butare”), según procedimientos abiertos en 1995: Vincent Ntezimana, ex presidente de la Asociación del personal académico de la Universidad de Butare; Alphonse Higaniro, influyente político y empresario, y las religiosas benedictinas Consolata Mukangango (Sor Gertrude) y Julienne Mukabutera (Sor Maria Kisito), acusadas de participar en la masacre de más de 7.000 personas en el convento del cual la primera era madre superiora. El 8 de junio de 2001 se hizo público el veredicto: Ntezimana fue condenado a doce años de prisión por crímenes de guerra; Higaniro fue condenado a veinte años de prisión por crímenes de guerra; Mukangango fue condenada a quince años de prisión y Mukabutera fue condenada a doce años de prisión, en ambos casos por la comisión de crímenes de guerra.

En el segundo juicio, Etienne Nzabonimana y Samuel Ndashyikirwa, antiguos comerciantes de cerveza en la prefectura de Kibungo, fueron detenidos en Bélgica en 2002 y 2004, respectivamente. El 28 de junio de 2005 fueron condenados a doce y diez años de prisión, respectivamente, por crímenes de guerra en conexión con su participación en las masacres que tuvieron lugar en esa zona de Ruanda.

El tercer juicio fue el de Bernard Ntuyahaga, mayor del ejército de Ruanda, implicado en el asesinato de diez soldados belgas miembros de la misión de la ONU encargados de la protección de la primera ministra Agatha Uwilingiyimana, asesinada el 7 de abril de 1994. El 5 de julio de 2007, la Corte lo declaró culpable del asesinato de los cascos azules y lo condenó a veinte años de prisión. Un cuarto juicio se desarrolló el 9 de noviembre de 2009. Se trata del caso de Ephrem Nkezabera, que fue director del Banco Comercial de Ruanda y miembro de la dirección de la milicia hutú Interahamwe, la cual

⁹³ REDRESS-FIDH, *Universal Jurisdiction in the European Union, Country Studies*, p. 8; disponible en línea en <http://www.redress.org/conferences/country%20studies.pdf>.

⁹⁴ En aplicación de la Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, 16 June 1993, *Moniteur Belge*, 5 August 1993, cuyo ámbito de aplicación se amplió a los crímenes contra la humanidad y al genocidio en 1999: Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, 10 february 1999, *Moniteur Belge*, 23 March 1999. Sobre el alcance de las investigaciones en Bélgica, véase Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, pp. 109-112; Damien VANDERMEERSCH, “Prosecuting International Crimes in Belgium”, JICJ 3 (2005), pp. 400-421.

se encargaba de financiar. Fue detenido en 2004 en Bruselas acusado de crímenes de guerra y de genocidio.

Ha habido otros muchos intentos de ejercer la jurisdicción universal en Bélgica que, por distintos motivos, no han prosperado.⁹⁵ Entre ellos está la demanda contra Augusto Pinochet, presentada en noviembre de 1998 por un grupo de exiliados chilenos cuando ya estaba detenido en el Reino Unido. En su decisión de 6 de noviembre de 1998, el juez instructor rechazó la inmunidad de Pinochet, afirmó la aplicabilidad de la ley belga de crímenes de guerra de 1993 a hechos anteriores a su adopción y afirmó la perseguibilidad de los crímenes contra la humanidad en Bélgica sobre la base del derecho internacional consuetudinario.⁹⁶ Otro caso conocido es el ya mencionado en relación con la orden de detención emitida contra el entonces ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Yerodia Abdoulaye Ndombasi, que dio lugar al litigio entre ambos países sometido a la Corte Internacional de Justicia.⁹⁷ Otro caso es el relativo a la matanza de civiles en los campos de refugiados de Sabra y Chatila, en el Líbano, entre el 16 y el 18 de septiembre de 1982, en el que se demandó a distintos dirigentes israelíes, entre ellos al entonces ministro de defensa, Ariel Sharon, y al entonces brigadier general del ejército, Amos Yaron.⁹⁸ La demanda presentada en marzo de 2003 contra el presidente George H. W. Bush y otros por presuntas violaciones del derecho internacional humanitario en Iraq, fue rechazada a instancias del fiscal por la Corte de Casación.⁹⁹ Otra demanda similar fue presentada en mayo de 2003 contra el general estadounidense Tommy Franks, comandante de las fuerzas de Estados Unidos y el Reino Unido en Iraq y otros, por infracciones graves del derecho internacional humanitario.¹⁰⁰

⁹⁵ Entre ellos denuncias contra: el antiguo jefe de la seguridad palestina, Muhammad Dahlan; el ex presidente de China, Jiang Zemin; los máximos líderes de los Khmer Rouge de Camboya; el ex presidente de Irán, Ali Akbar Hachémi Rafsandjani; el ex ministro de Marruecos, Driss Basri; el presidente de Ruanda, Paul Kagame; el Presidente de la República del Congo, Denis Sassou Nguesso; el entonces presidente de Iraq, Saddam Hussein; el entonces presidente de Cuba, Fidel Castro; el presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo; el de la República Centroafricana, Ange-Félix Patassé, y el de Mauritania, Maaouya ould Sid'Amhed Taya.

⁹⁶ Se trata de la decisión ya indicada del juez Damien Vandermeersch, 2 YIHL 1999, pp. 475-485; al respecto, Luc REYDAMS, "Universal Criminal Jurisdiction: the Belgian State of Affairs", CLF, vol. 11, 2000, pp. 206-213.

⁹⁷ Será tratado más adelante.

⁹⁸ Tras una primera decisión de inadmisión por no encontrarse los autores en el territorio de Bélgica, por parte de la Cámara de Apelaciones de Bruselas, el 26 de junio de 2002, la Corte de Casación revocó dicha decisión el 12 de febrero de 2003, aunque apreció la existencia de inmunidad para Ariel Sharon, entonces primer ministro de Israel; 12 de febrero de 2003, Corte de Casación de Bélgica, Sentencia núm. P. 02.1139.F/1. La Cámara de Apelaciones de Bruselas, el 10 de junio de 2003, excluyó del caso a Ariel Sharon, pero el caso fue cerrado también para Amos Yaron, tras la modificación –el 23 de junio de 2003– de la ley belga que restringía el alcance de la jurisdicción universal, por decisión de la Corte de Casación, de 24 de septiembre de 2003.

⁹⁹ Por cuanto, de acuerdo con la nueva ley belga, no había nacionales belgas entre los demandantes y ninguno de los demandados tenía su residencia en Bélgica; *Bush George H. W. sr et consorts*, Número: JC039O1_1; Date: 2003-09-24, Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre, Numéro de rôle: P031216F.

¹⁰⁰ Como el anterior, el caso fue cerrado por la Corte de Apelación de Bruselas el 23 de septiembre de 2003, en fallo confirmado por la Corte de Casación el 14 de enero de 2004, *Général Tommy Franks*, Número: JC041E2_2 Date: 2004-01-14, Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre; Numéro de rôle: P031310F.

Otro caso todavía en curso es el del ex presidente del Chad, Hissène Habré, al que la justicia belga persigue desde septiembre de 2005 por los crímenes cometidos durante su mandato, entre 1982 y 1990, y especialmente por delitos de tortura, ámpliamente documentados sobre el terreno gracias a la cooperación del actual Gobierno del Chad.¹⁰¹

Un último caso merece ser mencionado. Se trata de la demanda presentada por un grupo de víctimas birmanas en abril de 2002 contra, entre otras personas, dos altos directivos de la empresa petrolera Total, el francés Hervé Madeo (actual responsable de un macroproyecto gasístico en el Mar de Barents) y el belga Thierry Desmarest (actual presidente de Total-Fina-Elf SA), por su responsabilidad, durante los años 90, en las violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas armadas de Birmania.¹⁰² En junio de 2005, la Corte de Casación decidió inadmitir la demanda y poner fin al procedimiento.¹⁰³ Esta decisión fue anulada por la Corte de Arbitraje el 21 de abril de 2006, por lo que la causa fue reabierta, aunque se cerró de nuevo en marzo de 2008.¹⁰⁴

El ejercicio de la jurisdicción universal en **Canadá** tiene dos etapas bien definidas. La primera deriva de la adopción en 1987 de una ley¹⁰⁵ de modificación del Código Penal que admite, con notables limitaciones, dicha jurisdicción respecto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. En aplicación de la misma, entre 1987 y 1992 se presentaron cargos contra cuatro personas por crímenes presuntamente cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, aunque finalmente ninguna de ellas llegaría a ser condenada: Imre Finta (en 1988), Michael Pawlowski (en 1989), Stephen Reistetter (en 1990) y Radislav Grujicic (en 1992). En los tres últimos casos ni siquiera se llegó a terminar el juicio.¹⁰⁶ Finta fue absuelto el 25 de mayo de 1990, tras un juicio con jurado ante la

¹⁰¹ Será tratado más adelante en relación con Senegal. Sobre el caso Habré, véase la documentación recogida por Human Rights Watch en <http://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre.htm>.

¹⁰² Que mantienen la seguridad del gasoducto de Yadana, construido y utilizado por un consorcio internacional de empresas petroleras. En este contexto se presentó asimismo la primera demanda contra una empresa por violación de derechos humanos en el marco de la Alien Tort Claims Act, en Estados Unidos, contra la empresa petrolera UNOCAL; véase Olga MARTÍN ORTEGA, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2008, 282-297; Antoni PIGRAU SOLÉ, "La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos", REDC, núm. 24, 2009 (en prensa).

¹⁰³ A pesar de que, previamente, al examinar los efectos de la restricción de la jurisdicción universal operada por la ley belga de 2003, en este caso, la Corte de Casación pidió a la Corte de Arbitraje que se pronunciara sobre si el derecho a mantener la demanda ya presentada con anterioridad a la ley que se reconocía a los nacionales no debía extenderse también a los residentes o a los refugiados reconocidos como tales. El 13 de abril del 2005 la Corte de Arbitraje confirmó esta interpretación, por lo que el hecho de que uno de los demandantes tuviera reconocido el estatuto de refugiado le garantizaba el mismo trato que si fuera nacional belga. *En cause de Aung Maw Zin, Aung Thu, Myint Hlaing et Ko Aung c. Total, Thierry Desmarest et Hervé Madeo*, P. 04.0482.F, Corte de Casación de Bélgica, 29 de junio de 2005, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42ca8aa94.html>.

¹⁰⁴ De acuerdo con Joseph RIKHOFF, "Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity", *op. cit.* p. 30. Un procedimiento paralelo en Francia por los mismos hechos ha terminado con un arreglo amistoso.

¹⁰⁵ *An Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act and the Citizenship Act*, S.C. 1987, c. 37 [RSC 1985, c. 30 (3rd Supp.)]. Entró en vigor el 16 de septiembre de 1987.

¹⁰⁶ Al respecto, véase, Antoni PIGRAU SOLÉ, "La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza", REDM, núm. 89, enero-junio 2007, pp. 89-162.

High Court de Ontario, presidida por el juez Campbell.¹⁰⁷ La segunda etapa deriva de la adopción de la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, que entró en vigor el 23 de octubre de 2000.¹⁰⁸ El primer caso que ha sido objeto de persecución penal en aplicación de esta Ley es el de Désiré Munyaneza, un influyente comerciante afincado en Butare (Ruanda) que participó activamente en el genocidio de 1994. El 19 de octubre de 2005, Munyaneza fue detenido en Toronto con cargos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Tras rechazar el juez de primera instancia algunas excepciones preliminares mediante decisión de 20 de noviembre de 2006,¹⁰⁹ el juicio se inició en marzo de 2007. El veredicto fue dictado el 22 de mayo de 2009,¹¹⁰ considerando al acusado culpable de todos los cargos.¹¹¹

En **Dinamarca** se han planteado también algunos casos vinculados al ejercicio de la jurisdicción universal. El primero de ellos fue el de Refik Saric,¹¹² un ciudadano musulmán de Bosnia acusado de colaboración en crímenes de guerra cometidos por guardianes croatas contra sus propios compañeros de prisión en Dretelj, durante el conflicto de la antigua Yugoslavia. Habiendo sido reconocido por algunas de sus víctimas, fue detenido en Dinamarca en 1994. El 25 de noviembre de ese mismo año Saric fue condenado por crímenes de guerra a ocho años de prisión y a la posterior expulsión de Dinamarca.¹¹³

El segundo caso fue también relativo a Augusto Pinochet, contra el que un grupo de exiliados chilenos presentó una denuncia a finales de 1998. El caso fue rechazado por la Fiscalía en diciembre de 1998, por considerar necesaria la presencia del sospechoso en el territorio danés.¹¹⁴

¹⁰⁷ 69 O.R. 2d 557 (Ont. HC 1989). La sentencia fue confirmada en apelación por la Corte de Apelación de Ontario en abril de 1992; 73 CCC (3d) 65 (Ont. CA)(1992). Y por la Corte Suprema de Canadá el 24 de marzo de 1994; *Regina v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701 (SCC). A pesar de que la Corte Suprema confirmó la jurisdicción de Canadá sobre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, su razonamiento hacía muy difíciles las condenas, puesto que aceptó las alegaciones de la defensa de actuación en calidad de agente del orden y de obediencia a las ordenes militares; sobre el caso Finta, véase I. COTLER, "Regina v. Finta [1994] 1 SCR 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994", AJIL vol. 90, núm. 3, 1996, pp. 460-476; Antoni PIGRAU SOLÉ, "La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza", *op. cit.*

¹⁰⁸ The *Crimes against Humanity and War Crimes Act*, RSC 2000, c. 24. Sobre la Ley, véase W. A. SCHABAS, "Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute", 3 YIHL (2000), pp. 337-346; Helena TORROJA MATEU, "Tipificación y Represión de los crímenes de Derecho internacional en Canadá", en Esther MITJANS, (ed.), Josep Maria CASTELLÀ, (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 480-489.

¹⁰⁹ Court Supérieure, Province de Québec, District de Montréal, No. 500-73-002500-052, *Sa Majesté La Reine c. Désiré Munyaneza*, 20 novembre 2006.

¹¹⁰ R. c. Munyaneza 2009 QCCS 2201; *Sa Majesté la Reine, v. Désiré Munyaneza*, núm. 500-73-002500-052, Cour Supérieure du Québec, Chambre Criminelle - District de Montréal, Province de Québec, Canada / Her Majesty the Queen v. Désiré Munyaneza, n.º. 500-73-002500-052, Montreal Superior Court, Criminal Division - Province of Quebec, Canada; Date: 22 mai 2009; Jugement.

¹¹¹ El 29 de octubre de 2009 fue condenado a cadena perpetua.

¹¹² Al respecto, véase: Rafaella MAISON, "Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes", 6, EJIL (1995), pp. 1-15; Marianne HOLDGAARD BUKH, "Prosecution Before Danish Courts of Foreigners Suspected of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law", 6 ERPL (1994) 339, 341.

¹¹³ Danish High Court, *The Prosecution v. Saric*, Eastern Division of High Court (Third Chamber), S-3396-94, 25 November 1994, Judgment. En apelación, la Corte Suprema de Dinamarca confirmó la sentencia el 15 de agosto de 1995; *Prosecution v. Refik Saric*, Supreme Court of Denmark, 15 August 1995, *Ugeskrift for Retsvaesen* 195, 838.

¹¹⁴ Véase 3 YIHL 2000, p. 469.

En 2003 no se llevó a trámite una denuncia por torturas contra el antiguo responsable de los servicios secretos de Israel, Carmi Gillon, entonces embajador de Israel en Dinamarca, por la inmunidad penal de la que gozaba en virtud de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961.

El tercer caso fue el de Sylvère Ahorugeze, que en 1994 era un relevante miembro del partido gubernamental y director de aviación civil de Ruanda. A instancias de Ruanda, Ahorugeze fue detenido en Dinamarca el 7 de septiembre de 2006 y acusado de crímenes de guerra y genocidio. Al no haber tratado de extradición entre Dinamarca y Ruanda, la justicia danesa se hizo cargo del juicio. No obstante, fue puesto en libertad en 2007 después de que la Fiscalía retirara los cargos contra él por falta de pruebas.¹¹⁵

En **Estados Unidos** el principio de jurisdicción universal ha encontrado su aplicación, en el ámbito civil, en numerosos casos en el marco de la Alien Tort Claims Act y la Torture Victim Protection Act de 1991.¹¹⁶ Si el caso *Filártiga* afirmó el carácter consuetudinario de la norma que prohíbe la tortura,¹¹⁷ otros casos han ido ampliando progresivamente el elenco de delitos que son susceptibles de reclamación a través de esta vía. Así ha sido en relación con su- puestos de detenciones arbitrarias prolongadas o ejecuciones extrajudiciales en Argentina;¹¹⁸ ejecuciones extrajudiciales, desaparición o detenciones arbitrarias en Guatemala;¹¹⁹ crímenes de guerra y genocidio en Bosnia;¹²⁰ crímenes contra la humanidad en Chile;¹²¹ crímenes de guerra en Bosnia¹²² o un conjunto genérico de violaciones entre las cuales están crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, secuestro, ejecuciones extrajudiciales, violación, mutilación, esclavitud sexual y asesinato, en Argelia.¹²³

¹¹⁵ Posteriormente este caso tuvo su continuidad en Suecia y será mencionado de nuevo más adelante.

¹¹⁶ ATCA; Act of 24 September 1789, ch. 20, § 9 (b), 1 Stat. 79; June 25, 1948, ch 646, § 1, 62 Stat. 934; 28 USC § 1350 (2004); TVPA, Act March 12, 1992, P. L. 102-256, 106 Stat. 73 (1992); Sobre ello: Beth STEPHENS, 'Expanding Remedies for Human Rights Abuses: Civil Litigation in Domestic Courts', 40 GYIL (1997) 117-140; Sandra COLIVER, Jennie GREEN, y Paul HOFFMAN, "Holding Human Rights Violators Accountable by Using International Law in U.S. Courts: Advocacy Efforts and Complementary Strategies", Emory Int'l L. Rev., vol. 19, 2005, pp. 169-226; Antoni PIGRAU SOLÉ, "La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos", *op. cit.*

¹¹⁷ "In light of the universal condemnation of torture in numerous international agreements, and the renunciation of torture as an instrument of official policy by virtually all of the nations of the world (in principle if not in practice), we find that an act of torture committed by a state official against one held in detention violates established norms of the international law of human rights, and hence the law of nations." *Filártiga*, 630 F.2d 876 (June 30 1980). Otros casos de tortura han sido incluidos en la jurisdicción del ATCA: en Chile, *Cabello Barrueto v Fernández Laríos* 205 F Supp 2d 1325, (2002, SD Fla); en Etiopía, *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11th Cir. 1996), o en Filipinas, *Trajano v. Marcos (In re Estate of Marcos Human Rights Litig.)*, 978 F.2d 493 (9th Cir. 1992).

¹¹⁸ *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

¹¹⁹ *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995).

¹²⁰ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2th Cir., 1995)

¹²¹ *Cabello Barrueto v. Fernández Laríos* 157 F.Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001).

¹²² *Mehinovic v. Vuckovic*, 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).

¹²³ *Doe v. Islamic Salvation Front* 993 F Supp 3 (DDC 1998).

En el ámbito penal, en cambio, las posibilidades legales son mucho menores.¹²⁴ La jurisdicción universal fue reconocida como un derecho de Israel en el procedimiento de extradición de John Demjanjuk, tanto por la Corte de Distrito como por la Corte de Apelaciones en 1985, lo que posibilitó la concesión de su extradición.¹²⁵ En el caso Yunis, en 1991, los tribunales de Estados Unidos afirmaron de nuevo su jurisdicción universal en relación con cierto tipo de delitos, como la toma de rehenes y el secuestro de aeronaves en este caso, aunque en la práctica prevaleció el principio de personalidad pasiva.¹²⁶ Recientemente se ha aplicado por primera vez la Ley de 1994,¹²⁷ que permite el ejercicio de la jurisdicción universal en el caso de torturas cometidas en el extranjero por nacionales o residentes en Estados Unidos o extranjeros, aunque en el caso en cuestión el acusado posee la nacionalidad de Estados Unidos. Se trata de Charles Taylor, hijo del ex presidente de Liberia, Charles Taylor. Fue juzgado por el Tribunal de Distrito de Miami por delitos de torturas cometidas por la unidad militar antiterrorista que dirigía en Liberia, entre 1999 y 2002. Fue condenado el 9 de enero de 2009 a 97 años de prisión.

En **Finlandia** se registró un primer intento de ejercicio de la jurisdicción universal, en 2003, cuando un grupo de personas pertenecientes al grupo Falun Gong presentó una denuncia penal contra Luo Gan, dirigente del Buró Político del Partido Comunista, por torturas y genocidio contra los miembros del grupo. Durante su visita a Finlandia a principios de septiembre, Luo Gan fue notificado formalmente de la imputación, pero regresó a China antes de que se tomaran otras medidas. Un nuevo caso se ha suscitado recientemente. Se trata del caso de François Bazaramba, pastor de la Iglesia Bautista en 1994 en Nyakizu, en el sur de Ruanda. En abril de 2007 fue detenido en Finlandia acusado de participar en el genocidio. En febrero de 2009 Finlandia denegó la extradición de Bazaramba a Ruanda, sobre la base de los argumentos utilizados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En junio de 2009, el fiscal general estableció contra el detenido cargos de genocidio, crímenes de guerras y crímenes contra la humanidad. El juicio se inició en septiembre de 2009.

En **Francia** ha habido numerosos supuestos en que se ha tratado de hacer efectiva la jurisdicción universal, aunque con un éxito limitado.

En el caso Javor, un conjunto de víctimas bosnias del conflicto de la antigua Yugoslavia, residentes en Francia, presentaron una demanda el 20 de julio de 1993 contra los responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad y tortura en distintos campos de concentración serbios en 1992 en Kozarac y otras localidades vecinas. El juez de instrucción se declaró competente el 6 de mayo de 1994 en relación con las acusaciones de crímenes de guerra y tortura. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de París, en su sentencia de 24 de noviembre de 1994,¹²⁸ entendió que la jurisdicción francesa era incompetente en relación con la tortura por no cumplirse el requisito de la presencia en Francia de los presuntos responsables.

En el caso relativo a Wenceslas Munyeshyaka, un sacerdote ruandés acusado de genocidio y crímenes contra la humanidad, y a pesar de que en 1996 la Corte de Apelaciones de Nimes se declaró incompetente en relación con los crímenes de genocidio cometidos en el extranjero, por extranjeros contra extranjeros,¹²⁹ la Corte de Casación afirmó la competencia de los tribunales franceses¹³⁰ en enero de 1998, ya que los hechos podían ser incardinados en el delito de tortura para el que sí existía la jurisdicción universal.¹³¹ El caso de Munyeshyaka ha pasado a conectarse con el del antiguo prefecto de Gikongoro, Laurent Bucyibaruta, también residente en Francia. En septiembre de 2001 la Corte de Casación decidió agrupar los procedimientos sobre Ruanda en el Tribunal de Grande Instance de París. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda emitió, en junio de 2007, sendas órdenes de detención contra Wenceslao Munyeshyaka y Laurent Bucyibaruta, al tiempo que solicitó la transferencia de ambos procedimientos a los tribunales franceses, revisados en agosto del mismo año. La petición de transferencia de los procedimientos a Francia fue concedida por la Sala del Tribunal creada al efecto el 20 de noviembre de 2007.¹³² Aunque Francia ha aceptado formalmente celebrar los juicios, no se han celebrado hasta el momento.

Otro caso de largo recorrido ha sido el del militar mauritano Ely Ould Dah, detenido el 3 de julio de 1999 en Montpellier, acusado de torturas en la prisión de Jreida, en su país de origen, entre 1990 y 1991. En septiembre de 1999 fue puesto en libertad con cargos y regresó a Mauritania en abril de 2000, donde goza de la protección gubernamental a pesar de la orden de detención internacional emitida en abril de 2000. El 8 de julio de 2002 la Corte de Apela-

¹²⁴ Sobre el desfase entre los delitos cubiertos en la jurisdicción universal civil y penal en Estados Unidos, véase Hari M. OSOFSKY, "Domesticating International Criminal Law: Bringing Human Rights Violators to Justice", Yale LJ, vol. 107, 1997, pp. 191-226.

¹²⁵ 612 F. Supp. 544 (N.D. Ohio 1985); 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), 475 U.S. 1016 (1986).

¹²⁶ En un supuesto en que el FBI llevó a los Estados Unidos por la fuerza, en 1987, al sospechoso de participar en el secuestro de un avión jordano, en 1985; 681 F. Supp. 896 (D.D.C. 1991); 924 F.2d 1086 (6th Cir. 1991).

¹²⁷ 18 USC § 2340A. En ella se dispone lo siguiente: "§ 2340A. Torture

(a) Offense— Whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life.

(b) Jurisdiction.— There is jurisdiction over the activity prohibited in subsection (a) if—

(1) the alleged offender is a national of the United States; or (2) the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the victim or alleged offender.

(c) Conspiracy— A person who conspires to commit an offense under this section shall be subject to the same penalties (other than the penalty of death) as the penalties prescribed for the offense, the commission of which was the object of the conspiracy."

¹²⁸ Dossier A 94/02071; Arrêt du 24 novembre 1994; Cour d'Appel de Paris; Quatrième Chambre d'Accusation; Appel d'une Ordonnance d'incompétence partielle et de recevabilité de constitution de parties civiles. Véase también: Cour de cassation, chambre criminelle, 26 mars 1996.

¹²⁹ Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Nîmes, 20 mars 1996, núm. 96-0160.

¹³⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 6 janvier 1998; núm. de pourvoi: 96-82491.

¹³¹ Durante varios años el procedimiento apenas avanzó, lo que dio lugar a una demanda por parte de una de las víctimas contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dio la razón a la demandante; TEDH; Deuxième Section, Affaire Mutimura c. France (Requête n° 46621/99), Arrêt, Strasbourg, 8 juin 2004. Entretanto el acusado fue juzgado en rebeldía en Ruanda y condenado por el Tribunal Militar de Kigali el 16 de noviembre de 2006 a cadena perpetua.

¹³² *The Prosecutor v. Wenceslas Munyeshyaka*, Case n° ICTR-2005-87-I; Decision On the Prosecutor's Request for the Referral of Wenceslas Munyeshyaka's Indictment to France; Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence. 20 November 2007: *The Prosecutor v. Laurent Bucyibaruta*, Case n°. ICTR-2005-85-1, Decision on Prosecutor's Request for Referral of Laurent Bucyibaruta's Indictment to France; Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence, 20 November 2007.

ciones de Nîmes ordenó la realización del juicio en rebeldía ante la Cour d'Assises de Nîmes; decisión confirmada, en octubre de 2002, por la Corte de Casación. Tras un largo período de demora, el juicio se inició el 30 de junio de 2005 y concluyó con la condena, el 1 de julio del mismo año, del acusado a 10 años de reclusión por crímenes de tortura.¹³³

Khaled Ben Saïd, vicedeputado de Túnez en Estrasburgo, fue acusado el 9 de mayo de 1991 de torturas en su país, en febrero del mismo año, por una de sus víctimas con el apoyo de distintas organizaciones no gubernamentales. Aprovechando la demora de los tribunales franceses en dar curso al procedimiento penal, el acusado regresó a Túnez en enero de 2002. El juez de Estrasburgo emitió una orden de detención internacional el 14 de febrero del mismo año. En 2007 el juez instructor remitió el caso a la Cour d'Assises du Bas-Rhin para el juicio en rebeldía. El 15 de diciembre de 2008, el acusado fue condenado a ocho años de prisión.

En el asunto conocido como “los desaparecidos de Beach”, se denunció la desaparición en el puerto fluvial de Brazzaville de un numeroso grupo de más de trescientos de los cerca de 7.000 refugiados que regresaban al país procedentes de la República Democrática del Congo en mayo de 1999. Un grupo de organizaciones no gubernamentales demandó en Francia el 7 de diciembre de 2001, entre otras personas, a Denis Sassou Nguesso, presidente de la República del Congo; al general Pierre Oba, ministro del Interior; al general Norbert Dabira, inspector general de los ejércitos, residente en Francia, y al general Blaise Adoua, comandante de la Guardia Republicana. Los cargos imputados a los acusados eran los de tortura, desapariciones forzadas constitutivas de tortura y crímenes contra la humanidad. Tras numerosas incidencias procesales,¹³⁴ el procedimiento fue anulado en lo relativo a Jean-François Ndengue, director de la Policía Nacional de la República del Congo, pero sigue abierto para los otros acusados, por decisión de 20 de junio de 2007 de la Corte de Apelaciones de Versalles, confirmada por la Corte de Casación el 9 de abril de 2008.¹³⁵

¹³³ Posteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró inadmisibile el recurso de *Ely Ould Dah*; ECHR; *Ould Dah c. France*, Requête n° 13113/03, 17 March 2009,

¹³⁴ El 16 de marzo de 2002 Dabira fue localizado y puesto en libertad vigilada por el tribunal de Meaux. Compareció ante el tribunal el 8 de julio de 2002, pero fue imposible obtener de nuevo la presencia del acusado ante el Tribunal, rechazada el 10 de septiembre por el Gobierno del Congo. El 15 de enero de 2004 el juez de instrucción emitió una orden de detención internacional contra Dabira por crímenes contra la humanidad. Entretanto la República del Congo había interpuesto, en diciembre de 2002, una demanda contra Francia ante la Corte Internacional de Justicia por considerar ilegal el procedimiento iniciado en Francia, por violación del principio de la igualdad soberana de los Estados. La Corte rechazó el 17 de junio de 2003 la solicitud de medidas cautelares formulada por la República del Congo; *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, *measure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003*, CIJ Recueil 2003, p. 102. El 1 de abril de 2004, fue detenido en Francia el Director de la Policía Nacional de la República del Congo Jean-François Ndengue, que impugnó todo el procedimiento y fue puesto en libertad al poco tiempo. El 22 de noviembre de 2004, la Sala de Instrucción de la Corte de Apelaciones de París anuló todo el procedimiento por considerar que la demanda era demasiado genérica para fundamentar el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales franceses. Esta decisión fue, a su vez, anulada por la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia el 10 de enero de 2007, que reenvió el asunto ante la Corte de Apelaciones de Versalles.

¹³⁵ *Arret de la Cour de Cassation dans L’Affaire des Disparus du Beach de Brazzaville*; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, núm. W07-86.412 FS-D, núm. 1539, 9 Avril 2008.

En octubre de 2003 un grupo de organizaciones no gubernamentales presentaron una demanda contra los hermanos Abdelkader Mohamed y Hocine Mohamed, miembros de las milicias de Relizane, (grupos paramilitares auspiciados por el régimen de Argel para combatir a los grupos islamistas) por torturas y crímenes contra la humanidad, presuntamente cometidos en Argelia entre 1991 y 1997. Ambos hermanos residían en Francia y fueron imputados por el fiscal del Tribunal de Grande Instance de Nîmes el 29 de marzo de 2004.

Además de los casos ya mencionados, hay un grupo de ruandeses detenidos en Francia como presuntos implicados en crímenes internacionales que están a la espera de una decisión sobre su futuro. Isaac Kamali, dirigente del Movimiento Nacional para la Democracia y el Desarrollo (MRND), acusado de genocidio y crímenes de guerra cometidos en Nyabikenke y Kigali, fue detenido en el aeropuerto de París en junio de 2007, a petición de Ruanda, que lo había condenado a muerte en rebeldía en 2003. La Corte de Apelación de París rechazó su extradición el 11 de diciembre de 2008. Marcel Bivugabagabo, antiguo oficial del ejército en Ruhengeri, acusado de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, fue detenido en enero de 2008 en Toulouse, a petición de Ruanda. No obstante, el 23 de octubre de 2008, la Corte de Apelaciones de Toulouse decidió no conceder la extradición. Claver Kamana, empresario y dirigente local de la milicia Interahamwe en Gitarama, acusado por las autoridades de Ruanda de crímenes contra la humanidad y genocidio, fue detenido en Annecy, en febrero de 2008. El 9 de julio de 2008 la Corte de Casación anuló una decisión judicial anterior de 2 de abril de 2008, que concedía la extradición, y devolvió el asunto a la Corte de Apelación de Lyon.

Más recientemente, en noviembre de 2008, Francia denegó la extradición a Ruanda de otro militar ruandés presuntamente implicado en el genocidio de 1994, Pascal Simbikangwa, localizado en la isla de Mayotte, por considerar que la justicia ruandesa no ofrece garantías suficientes. Al no estar acusado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Francia deberá considerar, como en los demás casos, la posibilidad de juzgar a Simbikangwa, tal como ha pedido el Gobierno de Ruanda. Además, se ha abierto una investigación en relación con Agathe Habyarimana, viuda del ex presidente de Ruanda, como consecuencia de una denuncia presentada a finales de 2006 por complicidad en el genocidio y crímenes contra la humanidad.

Igualmente, como ya se ha indicado, se sigue en Francia un procedimiento contra Rose Kabuye, ex coronel del ejército, ex alcaldesa de Kigali y jefa de protocolo del actual presidente de Ruanda, Paul Kagame, por su presunta participación en el asesinato del ex presidente de Ruanda, Juvenal Habyarimana, en 1994. Las autoridades judiciales francesas le permiten abandonar el país en los períodos en que no se celebran audiencias.¹³⁶

¹³⁶ En relación con el mismo caso, el 13 de febrero de 2009, el Tribunal de Primera Instancia de Bélgica, resolviendo un recurso presentado por el teniente general Charles Kayonga y el brigadier general Jack Nziza, dos de los más altos oficiales del ejército de Ruanda, mediante el cual impugnaban la orden de detención del juez francés, desestimó los cargos formulados por su presunta participación en el asesinato del ex presidente de Ruanda.

Al igual que en otros países, también en Francia se presentó una denuncia penal contra el ex secretario de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld, por su responsabilidad en las prácticas de tortura en Abou Ghraib y Guantánamo.¹³⁷ Fue interpuesta por distintas organizaciones no gubernamentales aprovechando una visita de Rumsfeld a París el 25 de octubre de 2007. En noviembre del mismo año, el fiscal decidió cerrar el caso por entender que el antiguo ministro de Defensa gozaba de inmunidad penal.

En **Israel** solamente cabe mencionar dos casos relativos a crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

El primero fue el célebre caso Eichmann, un antiguo dirigente nazi secuestrado en Argentina por los servicios secretos israelíes en mayo de 1960 y juzgado, después, en Israel en 1961 por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en el que se aludió claramente a la jurisdicción universal, aunque no fue el fundamento único de la sentencia.¹³⁸ El 15 de diciembre de 1961 fue declarado culpable de todos los cargos y condenado a la pena de muerte por el Tribunal de Distrito de Jerusalén.¹³⁹ El recurso de apelación fue desestimado por la Corte Suprema de Israel el 29 de mayo de 1962. Eichmann fue ahorcado el 1 de junio del mismo año.¹⁴⁰

El segundo caso fue de John Demjanjuk. Fue extraditado desde los Estados Unidos a Israel en 1986, acusado de ser Iván el Terrible, un significado guardián en el campo de concentración nazi de Treblinka. Allí fue juzgado y condenado a muerte. Pero tras una apelación de cinco años, la Corte Suprema israelí anuló el fallo en julio de 1993 al considerar que no estaba probado que Demjanjuk fuera realmente la persona conocida como Iván el Terrible.¹⁴¹

En **Italia** se ha suscitado recientemente el caso de Emmanuel Uwayezu, antiguo director de una escuela en Kibeho, Ruanda, en la que fueron asesinados más de ochenta jóvenes estudiantes en 1994. Uwayezu ha sido localizado como sacerdote en una parroquia de Empoli¹⁴² y desde la organización no gubernamental African Rights se ha pedido a

Italia que ponga en marcha una investigación penal. Uwayezu fue arrestado en octubre de 2009 como consecuencia de una orden de detención emitida por las autoridades de Ruanda, que han pedido su extradición. La denegación de dicha extradición podría, eventualmente, comportar la apertura de un juicio en Italia.¹⁴³

En **Noruega**, el primer juicio en ejercicio de la jurisdicción universal ha sido el de Mirsad Repak, ciudadano bosniocroata que obtuvo la nacionalidad noruega en 2001, acusado de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en el centro de detención de Dretelj, en 1992, contra prisioneros serbios. Repak fue detenido en Noruega en mayo de 2007 y se formuló la acusación en mayo de 2008, cuando entró en vigor la nueva legislación. En setiembre de ese año, la Corte del Distrito de Oslo afirmó la competencia de los tribunales noruegos y decidió continuar el juicio. El 2 de diciembre, Repak fue declarado culpable de once cargos de detenciones ilegales y condenado por esta corte a cinco años de prisión.¹⁴⁴

En mayo de 2007, el bosnio Sakib Dautovic fue detenido en Noruega como presunto autor de crímenes de guerra en la zona de Velika Kladusa durante el conflicto de la antigua Yugoslavia. A la vista de las informaciones relativas a las malas condiciones de las prisiones bosnias¹⁴⁵, la Corte Regional de Noruega rechazó conceder la extradición de Dautovic a Bosnia, por lo que previsiblemente será juzgado en Noruega.

Por otra parte, hubo un intento del fiscal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de transferir el procedimiento relativo a Michel Bagaragaza, bajo custodia de dicho tribunal, a Noruega el 15 de febrero de 2006. Pero su solicitud fue rechazada por la Sala de Primera Instancia el 11 de mayo y por la Sala de Apelaciones el 30 de agosto, por considerar que la legislación noruega no garantizaba adecuadamente la persecución de ciertas modalidades de genocidio.¹⁴⁶

En abril de 2009 un grupo de abogados presentó ante la Fiscalía de Noruega una denuncia contra diez dirigentes de Israel por crímenes de guerra cometidos durante el ataque a la franja de Gaza de diciembre de 2008 y enero de 2009. Entre los aludidos están el ex primer ministro Ehud Olmert, el ministro de defensa Ehud Barak y la dirigente de la oposición Tzipi Livni.

¹³⁷ La documentación del caso puede consultarse en: <http://www.fidh.org/Une-plainte-pour-torture-deposee#1>.

¹³⁸ Sobre el caso véase: J.E.S. FAWCETT, "The Eichmann Case", 38 BYIL 1962, pp. 181-215, en especial pp. 202-208; Hans W. BAADE, "The Eichmann Trial: Some Legal Aspects", 10 Duke LJ, 1961, pp. 400-420; en especial pp. 416-420; Vanni E. TREVES, "Jurisdictional Aspects of the Eichmann Case", 47 Minn. L. Rev. 1962-1963, pp. 557-492; Kenneth C. RANDALL, "Universal Jurisdiction Under International Law", *op. cit.* pp. 811-815. Bassiouni se muestra contrario a considerar que el caso Eichmann (igual que Demjanjuk) sea un caso de jurisdicción universal; M. Cherif BASSIOUNI, "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", *op. cit.*, nota 17, pp. 275-276. Una amplia documentación puede consultarse en <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/>.

¹³⁹ *The Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann Case*, District Court of Jerusalem, Criminal Case núm. 40/61, Judgment of 15 December 1961; *ILR* 1968.

¹⁴⁰ Supreme Court of Israel, Criminal Appeal núm. 336/61, Judgment of 29 May 1962.

¹⁴¹ *Demjanjuk v. The Attorney-General of Israel*, Supreme Court of Israel, Judgment of 29 July 1993. Demjanjuk regresó a Estados Unidos, que le devolvió su nacionalidad antes de arrebatarla nuevamente en el 2002, en el contexto de un nuevo proceso de deportación. Finalmente, la reapertura de las investigaciones penales por parte de Alemania ha terminado con su extradición a este último país, en 2009.

¹⁴² En 2002, otro sacerdote ruandés, Athanase Seromba, ya fue detenido en Italia y entregado al Tribunal Penal Internacional para Ruanda que lo condenó a cadena perpetua.

¹⁴³ Véase el artículo 3 del Código Penal italiano, en relación con la *Legge italiana 9 ottobre 1967, núm. 962, Prevenzione e repressione del delitto di genocidio*.

¹⁴⁴ Oslo District Court, Judgment Delivered 2nd December 2008, Case n° 08-018985MED-OTIR/08.

¹⁴⁵ Véase al respecto la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Fourth Section, *Case of Rodic and 3 Others v. Bosnia and Herzegovina*, (Application n° 22893/05), Judgment, Strasbourg, 27 May 2008.

¹⁴⁶ Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Michel Bagaragaza*, Case n°. ICTR-2005-86-R11bis, Decision on the Prosecution Motion for Referral to the Kingdom of Norway, Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence; 19 May 2006; In the Appeals Chamber, Decision of: 30 August 2006, *The Prosecutor v. Michel Bagaragaza*, Case núm. ICTR-05-86-AR11bis, Decision on Rule 11bis Appeal. El intento posterior de trasladar el procedimiento a los Países Bajos también fracasó.

El único intento hasta ahora de ejercer la jurisdicción universal en **Nueva Zelanda** ha quedado frustrado por la decisión del fiscal general. Se trata de la denuncia contra Moshe Ya'alon, jefe del Estado Mayor del ejército israelí en 2002, cuando se produjo el ataque aéreo en Al-Daraj contra el edificio en el que vivía el dirigente de Hamas, Salah Shehadeh, en el que resultaron muertas quince personas y heridas otras 150, y supuso la destrucción total o parcial de cerca de cuarenta viviendas, un asunto que también ha dado lugar a un procedimiento en España. En noviembre de 2006 un juez de la Corte de Distrito de Auckland dictó una orden de detención contra el militar por la comisión de una infracción grave del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. No obstante, el fiscal general decidió, el 28 de noviembre de 2006, dar por terminada la persecución.

En **Paraguay**, en 1999, en aplicación del Código Penal que incorpora la jurisdicción universal, se abrió un sumario por delitos de desaparición forzada cometidos en Argentina.¹⁴⁷

En los **Países Bajos**, el primer caso data de 1994, cuando fue presentada una denuncia por torturas contra Augusto Pinochet con ocasión de un viaje privado que realizó a este país. El fiscal rechazó el inicio de un procedimiento penal por distintos motivos, entre ellos que los Países Bajos no habían denegado ninguna solicitud de extradición y que no constaba la presencia del demandado en el territorio. Esta decisión fue avalada en apelación por el Tribunal de Amsterdam en enero de 1995.¹⁴⁸

El siguiente caso fue el de Darko Knesevic, un serbobosnio acusado de crímenes de guerra cometidos en 1992 en la zona de Prijedor. En marzo de 1997 la Corte de Apelaciones de Arnhem entendió que los tribunales holandeses no eran competentes.¹⁴⁹ Pero en noviembre de 1997, la Corte Suprema de los Países Bajos afirmó la competencia de los tribunales militares holandeses para juzgar a Knesevic con arreglo a la jurisdicción universal.¹⁵⁰ No obstante, el proceso fue sobreesido posteriormente por falta de pruebas.

En 2001, en el caso Bouterse, en el que se discutía la responsabilidad del acusado, ex presidente de Surinam, por torturas cometidas en 1982, por las que había sido condenado *in absentia* en 1999, la Corte de Apelaciones de Amsterdam decidió, el 20 de noviembre de 2000, que no gozaba de inmunidad por la comisión de los crímenes que se le imputaban por su condición de ex jefe de Estado y que podía ser perseguido por

¹⁴⁷ Poder Judicial. Juzgado de Noveno Turno. Causa “Sumario Criminal de averiguación de hechos punibles contra la seguridad de la convivencia de las personas (desaparición forzosa)”. Año 1999, Exp. núm. folio núm. Al núm. 230, Asunción, 26 de febrero de 1999. El texto de la decisión puede consultarse en www.derechos.org/nizkor. Véase: Martín ALMADA, “El descubrimiento de los archivos secretos de la policía política de Paraguay. Operativo Cóndor; impacto sobre la justicia universal”, en *El principio de justicia universal*, Colex Madrid, 2001, pp. 255-263.

¹⁴⁸ Public prosecutor of Amsterdam, 6 June 1994; Court of Appeal of Amsterdam, 4 January 1995; véase 28 NYIL, 1997, p. 363.

¹⁴⁹ Decision 19 March 1997, Arnhem Court of Appeal, military chamber AVNR 2300; anulando una decisión anterior: Arnhem District Court, Military chamber (Court chambers) Decision n.º. 05/07805-95 dated 21 February 1996.

¹⁵⁰ Supreme Court of Netherlands, 11 November 1997. Criminal Division n.º. 3717 Besch. ab; decision in the matter of the appeal against a decision of the Arnhem Court of Appeal, military chamber, dated 19 March 1997; traducción inglesa de Peter Kell en 1 YIHL 1998, 600-607.

tortura en virtud de la jurisdicción universal.¹⁵¹ No obstante, la Corte Suprema entendió en septiembre de 2001, que no era posible la persecución en Holanda de las torturas cometidas en esa fecha, ya que la Ley de Incorporación de la Convención contra la Tortura en el derecho neerlandés no se produjo hasta 1989 y, además, porque la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura requería algún vínculo con los Países Bajos.¹⁵²

El primer juicio celebrado en los Países Bajos en aplicación del principio de jurisdicción universal tuvo lugar en 2004, en la persona de Sebastien Nzapali, antiguo miembro de la guardia presidencial del ex presidente Mobutu en la República Democrática del Congo y dirigente de un grupo paramilitar entre 1990 y 1995. Tras la caída de Mobutu, fue juzgado en su país por distintos delitos y condenado a prisión, pero logró huir a los Países Bajos. Reconocido por algunas de sus víctimas, fue detenido en septiembre de 2003 y acusado de torturas y violación. Fue juzgado y condenado por torturas a dos años y medio de prisión, el 7 de abril de 2004, por la Corte de Distrito de Rotterdam.¹⁵³

En 2005 la Corte de Distrito de La Haya condenó a dos militares afganos, miembros de la policía secreta del régimen encabezado por Mohammad Najibullah, entre 1986 y 1992 –Hesamuddin Hesam y Habibullah Jalalzoy– por las torturas cometidas en dicho país. A ambos les había sido denegado el asilo en los Países Bajos, pero residían en el país. Fueron detenidos a finales de 2004 y acusados de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El 14 de octubre de 2005 fueron condenados a doce y nueve años de prisión, respectivamente, por la Corte de Distrito de La Haya.¹⁵⁴

El tercer juicio en los Países Bajos fue el de Abdoullah Faqirzada, miembro también de la policía secreta de Afganistán en el mismo período, acusado de crímenes de guerra. Como los anteriores, solicitó infructuosamente el asilo en los Países Bajos. Fue detenido en 2006 y juzgado en junio de 2007. La Corte de Distrito de La Haya decidió el 25 de junio de ese año absolver a Faqirzada de los cargos, por falta de pruebas suficientes.¹⁵⁵

¹⁵¹ District Court of Amsterdam, Interlocutory Order of 3 March 2000; el texto de la decisión de la Corte de Apelaciones de Amsterdam, de 20 de noviembre de 2000, puede verse en 3 YIHL 2000, pp. 677-691 (traducción inglesa de Peter Kell).

¹⁵² Supreme Court (*Hoge Raad*), Criminal Chamber, judgment of 18 September 2001; LJN: AB1471, Hoge Raad, 00749/01 CW 2323; 4 YIHL 2001, pp. 710-722.

¹⁵³ Al respecto, véase Menno T. KAMMINGA, “Netherlands Judicial Decisions involving Questions of International Law: First Conviction under the Universal Jurisdiction Provisions of the UN Convention against Torture”, 51 NILR (2004) 439-449.

¹⁵⁴ LJN: AV1489 and LJN: AV1163, District Court, 09/751005-04, *cases against Hesamuddin Hesam and Habibullah Jalalzoy*, 14 October 2005. Sobre el caso, véase Guénaél METTRAUX, “Dutch Courts’ Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 *qua* War Crimes”, JICJ 4 (2006), pp. 362-371; Ward FERDINANDUSSE, “On the Question of Dutch Courts’ Universal Jurisdiction. A Response to Mettraux” JICJ 4 (2006), pp. 881-883. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de los Países Bajos el 29 de enero de 2007; LJN: AZ9366, Court of Appeal The Hague, 09-751005-04, *case against Habibullah Jalalzoy*, 29 January 2007; LJN: AZ9366, Court of Appeal The Hague, 09-751004-04 and 09-750006-05, *case against Hesamuddin Hesam*, 29 January 2007; disponibles en www.rechtspraak.nl. Y por la Corte Suprema el 8 de julio de 2008; Criminal Division, núm. 07/10063, Supreme Court of the Netherlands, Judgment, 8-7-2008; LJN BC7418 y BC7421; disponibles en www.rechtspraak.nl.

¹⁵⁵ LJN: BA9575, District Court decision in the Afghan deputy head case - Anonym, 25-7-2007 Public Prosecutors’ Office number: 09/750001-06, The Hague, 25 June 2007. Sobre este caso, Cedric RYNGAERT, “Another

Un último juicio celebrado en los Países Bajos es el de Joseph Mpambara, acusado de actos de genocidio y crímenes de guerra en Ruanda, como miembro de la milicia Interahamwe. Fue detenido en agosto de 2006. La Corte de Distrito de La Haya decidió el 24 de julio de 2007 que el acusado no podía ser procesado por genocidio.¹⁵⁶ Esta decisión fue confirmada en apelación por la Corte de Apelaciones de La Haya el 17 de diciembre de 2007, por imposibilidad de dar carácter retroactivo a la Ley de Crímenes Internacionales de 2003.¹⁵⁷ El juicio se inició en octubre de 2008 y el 23 de marzo de 2009 Mpambara fue condenado a veinte años de prisión por torturas, por la Corte de Distrito de La Haya.

Aunque de manera muy limitada, también en el **Reino Unido** se ha registrado algún suceso de ejercicio de la jurisdicción universal. En septiembre de 1997, un médico sudanés residente en el Reino Unido, Mohammed Ahmed Mahgoub, fue detenido y acusado de torturas cometidas en su país. No obstante, en mayo de 1999, los cargos fueron retirados por falta de pruebas.

El caso Pinochet se inició en el Reino Unido como consecuencia de la orden de detención y la solicitud de extradición presentadas por España en noviembre de 1998. Sin entrar en detalles, los tribunales ingleses afrontaron dos cuestiones principales. La primera fue la relativa a la posible inmunidad de Pinochet, resuelta definitivamente en un sentido negativo por la decisión del Comité Judicial de la Cámara de los Lores el 24 de marzo de 1999.¹⁵⁸ La segunda consistió en el análisis de la presencia de los requisitos necesarios para proceder a aceptar la extradición, y fue resuelta por la decisión del magistrado Ronald D. Bartle, el 8 de octubre de 1999, que consideró que se reunían los requisitos necesarios para proceder a la extradición a España del general Pinochet. En definitiva, no se cuestionó la legitimidad de España para pedir la extradición en ejercicio de la jurisdicción universal.¹⁵⁹

Afghan Case in the Hague District Court: Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3"; disponible en <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Miscellaneous/Portal%20Ryngaert%20Commentary%20Abdullah%20F%2012-9-2007.pdf>.

¹⁵⁶ District Court Intermediary Decision in the Case of Mpambara, Joseph., 24-7-2007 The Co The Hague, 24 July 2007 urt of The Hague (interlocutory decision); Public Prosecutor's Office nº 09/750009-06 + 09/750007-07; LJN- BB8462; disponible en www.rechtspraak.nl. La incompetencia en cuanto al genocidio de Ruanda bloqueó el juicio de Michel Bagaragaza, transferido desde el Tribunal Penal Internacional para Ruanda a los Países Bajos, por lo que Bagaragaza fue devuelto a Arusha el 20 de mayo de 2008 tras la revocación de la decisión de transferir el procedimiento; Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Michel Bagaragaza*, Case núm. ICTR-2005-86-R11bis, Decision on the Prosecution Motion for Referral to the Kingdom of Norway, Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence; 13 April 2007.

¹⁵⁷ LJN BC1757. disponible en www.rechtspraak.nl. Fue confirmada asimismo por la Corte Suprema en octubre de 2008; LJN: BD6568, Hoge Raad, 08/00142; 21-10-2008.

¹⁵⁸ *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, 24 March 1999. El Comité admitió parcialmente la apelación, juzgando posible la extradición solamente para los delitos de tortura y conspiración para la tortura cometidos después del 8 de diciembre de 1988, fecha de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, para el Reino Unido. Sobre el caso en el Reino Unido, Andrea BIANCHI, "Immunity versus Human Rights: *The Pinochet Case*", EJIL (1999), vol. 10 núm. 2, pp. 237-277; Colin WARBRICK, Elena MARTÍN SALGADO, y Nicholas GOODWIN, "The Pinochet Cases in the United Kingdom", 2 YIHL 1999, pp. 91-117.

En el único caso de aplicación de la War Crimes Act de 1991, el 1 de abril de 1999 fue juzgado y condenado a cadena perpetua Anthony Sawoniuk por crímenes de guerra cometidos en la Unión Soviética en 1942. A instancias de la denuncia formulada por una organización no gubernamental, el 10 de septiembre de 2005, un juez de Londres emitió una orden de detención contra el general israelí Doron Almog. Se le acusaba de infracciones graves del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 por la adopción de represalias consistentes en la demolición de viviendas palestinas en el campo de Rafah, en la franja de Gaza. Al día siguiente el general llegó al aeropuerto de Heathrow, donde le esperaba la policía para detenerle. Advertido de ello se negó a descender del avión y los agentes decidieron no subir a detenerlo, por lo que el acusado regresó a Israel en el mismo avión. Sarwar Zardad era uno de los comandantes en Afganistán del grupo armado Hezb-i-Islami liderado por Gulbuddin Hekmatyar. Huyó a Londres tras el triunfo armado de los talibanes y fue detenido en julio de 2003 y acusado de torturas y toma de rehenes el 9 de octubre de 2004. El 19 de julio de 2005 fue condenado a veinte años de prisión.

En el Reino Unido ha sido polémica la cuestión de la extradición de cuatro ruandeses acusados de genocidio detenidos en distintas ciudades del país: Vincent Bajinya aka Brown, Celestine Ugirashebuya, Charles Munyaneza y Emmanuel Nteziryayo. Fueron detenidos a finales de 2006 como consecuencia de la solicitud de las autoridades ruandesas y el 6 de junio de 2008 el magistrado responsable del caso concedió la extradición.¹⁶⁰ Pero, en apelación, el 8 de abril de 2009, la High Court de Londres decretó la libertad de los cuatro detenidos. En este caso el Reino Unido ni extraditó ni juzgó a los acusados.¹⁶¹

En **Senegal**, como ya se indicado al tratar de los casos en Bélgica, está pendiente el caso del ex presidente del Chad, Hissène Habré. Habré, que ya había sido sometido a procedimientos penales desde enero de 2000, que no tuvieron continuidad en Senegal,¹⁶² fue detenido de nuevo en este país el 15 de noviembre de 2005, pero la Corte de Apelaciones de Dakar, al examinar la solicitud de extradición de Bélgica se declaró

¹⁵⁹ La apelación ante la High Court, cuya vista estaba señalada para el 20 de marzo de 2000, no llegó a celebrarse por la liberación de Pinochet, por razones médicas.

¹⁶⁰ *The City of Westminster Magistrates' Court in the case of The Government of the Republic of Rwanda v Vincent Bajinya Charles Munyaneza, Emmanuel Nteziryayo, Celestine Ugirashebuya*, 6 June 2008.

¹⁶¹ El juicio en el Reino Unido es prácticamente imposible, ya que no es posible la aplicación retrospectiva de la *International Criminal Court Act* de 2001, ni la de la *Geneva Conventions Act* de 1957 a conflictos armados no internacionales.

¹⁶² *Aff. Habré*, Arrêt nº 14 du 20.03.2001, Cour de cassation (Première chambre statuant en matière pénale); confirmó la decisión de 4 de julio de 2000 de la Corte de Apelaciones de Dakar, que había rechazado la competencia del juez de instrucción sobre el caso, por inexistencia de norma legal que estableciera la jurisdicción universal para la tortura; République du Sénégal Cour d'appel de Dakar Chambre d'accusation, Arrêt núm. 135 du 04-07-2000 / Accusation. Sobre el caso: Michael-Ratner REED BRODY, "The Prosecution of Hissène Habré - An 'African Pinochet'", New Eng. L. Rev., vol. 35:2, 2001, pp. 321-335; Stephen M. MARKS, "The Hissène Habré Case: The Law and Politics of Universal Jurisdiction", en Stephen MACEDO, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, *op. cit.* pp. 131-167.

incompetente para decidir sobre la misma el 25 de noviembre de ese año.¹⁶³ Ante la compleja situación, el presidente de Senegal, Abdoulaye Wade, sometió el asunto al presidente de la Unión Africana, que lo sometió a su vez a la cumbre de dicha organización de enero de 2006. La UA se pronunció contra la extradición de Habré a Bélgica y creó un comité de juristas africanos encargado de buscar una solución en África.¹⁶⁴ En la siguiente cumbre de la UA, el 2 de julio de 2006, se decidió que Senegal debía juzgar a Habré, en nombre de África,¹⁶⁵ lo que implicaba abordar reformas legales en dicho país, cosa que se hizo el 31 de enero de 2007 mediante la adopción de una ley que establece la jurisdicción universal para los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la tortura, y en julio de 2008 se llevó a cabo una reforma constitucional. A pesar de que fue presentada una nueva demanda por un grupo de víctimas ante la Fiscalía de Senegal el 16 de septiembre de 2008, el juicio todavía no se ha celebrado.¹⁶⁶

En **Suecia** es posible la persecución de crímenes de guerra cometidos por extranjeros en el marco del principio de jurisdicción universal. En 2002 se presentó una denuncia contra Ariel Sharon en relación con la masacre de los campamentos de Sabra y Chatila, en el Líbano. A pesar de que el fiscal consideró que Suecia tenía jurisdicción, renunció a ejercerla por entender que no tendría resultados, a causa de la presumible ausencia de cooperación por parte de Israel.¹⁶⁷

Abdi Hasan Awale Qeybdiid, fue uno de los comandantes del ejército de Farah Aidid, en Somalia. Fue detenido por las tropas de Estados Unidos en 1993 y puesto en libertad después de unos meses. En 2001 se convirtió en jefe de Policía de Mogadiscio. Acusado de crímenes de guerra fue detenido en Lund, Suecia, en octubre de 2005, cuando participaba en una reunión internacional. No obstante, las pruebas que resultaron de la investigación fueron consideradas insuficientes y fue puesto en libertad.

¹⁶³ Alegando la inmunidad de jurisdicción de un antiguo jefe de Estado; una inmunidad que le negaba su propio país, ya que la Ley de Amnistía de 1995 excluye expresamente a Hissène Habré; Loi n°. 010/PR/95. Posteriormente Habré fue juzgado en rebeldía y condenado a muerte en Chad en agosto de 2008.

¹⁶⁴ Entretanto el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas se había pronunciado sobre el tema recordando a Senegal su obligación de extraditar o juzgar a Habré; Naciones Unidas, Doc. CAT/C/36/D/181/2001, 19 de mayo de 2006, Comunicación núm. 181/2001: Senegal. Decisión del Comité contra la Tortura en virtud del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes –36° período de sesiones–, Comunicación núm. 181/2001.

¹⁶⁵ Union Africaine, Décision sur le procès de Hissène Habré et l'Union africaine, Doc. Assembly/Au/3 (vii); 2 juillet 2006.

¹⁶⁶ Esta demora ha motivado que Bélgica haya presentado una demanda contra Senegal ante la Corte Internacional de Justicia, por incumplimiento de la obligación de juzgar o extraditar. En este contexto la Corte denegó las medidas cautelares demandadas por Bélgica, atendiendo al compromiso expreso de Senegal de no poner en libertad a Habré hasta que la Corte se pronuncie sobre el fondo; ICJ, *Case Concerning Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Request for the Indication of Provisional Measures. Order, 28 May 2009.

¹⁶⁷ Prosecutor Thomas Lindstrand, decision on police complaint 0104-K 102-02, September 19, 2002, Dnr C9-1-842-02. El recurso fue rechazado por los mismos motivos: Decision by Superior Prosecutor Björn Ericsson, November 14 2002, Dnr 100 2002/1158; datos de Amnesty International, Sweden. *End Impunity through Universal Jurisdiction*, núm. Safe Haven Series, núm. 1, 2009.

En el caso Arklöv, aunque se trata de un ciudadano sueco de origen liberiano, el caso es relevante, porque la nacionalidad del acusado no hubiera sido un impedimento para su persecución en Suecia.¹⁶⁸ Jackie Arklöv fue acusado de crímenes de guerra en los campos de prisioneros de Gabela y Grabovina, en 1993, cuando participó como voluntario en el conflicto de la antigua Yugoslavia junto a las tropas croatas. Fue sentenciado por un tribunal de Bosnia a trece años de prisión, después reducidos a ocho, y tras unas semanas fue puesto en libertad en 1996 en el marco de un intercambio de prisioneros. Al llegar a Suecia fue detenido, pero posteriormente puesto en libertad por considerar la sentencia insuficientemente fundada. No obstante, en 1999 fue condenado a cadena perpetua por el asesinato de dos policías en Suecia. En marzo de 2004 la Fiscalía reabrió el caso de Bosnia con nuevos testigos y, finalmente, Arklöv fue acusado en 2006 de crímenes de guerra y torturas, juzgado entre noviembre y diciembre de 2008 y condenado el 1 de diciembre de ese año, al entender el tribunal que la pena de cadena perpetua que ya estaba cumpliendo era aplicable también a los nuevos delitos.¹⁶⁹

En enero de 2006 se presentó una denuncia contra un oficial ruso, Vjatjeslav Sucharev, que se encontraba en Suecia participando en unas maniobras militares, por presuntos crímenes cometidos en Chechenia. La Fiscalía renunció a abrir un procedimiento por considerar que el sospechoso gozaba de inmunidad, según el derecho internacional, ya que su presencia se debía a una invitación del Gobierno sueco.¹⁷⁰

Por otra parte, el 23 de junio de 2008, la Fiscalía de Estocolmo anunció que no iba a abrir una investigación en relación con la denuncia contra el ex ministro de defensa y contra el ex vicepresidente de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld y Dick Cheney, que habían sido objeto, en la primavera de 2007, de una denuncia por crímenes de guerra y tortura en Iraq, Afganistán y Guantánamo.

Y, como ya se ha indicado, Silvère Ahorugeze, antiguo director de aviación civil de Ruanda, fue puesto en libertad en Dinamarca por falta de pruebas de su implicación en el genocidio. Sin embargo Ahorugeze fue detenido de nuevo en julio de 2008 en Suecia al ser reconocido por una de sus víctimas en la embajada de Ruanda en dicho país. Ruanda solicitó entonces su extradición por crímenes de guerra y genocidio. En mayo de 2009 la Corte Suprema de Suecia autorizó la extradición, que fue decidida por el Gobierno sueco el 9 de julio. Ahorugeze recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de julio de 2009, alegando que no existían garantías de la celebración de un juicio justo en su país. La extradición fue suspendida por Suecia el 16 de julio, como consecuencia de la petición formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶⁸ Sobre el caso, véase Mark KLAMBERG, "International Criminal Law in Swedish Courts: The Principle of Legality in the Arklöv Case", *Int'l Crim. L. Rev.* 9 (2009) 395-409.

¹⁶⁹ *Prosecutor v. Jackie Arklöv*, Stockholm District Court, Case No. B 4084-04, Judgment of 18 December 2006.

¹⁷⁰ Chief Prosecutor Thomas Häggström, decision on complaint 509A06000018, January 26 2006, Dnr 509A-19-06. Datos de Amnesty International, Sweden. *End Impunity through Universal Jurisdiction*, No. Safe Haven Series, No. 1, 2009.

Finalmente en **Suiza** se han celebrado dos juicios en el marco de la jurisdicción universal. Goran Grabez, de origen serbobosnio, solicitó asilo en Suiza en abril de 1995. Fue detenido y sometido a detención preventiva el 8 de mayo del mismo año. Aunque afirmó su jurisdicción en el caso, el 18 de abril de 1997, Goran Grabez fue absuelto de los cargos de crímenes de guerra, presuntamente cometidos en los campos de prisioneros de Omarska y Keratern, en 1992, por un tribunal militar en Lausana por falta de pruebas¹⁷¹ y fue indemnizado por su periodo de detención.¹⁷²

Fulgence Niyonteze, antiguo alcalde de la localidad ruandesa de Mushubati, obtuvo asilo en Suiza en mayo de 1995. Fue detenido en agosto de 1996 y sometido a detención preventiva el 30 de abril de 1999. Niyonteze fue condenado a cadena perpetua y a quince años de expulsión del territorio suizo por el Tribunal Militar de Lausana, por distintos cargos de crímenes de guerra cometidos en 1994.¹⁷³ Los cargos de crímenes contra la humanidad y genocidio no se consideraron incluidos en la jurisdicción universal de Suiza.¹⁷⁴ Por otra parte, Suiza rechazó en julio de 2009 la extradición a Ruanda del ex ministro de Medio Ambiente Gaspard Ruhumuriza, perseguido por genocidio por las autoridades ruandesas, por entender insuficientemente fundadas las acusaciones.

Finalmente, hay que mencionar la decisión de la Fiscalía suiza, de 8 de mayo de 2003, de no dar trámite a la denuncia penal presentada el 21 de marzo del mismo año contra George W. Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld, Colin Powell, Condoleezza Rice, Richard Myers, Tommy Franks, William Clinton, Tony Blair y Jack Straw, por crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos contra la población de Iraq, desde 1990.¹⁷⁵ El fiscal se declaró incompetente por considerar que los crímenes contra la humanidad eran delitos de competencia cantonal y no federal, y que los crímenes de guerra pertenecían a la competencia de la jurisdicción militar, señalando además la inmunidad de George Bush en su calidad de jefe de Estado en activo.

¹⁷¹ *Jugement en la cause Goran Grabez*, Tribunal militaire de division 1, Lausanne, 18 Avril 1997.

¹⁷² Tribunal militaire de cassation, 5 Septembre 1997, Re G. G.

¹⁷³ *Jugement en la cause Fulgence Niyonteze*, Tribunal militaire de division 2, Lausanne, 30 Avril 1999.

¹⁷⁴ Se convirtió así en el primer ruandés condenado al margen de la jurisdicción ruandesa o de la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En apelación se confirmaron algunos de los cargos y fue condenado el 26 de mayo de 2000 a catorce años de reclusión y a quince años de expulsión del territorio suizo; Tribunal Militaire d'Appel 1a, Genève, 26 mai 2000. En abril de 2001, el Tribunal Militar de Casación confirmó la sentencia; Niyonteze, Fulgence, Tribunal militaire de cassation: arrêt, 27-4-2001, 27 Avril 2001. El 29 de diciembre de 2005 Niyonteze fue puesto en libertad condicional y posteriormente expulsado de Suiza.

¹⁷⁵ Affaire n° MPC/EAIL/1/03/0085, Berne, 8 mai 2003, Ordonnance de refus de donner suite (artículo 100 al 3 PPF).

A4. ALGUNOS CONDICIONANTES DE LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Aparte de las consideraciones relativas a las dificultades intrínsecas de un proceso penal relativo a hechos sucedidos en un país distinto de aquel en el que son juzgados, los principales condicionantes que suscita la competencia universal tienen que ver con los márgenes de discrecionalidad en su ejercicio, con los estatutos de inmunidad de los que gozan ciertas personas, con el requisito de la presencia del acusado en el territorio, con el carácter concurrente o subsidiario respecto de la jurisdicción territorial del lugar de comisión de los hechos, con el impacto de las medidas de amnistía vigentes en el país de comisión de los hechos y con la aplicabilidad de la prescripción.

A4.1. MÁRGENES DE DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

De manera mayoritaria, las leyes nacionales condicionan el ejercicio de la jurisdicción universal a una decisión del fiscal, que comporta en mayor o menor medida un margen de discrecionalidad, a veces como consecuencia de la aplicación de un criterio general para toda acción penal.

En algunos casos, esta discrecionalidad se formaliza a través de la exigencia de una autorización previa de la máxima autoridad de la Fiscalía para abrir un procedimiento penal; en otros, se establece que solamente los fiscales podrán pedir el inicio de la investigación penal; en otros sin ser necesaria esta autorización ni tener el monopolio de la acción penal, se otorga a los fiscales un margen de discrecionalidad en la persecución, atendiendo a ciertas situaciones.

Entre los que exigen una autorización previa y otorgan el monopolio de la acusación al fiscal cabe citarse el caso de Canadá.¹⁷⁶ La Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra de 2000 dispone en su sección 9, apartado 3, lo siguiente:

¹⁷⁶ *Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*, c. 24, C-45.9; adoptada el 29 de junio de 2000 [R.S.C. 2000, c.24]. Hay que tener en cuenta que la figura del *Procureur général* coincide con el cargo de Ministro de Justicia. También es el caso de: Australia, *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002*, núm. 42, 2002 268.121 y 16.1; Croacia, Ley de 4 de noviembre de 2003, *Law on the Application of the Statute of the International Criminal Court and on the Prosecution of Criminal Acts against the International Law on War and Humanitarian Law*, artículo 10.2. y 10.3; Bosnia y Herzegovina, Código de Procedimiento Penal, de marzo de 2003 (Official Gazette of Bosnia and Herzegovina 36/03), artículo 16; Bulgaria, Código de Procedimiento Penal, State Gazette núm. 86/28.10.2005, enmendada en, SG núm. 46/12.06.2007, artículo 212.1; Costa Rica, Ley

“No proceedings for an offence under any of sections 4 to 7 of this Act, or under section 354 or subsection 462.31(1) of the Criminal Code in relation to property or proceeds obtained or derived directly or indirectly as a result of the commission of an offence under this Act, may be commenced without the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General of Canada, and those proceedings may be conducted only by the Attorney General of Canada or counsel acting on their behalf.”

Entre los modelos que permiten la discrecionalidad del fiscal está la ley alemana, que incorpora el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional, de 2002, que introduce una modificación en el Código de Procedimiento Penal que afecta a los crímenes de competencia de la CPI en los términos siguientes:

“Section 153f

[...] the public prosecution office may dispense with prosecuting an offence punishable [...] if the accused is not present in Germany and such presence is not to be anticipated. If in the cases referred to under Section 153c subsection (1), number 1, the accused is a German, this shall however apply only where the offence is being prosecuted before an international court or by a state on whose territory the offence was committed or whose national was harmed by the offence.

(2) [...] the public prosecution office can, in particular, dispense with prosecuting an offence punishable [...] if

1. there is no suspicion of a German having committed such offence,
2. such offence was not committed against a German,
3. no suspect in respect of such offence is present in Germany and such presence is not to be anticipated and
4. the offence is being prosecuted before an international court or by a state on whose territory the offence was committed, whose national is suspected of its commission or whose national was harmed by the offence.

The same shall apply if a foreigner accused of an offence committed abroad is residing in Germany but the requirements pursuant to the first sentence, numbers 2 and 4, have been fulfilled and transfer to an international court or extradition to the prosecuting state is permissible and is intended. [...]”¹⁷⁷

4573 del Código Penal, 4 mayo 1970, artículo 8; Finlandia, Código Penal de 1889 (39/1889), desde enmienda de 1997 (205/1997), Sec 12; Malta, Chapter 453, International Criminal Court Act, Act XXIV of 2002, sec.7 (4); Noruega, *Act of Criminal Procedure (Straffeprosessloven)*, Act of 22 May 1981 núm. 25, sec. 224; Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act 2000*, Public Act 2000 núm. 26, sec.13 (permite adoptar medidas antes de la autorización del fiscal); República del Congo, *Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour, mis à jour au 30 novembre 2004*, JO 30.11.2004, artículo 3; Sudáfrica, Ley núm. 27 de 2002, *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002*, Government Gazette, vol. 445, núm. 23642, 18 July 2002, sec. 4 (3) a (6); o Trinidad y Tobago, *The International Criminal Court Bil, 2005, Núm. 6 of 2005*, artículo 13 (fórmula similar a la de Nueva Zelanda).

¹⁷⁷ Ley de Introducción del Código Penal Internacional, BGBl.2002 I, P 2254, 26 Junio 2002; artículo 3.

En algunos casos, como el belga, desde la Ley de agosto de 2003 se combina la autorización previa con la discrecionalidad del fiscal.¹⁷⁸

En cambio, en algunos países, la posibilidad de pedir el inicio de una investigación penal está también abierta a las víctimas e incluso a otras personas interesadas.¹⁷⁹

Con estas atribuciones a los fiscales, en general conectados con el poder ejecutivo, los Estados tratan de mantener un cierto control de los procedimientos que puedan iniciarse al respecto. No obstante, hay que precisar que, en la medida en que el ejercicio de la jurisdicción universal derive de una obligación internacional, la decisión de no perseguir, basada en consideraciones de oportunidad, constituye una vulneración de dicha obligación, a no ser que se opte por extraditar al presunto autor del crimen a otro país con competencia sobre el mismo.

A4.2. JURISDICCIÓN UNIVERSAL E INMUNIDAD PENAL

Ciertas personas (jefe de Estado, jefe de Gobierno, ministro de Asuntos Exteriores, en particular) gozan, de acuerdo con el derecho internacional general, de inmunidad civil y penal ante las jurisdicciones nacionales de cualquier Estado distinto del que ellos representan. Se trata de una inmunidad funcional destinada, junto con otros privilegios, a garantizarles la máxima independencia en el ejercicio de sus funciones oficiales de representación de un Estado. Es una norma en general respetada por las jurisdicciones nacionales.¹⁸⁰

No obstante, se levantan cada vez mas opiniones en el sentido de que la norma no debe cubrir los supuestos de la comisión de los más graves crímenes internacionales; según las recomendaciones de la ILA, de 2000: “4. No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in an official capacity”.¹⁸¹

También el quinto de los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal¹⁸² es favorable a la exclusión de cualquier exención de responsabilidad para los delitos graves

¹⁷⁸ Bélgica, *Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire* (M.B., 7 août 2003), que modifica la *Loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale*; artículo 16. También es el caso de Suecia, para los crímenes que aquí interesan, Código Penal, *Ds 1999:36*, Sect. 5 (2) y Código de Procedimiento Judicial *Procedure (Rättegångsbalken 1942:740)*, Ch. 23, Sect. 1 y 3. Y el del Reino Unido, *International Criminal Court Act 2001*, 2001 Chapter 17 (aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte), sec. 53 (3) y 60 (3).

¹⁷⁹ Es el caso, entre otros, de España, Francia, Italia, Nueva Zelanda o el Reino Unido. En el caso de la reforma en curso en Francia, el Senado intentó en junio de 2008 otorgar el monopolio al fiscal, pero la Comisión de Asuntos Exteriores de la Asamblea Nacional ha devuelto el proyecto a la situación hasta ahora vigente en julio del mismo año.

¹⁸⁰ Como se verá, esta ha sido la práctica en España, aunque no la de Bélgica. En Francia, aunque se adujo la inmunidad en la sentencia de 13 de marzo de 2001 de la Corte de Casación, en el caso Gaddafi, núm. 00-87214, la Corte parece admitir que pueda haber excepciones; véase la traducción inglesa en 4 YIHL 2001, pp. 708-710.

¹⁸¹ ILA, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, *op. cit.* p. 21.

¹⁸² ONU, Doc. A/56/677, *op. cit.*

de derecho internacional (que incluyen en el texto la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura), sin perjuicio de respetar las inmunidades procesales que corresponda, mientras el acusado se encuentre ejerciendo la función oficial.

“Principio 5 – Inmunidades

Con respecto a los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, la función oficial de un acusado, sea en calidad de jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario competente, no le exonerará de responsabilidad penal ni atenuará su pena.”

Pero la norma sigue vigente a juicio de la Corte Internacional de Justicia en 2002, en el asunto que enfrentó a la República Democrática del Congo y a Bélgica.¹⁸³ Precisamente, uno de los motivos de la crisis de la ley belga de jurisdicción universal, en sus versiones de 1993 y 1999,¹⁸⁴ que llevó a su derogación en 2003, ha sido el de no reconocer esta inmunidad, lo que ha facilitado la presentación de demandas penales y, en algunos casos, la apertura de otros procedimientos penales contra Ariel Sharon, Jiang Zemin, George Bush senior, Dick Cheney, Ali Akbar Hashemi Rafsanjani, Driss Basri, Paul Kagame, Denis Sassou Nguesso, Saddam Hussein o Fidel Castro, con las consiguientes presiones políticas de los países implicados.¹⁸⁵

¹⁸³ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002. Son pertinentes las críticas de la decisión de la Corte en el sentido de que elude pronunciarse expresamente sobre el rango jerárquico de las normas que prohíben los crímenes internacionales más graves, aunque *de facto* las supedita a la norma que establece la inmunidad del ministro de asuntos exteriores; véanse las opiniones disidentes del juez Al-Khasawneh y de la juez *ad hoc* Christine Van Den Wyngaert. Sobre la sentencia: Jan WOUTERS, y Leen de SMET, “The ICJ’s Judgment in the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations”, 4 YIHL 2001, pp. 373-388; Brigitte STERN, “Les dits et les non dits de la Cour internationale de Justice dans l’affaire RDC contre Belgique”, Int’l LFDI, vol. 4, 2002, pp. 104-116; Micaela FRULLI, “Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux”, en Antonio CASSESE, y Marty MIREILLE DELMAS, (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 216-236; Jonathan H. MARKS, “Mending the Web: Universal Jurisdiction, Humanitarian Intervention and the Abrogation of Immunity by the Security Council”, 42, Colum. J. Transnat’l L. (2004), pp. 453-463; Jaume FERRER LLORET, “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, ADI, vol. XVIII, 2002, pp. 305-346; Julio JORGE URBINA, “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 255-306.

¹⁸⁴ Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977 additionnels à ces conventions (*M.B.*, 5 août 1993); Loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire (*M.B.*, 23 mars 1999); sobre las mismas, A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l’expérience belge à l’exigence d’une justice pénale transnationale*, op. cit., pp. 33 y ss. y 119 y ss.; Steven R. RATNER, “Belgium’s War Crimes Statute: A Postmortem” 97 AJIL (2003), pp. 888-897.

¹⁸⁵ A. Bailleux destaca las presiones de los Estados Unidos, en relación con el procedimiento contra George W. Bush, Colin Powell, Richard Cheney y Norman Schwarzkopf, amenazando incluso con cambiar la sede de la OTAN; de Israel por el caso Sharon; de Irán por el caso Rafsanjani; de la República Democrática del Congo por el caso Yerodia, e incluso del Vaticano por el juicio de dos monjas ruandesas; *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l’expérience belge à l’exigence d’une justice pénale transnationale*, op. cit., pp. 97-98. Véase también Eric DAVID, “Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003?”, *Jura Falconis* Jg. 40, 2003-2004, núm. 1, pp. 55 y ss. Algunos Estados mantienen disposiciones similares; por ejemplo, Bosnia y Herzegovina, Código Penal de junio 2003, “Official Gazette” 3/03, artículo 180.

Pero ello no significa que el derecho internacional exima a estas personas de responsabilidad penal y les otorgue cualquier tipo de impunidad cuando cometen delitos durante el ejercicio de su cargo. Como ha señalado la Corte:

“L’immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l’égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale.”¹⁸⁶

Según se detalla en dicha sentencia, la responsabilidad penal de las personas que gozan de inmunidad puede hacerse efectiva por cuatro vías: en primer lugar, en los tribunales de su propio país; en segundo lugar, en el extranjero si el Estado que representan decide levantar su inmunidad; en tercer lugar, cuando dejan de ocupar el cargo que les otorga la inmunidad, dejan de beneficiarse de la misma (como demuestran los casos relativos a Pinochet, Habré o Fujimori) ante los órganos judiciales de terceros países;¹⁸⁷ y, por último, estas personas pueden ser perseguidas por tribunales penales internacionales que sean competentes, donde no se admite dicha inmunidad (como fue el caso del procesamiento de Milosevic, ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en 1999, o la actual persecución por parte de la CPI del presidente de Sudán en ejercicio, Omar al-Bashir).¹⁸⁸ Basta recordar al respecto las disposiciones de los estatutos de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y, en especial, el artículo 27 del Estatuto de la CPI.¹⁸⁹

¹⁸⁶ CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002, párr. 60.

¹⁸⁷ Aunque la CIJ en este caso adopta una posición muy restrictiva, ya que limita la competencia de los jueces extranjeros a los actos realizados a título privado, lo que resulta inapropiado cuando se trata de crímenes internacionales de especial gravedad: “En troisième lieu, dès lors qu’une personne a cessé d’occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. A condition d’être compétent selon le droit international, un tribunal d’un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d’un autre État au titre d’actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu’au titre d’actes qui, bien qu’accomplis durant cette période, l’ont été à titre privé”; *ibid.*, párr. 61. Al respecto véase la crítica de Antonio CASSESE: “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”, en Antonio CASSESE, y Mireille DELMAS-MARTY, (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 27-28.

¹⁸⁸ Véase en esta línea la Resolución del IDI, Session de Vancouver, 2001, sobre “Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’État et de gouvernement en droit international”; consultable en <http://www.idi-ii.org/>. Véase, a propósito del Caso Taylor ante el Tribunal Especial para Sierra Leona, la contribución de Philippe Sands y Alison Macdonald: *The Special Court for Sierra Leone, The Appeal Chamber; The Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, Case SCSL-2003-01-I, Submissions of the Amicus Curiae on Head of State immunity, 23 October 2003, Philippe Sands QC, Alison Macdonald.

¹⁸⁹ Cuyo texto es el siguiente: “Improcedencia del cargo oficial. 1) El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, 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. 2) Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. BOE núm. 126, 27.5.2002. Al respecto”, *vid.* Paola GAETA, “Official Capacity and Immunities”, en Antonio CASSESE, Paola GAETA, y John R. W. D. JONES, (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002; volume I, pp. 975-1002.

No obstante, en la práctica reciente se han registrado supuestos en los que las jurisdicciones nacionales han ampliado las inmunidades a otras personas que no las tienen, de acuerdo con el derecho internacional, y que ya no ejercen el cargo oficial; por ejemplo, ha sido el argumento utilizado por la Fiscalía francesa en noviembre de 2007 para no dar curso a la demanda contra Donald Rumsfeld, ex secretario de Defensa de los Estados Unidos.

A4.3. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Aunque en los derechos internos la prescripción de los delitos no es una regla general ni absoluta, a partir de la Segunda Guerra Mundial se ha operado una introducción progresiva en distintos derechos internos de normas referidas a la imprescriptibilidad de algunos delitos, singularmente los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.¹⁹⁰

En las legislaciones nacionales, en lo que se refiere a la prescripción de estos delitos, el punto de partida era el de un tratamiento caso a caso que, en buena medida, se mantiene. En algunos países los delitos que conllevan las penas más graves no son susceptibles de prescripción. El efecto armonizador, en el sentido de declarar la imprescriptibilidad de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, se manifiesta de manera más visible en los países que han adoptado nuevas leyes con posterioridad a la adopción del Estatuto de Roma.¹⁹¹

En el plano internacional, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales más graves se ha ido consolidando desde los años 60, especialmente en relación con la voluntad de mantener la persecución de los criminales de guerra nazis que todavía habían conseguido escapar a la justicia penal

¹⁹⁰ D. THIAM, "Cuarto informe sobre el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", Doc. A/CN.4/398, 11 de marzo de 1986, p. 40.

¹⁹¹ Como es el caso de Alemania, Ley de Introducción del Código Penal Internacional, BGBl.2002 I, P 2254, 26 Junio 2002, artículo 1, sec. 5; Argentina, Ley 26.200, de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 13 de diciembre de 2006, artículo 11; Bosnia y Herzegovina, Código Penal de junio 2003, "Official Gazette" 3/03, artículo 19; Estonia, Código Penal de 6 de junio de 2001, (RT I 2001, 61, 364; RT I 2002, 86, 504), sec. 81 (con excepciones); Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act 2000*, Public Act 2000 núm. 26, sec. 12; Panamá, Ley núm. 14 del Código Penal, de 18 de mayo de 2007, núm. 25796 Gaceta Oficial Digital, 22 de mayo de 2007, artículo 120; Países Bajos, *270 Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law* (International Crimes Act), sec. 13 (con alguna excepción; Portugal, Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho, *Adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário - 17.ª alteração ao Código Penal, Anexo, Lei penal relativa às violações do direito internacional humanitário, artículo 7;*); República del Congo, Loi n.º 8 - 98 du 31 octobre 1998, *portant définition et répression du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, artículo 14; Senegal, *Loi n.º 2007-02, du 12 février 2007 modifiant le Code pénal; Journal Officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007 y *Loi n.º 2007-05, du 12 février 2007 modifiant le Code de la Procédure pénale relative à la mise en oeuvre du Traité de Rome instituant la Cour pénale internationale; Journal Officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007, artículo 1 que introduce un nuevo apartado 7.4 en el Código; o el proyecto de ley en curso en Suiza; *Loi fédérale Projet portant modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 23 de abril de 2008; Timor-Leste, Código Penal, Decreto Ley 19/2009, 30 de marzo de 2009, artículo 117; Uruguay, *Ley núm. 18.026, de Cooperación con la Corte Penal Internacional en Materia de Lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; D.O. 4 de octubre de 2006 - núm. 27091*, artículo 7.

Este planteamiento se ha ido manifestando en distintos textos relevantes. En 1968 la AGNU adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre.¹⁹² Su artículo I afirma que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

En el mismo sentido, la Resolución 3074 (XXVII) de la AGNU, de 3 de diciembre de 1973, relativa a los "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad" dispone en su artículo 1 que:

"Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas."

Poco después, el 25 de enero de 1974, el Consejo de Europa adoptó la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra.¹⁹³

La imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional fue incorporada en el artículo 7 del Proyecto de Código de la CDI de 1991 contra la paz y la seguridad de la humanidad, en términos inequívocos: "El crimen contra la paz y la seguridad es imprescriptible".¹⁹⁴ Sin embargo, debido a las resistencias de algunos Estados,¹⁹⁵ desapareció del Proyecto de la Comisión aprobado en 1996.¹⁹⁶

No obstante, con posterioridad, el artículo 29 del Estatuto de Roma de la CPI, aprobado el 17 de julio de 1998, estableció, en referencia al genocidio, a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, que "los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán."¹⁹⁷

La concepción que defiende un fundamento consuetudinario de la imprescriptibilidad de estos crímenes¹⁹⁸ ha recibido el apoyo de distintas sentencias en los tribunales nacionales.

¹⁹² Res. 2391 (XXIII) AGNU, de 26 de noviembre de 1968; UNTS, vol. 754, p. 73; entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

¹⁹³ Núm. 082; en vigor desde el 27 de junio de 2003, aunque solamente cinco Estados lo han ratificado; disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>.

¹⁹⁴ *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43.º período de sesiones* (29 de abril - 19 de julio de 1991); Doc. A/46/10, p. 260; comentario en *ACDI*, 1987, vol. II (Segunda parte), p. 16.

¹⁹⁵ D. THIAM, *Décimo segundo informe sobre el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Doc. A/CN.4/460, 15 de abril de 1994, pp. 15-16.

¹⁹⁶ *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones*, (6 de mayo - 26 de julio de 1996), Doc. A/51/10, pp. 16-129.

¹⁹⁷ BOE núm. 126, 27.5.2002.

¹⁹⁸ De manera más matizada: Micaela FRULLI, *Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux*, op. cit. pp. 239-243.

Entre ellas, cabe citar la decisión de la Corte Suprema de Argentina, de 2 de noviembre de 1995, que concedió la extradición de Erich Priebke a Italia por su implicación en la conocida como matanza de las Fosas Ardeatinas, cometida el 24 de marzo de 1944, cerca de Roma. En dicho caso, la mayoría de sus miembros consideró que los hechos imputados a Priebke constituían crímenes contra el derecho de gentes y que, como tales, eran imprescriptibles.¹⁹⁹

En Italia, y en relación con el mismo caso, tres decisiones judiciales distintas coincidieron en entender que no cabía la prescripción ante los crímenes de guerra, a pesar de que Italia no era parte de la citada Convención de las Naciones Unidas: la Corte Militar de Roma, en su decisión de 22 de julio de 1997; la Corte Militar de Apelación, en su decisión de 7 de marzo de 1998, y la Corte de Casación, en su decisión de 16 de noviembre de 1998. En ellas se considera que el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad tiene el carácter de norma de *ius cogens*.²⁰⁰

Este punto de vista ha sido asumido posteriormente en Argentina, entre otras, por la sentencia del juez Cavallo, en el asunto de las leyes de amnistía, en 2001. Tras aludir a diversos precedentes,²⁰¹ señala que:

“Es que la consideración de tales crímenes como no sujetos a prescripción es una consecuencia natural e ineludible de la aceptación de que los hechos son crímenes contra la humanidad. Con mayor razón, si se repara en que las normas atinentes a dichos crímenes son de carácter *ius cogens* e imponen a todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional obligaciones de las que no pueden sustraerse (*obligatio erga omnes*).

¹⁹⁹ “El carácter *ius cogens* de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad ante la actividad individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga este tipo de ilegalidades. La función del *ius cogens* es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derechos cuya inobservancia pueda afectar la esencia misma del sistema legal...” (Considerando. 70 del voto conjunto del presidente, Dr. D. Julio S. Nazareno y del vicepresidente Dr. D. Eduardo Moliné O’ Connor). “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición – causa núm. 16.063/94-” - CSJN - 02/11/1995. Sobre la imprescriptibilidad en Argentina, Parenti, Pablo F., “Argentina”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO, y Gisela ELSNER, (eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 22-49.

²⁰⁰ La documentación del caso en www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/Processi/Priebke+Erich/. Al respecto véase Sergio MARCHISIO, “The Priebke Case before the Italian Military Tribunals. A Reaffirmation of the Principle of Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity”, *YIHL* 1998, vol. 1, pp. 344-353.

²⁰¹ Aparte del caso Priebke, menciona, entre otras, las decisiones de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en otros casos: “También con base en la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a los crímenes contra la humanidad y que nuestro sistema jurídico recepta a través del artículo 118 CN, la imprescriptibilidad fue sostenida, por ambas salas de esa Cámara Federal, en los pronunciamientos de fecha 9 de septiembre de 1999 *in re* ‘Massera s/ excepciones’ (Sala I, expte. 30514), 4 de mayo de 2000 *in re* ‘Astiz, Alfredo s/nulidad’ (Sala II, expte. 16.071) y 4 de octubre de 2000 *in re* ‘Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal’ (Sala II, expte. 18.020); Causa núm. 8686/2000. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal núm. 4; Argentina, Asunto ‘Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años’”, 6 de marzo de 2001.

Entonces, el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad así como las condiciones para su juzgamiento que impone el derecho de gentes a través de sus normas más encumbradas, no solo se deriva de la recepción que realiza el artículo 118 de la Constitución Nacional, tal como se ha expresado más arriba, sino, además, del hecho de formar parte de la comunidad internacional, de aceptar sus normas, de formar parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que consagra una de las funciones del *ius cogens*) y el hecho de haber contribuido a la consolidación del derecho penal internacional.”

También la CIDH, en el asunto Almonacid Arellano, señaló que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad constituye una norma de *ius cogens* que impide la prescripción, incluso respecto de países como Chile, que no han suscrito el Convenio de las Naciones Unidas al respecto:

“En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales ‘son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido’. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.”²⁰²

A4.4. JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y PRESENCIA DEL ACUSADO EN EL TERRITORIO

Aunque, como ya se ha indicado, la presencia del sospechoso en el territorio activa la jurisdicción universal obligatoria para las partes en numerosos tratados internacionales, como es el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, se ha discutido si el derecho internacional exige, en todo caso, como requisito para el ejercicio de la jurisdicción universal, la presencia del acusado en el territorio del Estado que pretende juzgarlo.²⁰³

²⁰² CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 152-153.

²⁰³ Como sostenía, en 1928, Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes de droit pénal international*, pp. 160-161 y sostiene todavía importantes sectores doctrinales; como el entonces presidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Guillaume. Opinión individual, CIJ, Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, 14 février 2002; en el mismo sentido, Antonio CASSESE, “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, *JICJ*, 1 (2003), pp. 589-595; en el mismo sentido Antonio CASSESE, “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale

Como se ha señalado, aunque la mayoría de los tratados internacionales pertinentes establecen, en ese caso, la obligación de juzgar o extraditar, en ningún caso excluyen otros títulos de competencia de los tribunales nacionales. En consecuencia, admiten, entre otras, la posibilidad de que el acusado sea reclamado por un país que desea ejercer la jurisdicción universal y que, obviamente, habrá empezado antes de dicha solicitud la investigación y la persecución penal.

Como han puesto de relieve algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia (al escribir en 2002):

“45. That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction. This does not necessarily indicate, however, that such an exercise would be unlawful. [...]

56. Some jurisdictions provide for trial *in absentia*; others do not. If it is said that a person must be within the jurisdiction at the time of the trial itself, that may be a prudent guarantee for the right of fair trial but has little to do with bases of jurisdiction recognized under international law.

57. On what basis is it claimed, alternatively, that an arrest warrant may not be issued for non-nationals in respect of offences occurring outside the jurisdiction? The textual provisions themselves of the 1949 Geneva Convention and the First Additional Protocol give no support to this view. The great treaties on aerial offences, hijacking, narcotics and torture are built around the concept of *aut dedere aut prosequi*. *Definitionally, this envisages presence on the territory*. There cannot be an obligation to extradite someone you choose not to try unless that person is within your reach. National legislation, enacted to give effect to these treaties, quite naturally also may make mention of the necessity of the presence of the accused. These sensible realities are critical for the obligatory exercise of *aut dedere aut prosequi jurisdiction*, but cannot be interpreted a *contrario* so as to exclude a voluntary exercise of universal jurisdiction.

58. If the underlying purpose of designating certain acts as international crimes is to authorize a wide jurisdiction to be asserted over persons committing them, there is no rule of international law (and certainly not the *aut dedere* principle) which makes illegal co-operative overt acts designed to secure their presence within a State wishing to exercise jurisdiction.”²⁰⁴

internationale?”, *op. cit.* 22-23, y Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, *op. cit.*, pp. 228-231.

²⁰⁴ ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Others. Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*) Judgment of 14 February 2002. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buerenthal. No obstante, entre los demás jueces la división de opiniones es patente a este respecto. En contra de esta opinión se muestra Antonio CASSESE, “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction”, JICJ, 1 (2003), pp. 589-595; y Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, *op. cit.* pp. 228-231.

Por tanto, si no hay una exigencia de la presencia del acusado en el territorio que derive del derecho internacional, la cuestión dependerá finalmente de las determinaciones de las distintas leyes nacionales que establecen la jurisdicción universal.

Y es ampliamente mayoritaria la exigencia, en las legislaciones nacionales, de algún tipo de conexión territorial del acusado con el Estado que va a ejercer la jurisdicción universal. En algunos pocos casos se requiere la residencia habitual,²⁰⁵ pero en otros basta con la presencia del acusado en el territorio,²⁰⁶ aunque a veces se requiere la presencia del presunto autor del crimen en el país, solamente en el momento de interponer la denuncia inicial o de abrir el procedimiento penal y, en otros, que no permiten los juicios *in absentia*, se requiere también la presencia del acusado en el juicio.

²⁰⁵ Bélgica (aunque como requisito alternativo a la nacionalidad o residencia de la víctima); Bélgica, Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire (M.B., 7 août 2003); arts. 14-16; Malta, Chapter 453, International Criminal Court Act, Act XXIV of 2002, sec.7 (3); Reino Unido, *International Criminal Court Act 2001*, 2001 Chapter 17 (aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte), sec. 51 y 58; o Suiza (aunque se sustituye por la mera presencia en el proyecto de reforma en curso; *Loi fédérale Projet portant modification de lois fédérales en vue de la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale*; 23 de abril de 2008).

²⁰⁶ Es el caso de: Argentina, Código Procesal Penal, Ley núm. 23.984, de 21 de agosto de 1991, artículo 290 y Ley 26.200, de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 13 de diciembre de 2006; arts. 3 y 4; Bosnia y Herzegovina, Código Penal de junio de 2003, “Official Gazette” 3/03, artículo 12 y Código de Procedimiento Penal, de marzo de 2003 (Official Gazette of Bosnia and Herzegovina 36/03), artículo 247; Canadá; *Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*, c. 24, C-45.9; adoptada el 29 de junio de 2000 [R.S.C. 2000, c.24]; sec. 8 y 9.2; Costa Rica, Ley 4573 Código Penal, 4 de mayo de 1970, artículo 8 y Código Procesal Penal (Ley núm. 7594, de 10 de abril de 1996), en vigor desde el 1 de enero de 1998; arts. 89-90; Croacia, Ley de 4 de noviembre de 2003, *Law on the Application of the Statute of the International Criminal Court and on the Prosecution of Criminal Acts against the International Law on War and Humanitarian Law*, artículo 10.2; Dinamarca, está prohibido el juicio *in absentia*; *Administration of Justice Act*, Section 847; y se requiere la presencia en el territorio en el momento de iniciar la persecución para ciertos delitos, como la tortura, como se vió en el caso Pinochet, 3 YIHL 2000, p. 469; Etiopía: Proclamation n.º. 414/2004, The Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia; en vigor desde el 9 de mayo de 2005; artículo 19.1.b; Francia, Code de Procédure Pénale, Arts. 689-1 a 689-10 (modificado por la *Loi n.º. 99-515 du 23 juin 1999, JORF 24 juin 1999*) y arts. 410-412 (*Loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004, JORF 10 mars 2004*); en el actual proyecto de reforma en curso, el Senado intentó introducir la exigencia de residencia del presunto autor del crimen, pero la Comisión de Asuntos Exteriores de la Asamblea Nacional ha devuelto el proyecto a la situación hasta ahora vigente; Países Bajos, *270 Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act)*, sec.2; al respecto, la decisión de la Corte Suprema en el asunto Bouterse, de 18 de septiembre de 2001; Supreme Court (Hoge Raad), Criminal Chamber, judgment of 18 September 2001, No. 00749/01 (CW 2323), 4 YIHL 2001, pp. 720-722; Portugal, Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho, *Adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário - 17 alteração ao Código Penal*, modifica el artículo 5 del Código Penal; República del Congo, *Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour, mis à jour au 30 novembre 2004*, JO. 30.11.2004, artículo 3; Sudáfrica, Ley núm. 27 de 2002, Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002, Government Gazette, vol. 445, No. 23642, 18 July 2002, sec. 4; Suecia, Código Penal, *Ds 1999:36*, Sec. 2.3; Timor-Leste, Código Penal, Decreto Ley 19/2009, 30 de marzo de 2009, arts. 8.3; Uruguay, *Ley núm. 18.026, de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad*; D.O. 4 de octubre de 2006 - núm. 27091, artículo 4.2.

Pero en algunos casos no se hace mención alguna de un requisito de presencia del sospechoso en el territorio para iniciar el ejercicio de la jurisdicción universal.²⁰⁷ En estos casos, para conseguir la presencia del acusado habrá que recurrir a la extradición desde otro Estado o, eventualmente, a la entrega por un tribunal internacional. El recurso a la extradición supone la aplicación de otras normas específicas, normalmente procedentes de tratados bilaterales o multilaterales de extradición, y la incorporación de otros requisitos, como la especialidad, la doble incriminación y la ausencia de prescripción, además de reintroducir en muchos países –como en el Reino Unido, según se vio en el caso Pinochet– un margen de discrecionalidad política por la participación del poder ejecutivo en la decisión, excepto en el marco de la orden de detención europea.²⁰⁸

En esta línea se recoge en el texto del primero de los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, que distingue entre jurisdicción y ejercicio de la jurisdicción:

“Principio 1 – Fundamentos de la jurisdicción universal

1. 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 éste 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.

2. La jurisdicción universal podrá ser ejercida por un órgano judicial competente y ordinario del Estado a fin de enjuiciar a una persona debidamente acusada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que el acusado esté presente ante ese órgano judicial.

²⁰⁷ Es el caso de Alemania; aunque la ley no lo preveía, la jurisprudencia exigió un vínculo de conexión con Alemania y los tribunales interpretaron que dicho vínculo podía quedar justificado por la residencia temporal en el territorio alemán, desde el caso Tadic; Bundesgerichtshof, 13 de febrero de 1994, 1 BGs 100.94; según algunos autores este criterio se abandonó en el caso Sokolovic, Bundesgerichtshof, Sentencia de 21 de febrero de 2001, 3 StR 372/00; en todo caso no se prevé en la nueva legislación alemana; Florian JESSBERGER, y Gerhard WERLE, “La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El Código penal internacional alemán”, RP, núm. 12, 2003, pp. 126-142; Kai AMBOS, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, RECPC, 07-17 (2005); Finlandia, Código Penal (39/1889), sec. 7 (en sec 6(3) (b) si se requiere la presencia); Nueva Zelanda, *International Crimes and International Criminal Court Act 2000*, Public Act 2000 núm. 26, sec. 8; Panamá, Ley núm. 14 del Código Penal, de 18 de mayo de 2007, núm. 25796 Gaceta Oficial Digital, 22 de mayo de 2007, Arts. 19-21; Trinidad y Tobago, *The International Criminal Court Bil, 2005, No. 6 of 2005*, artículo 8. Era también el caso de España, como se verá, aunque el juicio *in absentia* solamente es aplicable a los juicios de faltas y a otros delitos menores, por lo que se requería la presencia del acusado en el juicio; pero la reforma en curso, que se analiza más adelante, modificará esta situación. Pueden asimilarse a estos supuestos los de: Ecuador, Código Penal de 22 de enero de 1971; Registro Oficial Suplemento núm. 147, artículo 5, (la presencia voluntaria puede sustituirse por la obtención de la extradición); Senegal *Loi n° 2007-02, du 12 février 2007 modifiant le Code pénal*; *Journal Officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007 y *Loi n° 2007-05, du 12 février 2007 modifiant le Code de la Procédure pénale relative à la mise en œuvre du Traité de Rome instituant la Cour pénale internationale*; *Journal Officiel de la République du Sénégal*, 10 mars 2007, artículo 2, que modifica el artículo 669 del Código (la presencia voluntaria puede sustituirse por la de una víctima residente o por la obtención de la extradición).

²⁰⁸ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002; DOUE, L 190, de 18.07.2002. Al respecto, Isabel LIROLA DELGADO, y Magdalena M^a MARTÍN MARTÍNEZ, “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”, ADI, vol. XX, 2004, pp. 173-240.

3. El Estado podrá invocar a la jurisdicción universal como fundamento para solicitar la extradición de una persona acusada o condenada de la comisión de los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, a condición de que haya demostrado *prima facie* su culpabilidad y de que la persona cuya extradición se requiere haya de ser juzgada o la pena haya de ser aplicada conforme a las normas y criterios internacionales de protección de los derechos humanos en el contexto de un juicio penal...”

En el mismo sentido se inclinan los criterios enunciados en la Resolución del IDI, en su sesión de Cracovia, de 2005, sobre “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”;²⁰⁹ en cuyo apartado 3 (b) se dice que:

“b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender.”

El ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* se justifica especialmente cuando ninguna otra jurisdicción nacional con vínculos específicos con el crimen pretende conocer del mismo,²¹⁰ lo que remite al concepto de subsidiariedad.

A4.5. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO JURISDICCIÓN SUBSIDIARIA

Existe un acuerdo generalizado en que la prioridad del ejercicio de la jurisdicción penal corresponde a los tribunales del lugar donde los crímenes se cometen. Con más razón cuando se trata de crímenes graves como los de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cuyo enjuiciamiento, por su propia naturaleza, resulta extremadamente complejo e implica, en muchos supuestos, a un número elevado de autores, de víctimas y de testigos desplazados, con frecuencia, del lugar de los hechos.

Pero también es cierto que tales crímenes no son cometidos por particulares aislados, sino que se perpetran cuando menos con la tolerancia, si no con la connivencia, la complicidad o la autoría directa de los órganos de uno o más Estados. Por tanto, como demuestran tantas experiencias concretas, no es extraño que precisamente el lugar de comisión de los crímenes se convierta, cuando menos temporalmente, en un refugio seguro para los autores de los mismos, lo que se traduce en una ausencia de persecución penal y una impunidad para los mismos. A veces ello se debe a la desaparición de una mínima estructura estatal capaz de llevar a cabo dicha persecución y, otras, las más, a la subordinación del poder judicial del territorio al mismo proceso político que ha com-

²⁰⁹ IDI, Krakow Session – 2005. Seventeenth Commission, “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”; Rapporteur: M. Christian TOMUSCHAT; Resolution Adopted 26th August 2005.

²¹⁰ Como reconoce, a pesar de sus reservas, Ángel SANCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, op. cit. pp. 292-293.

portado la comisión de los crímenes y, por tanto, a la ausencia de un poder judicial independiente. En algunos casos se produce además un blindaje legal, a través de medidas de amnistía que imposibilitan la actuación de los jueces nacionales en la persecución de dichos crímenes, aspecto que será tratado específicamente en el siguiente apartado.

La mera posibilidad de que un Estado distinto atribuya a sus propios tribunales la competencia para conocer de tales crímenes ya supone que la citada prioridad de la jurisdicción territorial no significa, en ningún caso, exclusividad. Pero el problema que se plantea entonces es el de determinar a partir de qué momento puede actuar la jurisdicción de un Estado distinto al del lugar de comisión de los hechos. ¿Qué grado de actuación de la jurisdicción territorial o nacional es suficiente para bloquear el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales de otro Estado? ¿Basta con que se hayan abierto investigaciones preliminares? ¿Es necesario que se haya abierto la instrucción de una causa penal? ¿Hace falta que tal causa se refiera exactamente a la misma o las mismas personas, como autores? ¿Es necesario que se refiera a los mismos hechos y a las mismas víctimas? ¿Es necesario que haya un procesamiento formal? ¿Es necesario que se haya formalizado una solicitud de extradición si el acusado está fuera del país donde se cometieron los hechos? No hay normas internacionales que den una respuesta directa a estas preguntas.

Así las cosas, parece que lo más razonable es aplicar *mutatis mutandis*, los criterios de subsidiariedad que el Estatuto de Roma establece para la Corte Penal Internacional en relación con las jurisdicciones estatales. La jurisdicción universal debe activarse cuando los Estados directamente afectados, especialmente el Estado del territorio donde se ha cometido el crimen y el Estado del cual es nacional el presunto autor, no quieren someterlos a enjuiciamiento penal o no tienen la capacidad para hacerlo de manera acorde con las garantías que el derecho internacional exige para el proceso penal.²¹¹

En las recomendaciones de 2000 de la ILA se dice:

“1. Gross human rights offenders should be brought to justice in the state in which they committed their offences. In the absence of such proceedings, full advantage should be taken of the possibility to bring perpetrators to trial on the basis of universal

²¹¹ Según el artículo 17 del Estatuto de Roma: “[...] 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte 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 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. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte 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.”

jurisdiction. The need to exercise such jurisdiction is not obviated by the existence of international criminal tribunals.”²¹²

Igualmente razonable es acompañar este criterio con una serie de garantías para los Estados más directamente interesados. En este sentido, la Resolución de 2005 del IDI en Cracovia propone lo siguiente:

“[...] c) Any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so. It shall also take into account the jurisdiction of international criminal courts.

d) Any State having custody over an alleged offender, to the extent that it relies solely on universal jurisdiction, should carefully consider and, as appropriate, grant any extradition request addressed to it by a State having a significant link, such as primarily territoriality or nationality, with the crime, the offender, or the victim, provided such State is clearly able and willing to prosecute the alleged offender.”²¹³

En algunos casos ya se ha podido observar que los tribunales nacionales han empezado a tener en cuenta los criterios de no querer o no poder juzgar, antes de ejercer la jurisdicción universal. Así sucede en el mencionado caso Cvjetkovic en Austria, o, como se verá, en la práctica de los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional española, que suelen solicitar al Estado territorial que informe de los procedimientos abiertos en relación con el caso que se suscita ante ellos, tomando la decisión de renunciar a proseguir la investigación o a continuar con ella en función de la respuesta, o de la ausencia de respuesta. En otros casos, como se ha indicado, las garantías ofrecidas por el sistema judicial ruandés han sido motivo para denegar la extradición de nacionales ruandeses a su propio país, por parte de distintos países europeos, que las han juzgado insuficientes.

Este criterio también está siendo incorporado a alguna de las leyes nacionales. Es el caso por ejemplo de la Ley de Croacia, de 2003, que aborda el tema de la subsidiariedad en los términos siguientes:

“[...] (2) Apart from the perpetrators as per Paragraph 1 of this Article, other perpetrators of criminal acts as per Article 1 of this Law shall also be prosecuted in the Repu-

²¹² International Law Association, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, p. 21.

²¹³ *Institute of International Law, Krakow Session – 2005. Seventeenth Commission*, “Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”; Rapporteur: M. Christian TOMUSCHAT. En esta línea el Informe de expertos de la Unión Europea y la Unión Africana, creado en 2008, menciona a los efectos de ceder la jurisdicción, el criterio de “have serious reasons to believe that the territorial state and the suspect and victims’ national states are manifestly unwilling or unable to prosecute the suspect” (Recomendación 10).

The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Council of the European Union, Brussels, 16 April 2009, Doc. 8672/09. Sobre este informe se volverá más adelante.

blic of Croatia, regardless of the place of commission of the crime and citizenship of the perpetrator, if the perpetrator has been arrested in or extradited to the Republic of Croatia, and the criminal prosecution has not been conducted before the International Criminal Court or before a court of another state, or if the conditions are not in place for holding a trial against the perpetrator before the International Criminal Court, a court of the state in which the crime was committed, a court of the state whose citizen the perpetrator is or another court competent for the trial, before which the conduct of a fair procedure can be expected.

(3) In cases as per Paragraph 2 of this Article or if the procedure was conducted in another state contrary to internationally recognized standards of fair trial, a criminal proceeding may be initiated against an perpetrator with the consent of the Chief State Prosecutor [...].²¹⁴

En igual sentido, la CIDH, en relación con el principio *ne bis in idem*, y, adoptando también la formulación de los tribunales internacionales penales *ad hoc* y del Estatuto de Roma de la CPI,²¹⁵ ha determinado que los tribunales nacionales pueden volver a juzgar a sospechosos en aquellos casos en los que el primer juicio haya estado viciado por el propósito de proteger al autor, o en los casos en que haya sido llevado a cabo por un tribunal carente de independencia o imparcialidad, o cuando, de algún otro modo, hubiese resultado evidente que no había una verdadera intención de impartir justicia al acusado.²¹⁶

De estos criterios se desprende que las jurisdicciones nacionales, antes de abandonar un procedimiento en ejercicio de la jurisdicción universal o de optar por la extradición, deben proceder a una mínima valoración de la capacidad jurídica y la voluntad política del Estado que reclama la preferencia en el conocimiento del caso, a través de los datos disponibles en relación con los procedimientos judiciales abiertos en el mismo.

²¹⁴ Ley 175, de 4 de noviembre de 2003, *Law on the Application of the Statute of the International Criminal Court and on the Prosecution of Criminal Acts against the International Law on War and Humanitarian Law*, artículo 10.2. y 10.3.

²¹⁵ Estatuto de Roma de la CPI, artículo 20; Estatuto del TPIY, S/Res/827, 1993, artículo 10, y Estatuto del TPIR, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, artículo 9.

²¹⁶ "En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció del caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*." CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 154-155.

A4.6. EL IMPACTO JURÍDICO DE LAS MEDIDAS DE AMNISTÍA ADOPTADAS EN EL PAÍS DE COMISIÓN DE LOS HECHOS

Aunque los tribunales de los Estados que han dictado amnistías han tenido tendencia a aplicarlas y a defender su legitimidad,²¹⁷ la jurisprudencia internacional es constante en el sentido de que las leyes de amnistía que tienen por objeto llevar al olvido los crímenes más graves son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.²¹⁸

Esta idea se recoge en la Declaración y programa de acción de Viena, adoptada por la Conferencia mundial de derechos humanos, en junio de 1993), al señalar 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."²¹⁹

En este sentido ha sido determinante la actividad desarrollada por las organizaciones no gubernamentales, por la Comisión de Derechos Humanos²²⁰ de las Naciones Unidas y por los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) se ha pronunciado repetidas veces en relación con las amnistías, tanto desde un punto de vista general, como en relación con países concretos.

En el primer sentido destaca la observación general núm. 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, formulada en 2004:

"18. Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de

²¹⁷ *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v. President of the Republic of South Africa*, Constitutional Court, Case CCT 17/96, 25 July 1996. Sobre las particularidades del caso de Sudáfrica, véase Garth MEINTJES, Juan E. MÉNDEZ, "Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction", Int'l LFDI, núm. 2, 2000, pp. 76-97.

²¹⁸ Véase, en este sentido, Victoria ABELLÁN HONRUBIA, "Impunidad de violaciones de los derechos humanos fundamentales en América Latina: Aspectos jurídicos internacionales", en Araceli MANGAS MARTÍN, (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, 1993, pp. 191-204.

²¹⁹ Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, Doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993; Sección II, párrafo 60.

²²⁰ Desde la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías se impulsó una resolución en 1981, relativa a las amnistías; Resolución 15 (XXXIV) de 1981. Véase también el Informe del Relator Especial sobre la amnistía; Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 15 de agosto de 1985. Los resultados principales de este proceso han sido un "Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad", preparado por Louis Joinet; ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Anexo, de 2 de octubre de 1997 y el "Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad", preparado por Diane Orentlicher; ONU, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (artículo 6) y las desapariciones forzadas (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, artículo 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI).

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. Además, ningún cargo oficial justifica que se exima de responsabilidad jurídica a las personas a las que se atribuya la autoría de estas violaciones. También deben eliminarse otros impedimentos al establecimiento de la responsabilidad penal, entre ellos la defensa basada en la obediencia a órdenes superiores o los plazos de prescripción excesivamente breves, en los casos en que sean aplicables tales prescripciones. Los Estados Parte deben también prestarse asistencia recíproca para hacer comparecer ante la justicia a los sospechosos de haber cometido actos que violen las disposiciones del Pacto y que sean sancionables con arreglo a la legislación nacional o el derecho internacional.²²¹

En relación con países concretos, el CDH se ha pronunciado, entre otros, en relación con Níger, República del Congo, Uruguay, El Salvador, Argentina, Perú, Francia (en relación con Nueva Caledonia) o Chile.²²² En todos los casos el CDH ha estimado que las leyes de amnistía eran incompatibles con las obligaciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Más recientemente, a raíz de la apertura en la Audiencia Nacional de un caso relativo a los desaparecidos durante la Guerra Civil Española y la posguerra,²²³ el CDH se ha pronunciado respecto a la Ley de Amnistía adoptada en España en 1977, durante la transición a la democracia. En coherencia con su posición constante, en el sentido de que

²²¹ Comité de Derechos Humanos, 80º período de sesiones, Observación general núm. 31 [80], Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187a sesión), ONU, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004. Anteriormente ya se había referido a ello en la Observación general núm. 20 (44) sobre el artículo 7.

²²² ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993; ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.118, 25 de abril de 2000, 5 de mayo de 1993; ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.19, 5 de mayo de 1993; ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.34, 18 de abril de 1994; ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.46, 1995; ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.67, 25 de julio de 1996; ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.80, 4 de agosto de 1997; y ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, respectivamente.

²²³ Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Audiencia Nacional, Madrid-Diligencias previas Proc. Abreviado 399 /2006 V; Auto de 16 de octubre de 2008.

las amnistías relativas a violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité afirma, entre otros extremos, que España debe considerar la derogación de dicha Ley.²²⁴

Igualmente, se pueden encontrar reiterados pronunciamientos del Comité contra la Tortura, en el sentido de que las leyes de amnistía son contrarias a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.²²⁵

El sistema interamericano de derechos humanos ha tenido que ocuparse repetidamente de denuncias relativas a violaciones graves de los derechos humanos cometidas en contextos de impunidad facilitados por leyes de amnistía. Las tomas de posición de la Comisión IDH y la Corte IDH han sido reiteradas y constantes en el sentido de que la amnistía, en casos de graves crímenes de derecho internacional, es incompatible con las obligaciones emanadas de la Convención de San José.

Así, la Comisión IDH ha considerado que las leyes de amnistía en distintos países “eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, es decir, el enjuiciamiento y castigo de los responsables.”²²⁶

²²⁴ El texto íntegro del fragmento pertinente es el siguiente: “9. El Comité, aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, está preocupado por 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 núm. 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y núm. 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte 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, observa con preocupación 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 debe: 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”; CDH, 94º período de sesiones, Ginebra, de 13 a 31 de octubre de 2008. Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 40 del Pacto, observaciones finales del CDH, ESPAÑA; Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009. El texto fue aprobado el 30 de octubre. Véanse los “Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos” (CCPR/C/ESP/CO/5) [8 de enero de 2009]; Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009. En contra de que el Comité pudiera adoptar esta posición se había pronunciado Alicia GIL GIL, en su trabajo *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 100-113.

²²⁵ *Vid.*, por ejemplo, el informe sobre Perú, de 1999; ONU, Informe del Comité contra la Tortura, Suplemento núm. 44 (Doc. A/55/44) p. 23; y el de Bahrein de 2005, en relación con la amnistía general concedida a los presuntos autores de actos de tortura u otros delitos, mediante el Decreto núm. 56 de 2002, y la falta de recursos a disposición de las víctimas de torturas. ONU, Informe del Comité contra la Tortura, Suplemento núm. 44 (Doc. A/60/44) p. 46.

²²⁶ Informe núm. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría S. J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999. En el mismo sentido se ha pronunciado en muchos otros casos: en 1996, la Comisión Interamericana ya había condenado la Ley de Amnistía Chilena por considerar que violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos en diversos aspectos (Informe 36/96, Caso 10.843, *Garay Hermosilla et al. v. Chile*, 15 de octubre de 1996, e Informe 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11282, 15 de octubre de 1996; Informe núm. 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652,

La Corte IDH, en la sentencia del conocido caso “Barrios Altos” dictada en 2001, analizó las dos leyes de autoamnistía, sancionadas durante el Gobierno de Alberto Fujimori, y llegó a la conclusión de que eran incompatibles con el derecho de las víctimas a la justicia y con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. La Corte afirmó que “la impunidad de los crímenes constituye por sí misma una violación de los derechos humanos... no les está permitido a los Estados renunciar al deber de investigar, juzgar, y sancionar a través de la amnistía u otras prácticas que establezcan la impunidad”; y 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 tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indro-gables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”²²⁷

Entre las abundantes sentencias que han confirmado esta concepción, en relación con leyes de amnistía promulgadas en distintos países, destaca la correspondiente al caso “Almonacid Arellano contra Chile”, de 2006.

La Corte IDH afrontó, en este asunto, la obligación de derogar las leyes de amnistía incompatibles con la Convención en el caso de la Ley de Autoamnistía decretada por el régimen de Augusto Pinochet en Chile en 1978. A pesar de que Chile reconoció que su Ley era incompatible con la Convención y explicó que sus tribunales nacionales se abstentían de aplicarla, para la Corte esto no bastaba. La mera existencia de una ley incompatible con la Convención era, en sí misma, una violación del deber de Chile –establecido en el artículo 2 de la Convención– de derogar las leyes incompatibles.²²⁸

11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998; Informe núm. 133/99, *Carmelo Soria Espinoza v. Chile*, caso 11.725, del 19 de noviembre de 1999). Como había hecho en relación con las leyes 23.492 y 23.521 de Argentina en 1992 (Informe núm. 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992), por violación de los derechos a la protección judicial y a un proceso justo. Y en relación con El Salvador (Informe núm. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría S. J. y otros (El Salvador), 22 de diciembre de 1999; informe núm. 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez (El Salvador), 13 de abril de 2000; Informe núm. 1/99, Caso 10.480 Lucio Parada Cea y otros (El Salvador), 27 de enero de 1999; Informe núm. 26/92, caso 10.287, Masacre de las Hojas (el Salvador), 24 de septiembre de 1992). Y en el caso de Perú (Informe núm. 1/96, caso 10.559, Chumbivilcas (Perú), 1 de marzo de 1996; Informe núm. 42/97, Caso 10.521, Ángel Escobar Jurador (Perú), 19 de febrero de 1998; Informe núm. 38/97, Caso 10.548, Hugo Bustos Saavedra (Perú), 16 de octubre de 1997), e Informe núm. 43/97, Caso 10.562, Hector Pérez Salazar (Perú), 19 de febrero de 1998; Informe núm. 39/97, Caso 11.233, Martín Javier Roca Casas (Perú) 19 de febrero de 1998, e Informe núm. 41/97, Caso 10.491, Estiles Ruiz Dávila (Perú), de 19 de febrero de 1998. Y, también, en el caso de Uruguay (Informe núm. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992).

²²⁷ Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 41. Sobre la impunidad, véase: Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*, Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), párr. 173. Más recientemente, en relación con la denominada Ley de Justicia y Paz de Colombia (Ley 975, de 25 de julio de 2005, DO 45.980), véase Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 180-198.

Además, en este caso, la Corte IDH se esforzó por señalar que la detención ilegal, tortura, desaparición y asesinato de Luis Almonacid Arellano era parte de un patrón más amplio, y por lo tanto constituía un crimen de lesa humanidad:

“...la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general. [...] En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad.”²²⁹

Se trata de una categoría de crímenes que por tener rango de norma de *ius cogens*, no pueden obtener el beneficio de la amnistía:

“... la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.”²³⁰

²²⁸ “El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley núm. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma.” Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 121-122.

²²⁹ *Ibid.*, párrs. 99 y 104.

²³⁰ *Ibid.*, párr. 114.

La sentencia en el caso Almonacid Arellano significa que, aun cuando fuera un gobierno democrático el que dictara una ley de amnistía para delitos cometidos en un régimen anterior, el derecho internacional establecería límites respecto de los delitos que pueden recibir el beneficio de la Ley de Amnistía, límites que excluyen la categoría de los crímenes de lesa humanidad.²³¹

Precisamente, en la línea de otras decisiones anteriores,²³² con referencia a un supuesto de ejercicio de la jurisdicción universal, el TEDH ha afirmado recientemente:

“Cependant, comme la Cour l'a déjà relevé, l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre de tels faits en accordant l'impunité à son auteur par l'adoption d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusive au regard du droit international. La Cour relève au demeurant que ce dernier n'exclut pas le jugement d'une personne amnistiée avant jugement dans son État d'origine par un autre État, ce qui ressort par exemple de l'article 17 du Statut de la Cour pénale internationale qui ne compte pas cette situation au nombre des causes d'irrecevabilité d'une affaire.”²³³

Se pueden encontrar también decisiones de tribunales penales internacionales que abundan en el mismo sentido. En el caso Furundzija y en relación con la tortura, el TPIY manifestó:

“155. Le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatique et individuel. A l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenues *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient, au surplus, pas reconnues par la communauté internationale.”²³⁴

²³¹ En este sentido, Douglass CASSEL, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Víctimas sin mordaza. El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México D. F., 2007, pp. 208-209.

²³² Véanse las referencias citadas por Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, op. cit. pp. 787-788.

²³³ *Ould Dah c. France*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Cinquième Section, Décision sur la recevabilité de la requête n° 13113/03, présentée par *Ely Ould Dah* contre la France, 17 mai 2009.

²³⁴ TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Anto Furundzija* (IT-95-17/1) “*La Vallée de la Lasva*”, Jugement du 10 décembre 1998, párr. 155.

Es muy significativo que el propio Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, creado por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de dicho país en enero de 2002, disponga en su artículo 10, lo siguiente: “Amnesty. An amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present Statute shall not be a bar to prosecution.”²³⁵

En el ámbito de los tribunales nacionales, la sentencia de la Corte Suprema de Argentina, de 14 de junio de 2005, que confirma la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida,²³⁶ afirma lo siguiente:

“16) Que si bien es cierto que el artículo 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre ‘civiles y militares’. Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al ‘olvido’ de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (Arg. artículo 75, Inc. 22, Constitución Nacional).”

En el mismo sentido se ha pronunciado la ILA, en sus recomendaciones del año 2000:²³⁷

“5. The obligation or the entitlement of states to bring perpetrators of gross human rights offences to justice on the basis of universal jurisdiction is not affected by amnesties awarded in the territorial state. Individual amnesties awarded as part of a legitimate legal process may however be taken into account by a prosecutor when exercising his or her discretion whether or not a prosecution would be in the public interest (assuming there is no treaty obligation to prosecute) and by a court when imposing a sentence.”

El asunto es también abordado en el principio 15 de los Principios de El Cairo-Arusha sobre la jurisdicción universal respecto de las violaciones graves de derechos humanos, adoptados en octubre de 2002:

²³⁵ Disponible en la web del Tribunal: <http://www.sc-sl.org/>.

²³⁶ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 309, p. 1689; Parenti, Pablo F., “Argentina”, op. cit. 2008, pp. 49-58. Más recientemente, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay núm. 365, de 19 de octubre de 2009, que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley núm. 15.848, por la que se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985; “Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de la Ley núm. 15.848”, Fichas 97-397/2004.

²³⁷ ILA, London Conference (2000), *Committee on International Human Rights Law and Practice*; “Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences”, op. cit. p. 21.

“15. While amnesties for gross human rights offences granted to individuals may, in certain cases, be politically expedient, such amnesties are generally incompatible with international law and do not have any effect outside the borders of the country in which they are granted; nor do they absolve other States of their responsibility and their duty to prosecute or to transfer for trial such individuals.”²³⁸

Finalmente es destacable que, el 21 de abril de 2005, la Comisión de Derechos Humanos adoptó la Resolución 2005/81, en la que la Comisión:

“3. Estima también que no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos.”

Algunas leyes nacionales empiezan a asumir este criterio. En este sentido, por ejemplo, la Ley uruguaya de 2006 establece, en relación con los crímenes de competencia de la CPI que: “...no podrán declararse extinguidos por indulto, amnistía, gracia, ni por ningún otro instituto de clemencia, soberana o similar, que en los hechos impida el juzgamiento de los sospechosos o el efectivo cumplimiento de la pena por los condenados.”²³⁹

En cualquier caso, las amnistías dictadas en un Estado no tienen un efecto vinculante automático ante la justicia de otros Estados, y mucho menos si se refieren al olvido de graves violaciones de los derechos humanos. Por tanto, su alcance territorial será el que le quieran reconocer las leyes nacionales de los demás Estados y sus respectivos órganos judiciales.²⁴⁰

²³⁸ “The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective”; 20 October 2002; http://www.africalegalaid.org/Reports2/cairo_arusha_principles.pdf Sobre los mismos, *vid.* Edward KWAKWA, “The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: Developing the Frontiers of the Principle of the Universal Jurisdiction”, *AYIL*, vol. 10, 2002, pp. 407-430.

²³⁹ Ley núm. 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad; Publicada D.O. 4 oct/006- núm. 27091; en el mismo sentido, Panamá, Ley núm. 14 del Código Penal, de 18 de mayo de 2007, núm. 25796 Gaceta Oficial Digital, 22 de mayo de 2007, art. 115.

²⁴⁰ Como se ha señalado, si el derecho internacional no es bastante claro y la amnistía no tiene un efecto extraterritorial por sí misma, “we must assume the relevant law to be the national law of the forum state”; Leila Nadya SADAT, “Universal Jurisdiction, National Amnesties, and Truth Commissions: Reconciling the Irreconcilable”, en S. MACEDO, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, *op. cit.*, p. 210.

B

LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCION UNIVERSAL EN ESPAÑA

El derecho español prevé el principio de jurisdicción universal, desde hace años, para delitos de distinta gravedad. Aunque el objeto central de este apartado es el análisis de la aplicación de la jurisdicción universal en España a los delitos de la competencia material de la CPI (genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad), se considerarán asimismo los delitos de tortura, puesto que la tortura ha sido planteada de manera simultánea con otros delitos o de manera autónoma, en la medida en que puede constituir también una modalidad de comisión de otros crímenes de competencia de la CPI.²⁴¹

Desde el punto de vista de la organización judicial en España, no está de más recordar aquí que el artículo 65 de la LOPJ, de 1985, en su párrafo 1, apartado e, atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la jurisdicción para el enjuiciamiento de las causas por los delitos “cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles”.²⁴² Por tanto, todos los supuestos de ejercicio de la jurisdicción universal en España pertenecen al ámbito de competencia de la Audiencia Nacional.

Igualmente es preciso tener presente que en España cualquier nacional puede ejercer la acción popular y plantear una denuncia o una querrela penal, aun sin tener la condición de víctima directa del delito. *La acción popular* esta reconocida por el artículo 125 de la Constitución,²⁴³ el artículo 19.1 de la LOPJ²⁴⁴ y el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,²⁴⁵ como una acción que se ejerce en interés de toda la sociedad.²⁴⁶ No obstante, en la medida en que en la Constitución se habla de “ciudadanos” y en las normas posteriores de nacionales o ciudadanos españoles, se ha suscitado la cuestión de la posible inconstitucionalidad de esta restricción por parte del juez de la Audiencia Nacional Eloy Velasco, en relación con el caso del asesinato de los jesuitas de El Salvador, posibilidad que ha rechazado el Tribunal Constitucional.²⁴⁷

²⁴¹ Eventualmente se hará alguna referencia al terrorismo, en cuanto ha sido utilizado como uno de los delitos imputados en el marco de los casos de estudio e incluso ha sido considerado como una modalidad de crimen contra la humanidad, en el Auto de procesamiento de los militares argentinos: Procedimiento Sumario 19/97-L. Terrorismo y Genocidio. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Audiencia Nacional. Madrid. Auto de 2 de noviembre de 1999.

²⁴² Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, BOE núm. 157, 2.7.1985 y núm. 264, 4.11.1985. También, de acuerdo con el párrafo 3, se ocupa de “las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte” y, de acuerdo con el párrafo 4, del “procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento”.

²⁴³ “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales”; Constitución Española de 1978.

²⁴⁴ “1. Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley”.

²⁴⁵ “Artículo 101. La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”. Véase también el artículo 270.

²⁴⁶ La posibilidad de restringir el ejercicio de la acción popular se ha puesto de actualidad a raíz del procesamiento del ex lehendakari Ibarretxe, efectuado por el juez con el único apoyo de la acusación popular. A pesar del debate doctrinal, numerosas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, reconocen la plena capacidad legal de la acusación popular para instar un procedimiento penal, al margen de la posición del fiscal e incluso la igualdad de estatuto respecto del fiscal.

²⁴⁷ Audiencia Nacional; Juzgado Central de Instrucción núm. 6, Diligencias previas 391/08, Auto de 10 de abril de 2009. Tribunal Constitucional, Pleno, Auto 186/2009, de 16 de junio de 2009; aunque con el voto particular que formula el magistrado don Pablo Pérez Tremps.

B1. EL ARTÍCULO 23.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985

La norma principal para la determinación, en derecho español, del alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles es el artículo 23 de la LOPJ de 1985,²⁴⁸ incluido en el Libro primero, y en su título primero, relativo a “la extensión y límites de la jurisdicción”. En el mismo se combinan distintos principios de atribución de jurisdicción penal; el principio de territorialidad,²⁴⁹ el principio de personalidad activa,²⁵⁰ el principio de protección del Estado y, por último, el principio de jurisdicción universal que, hasta su reforma, en 2009 se formulaba así:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible 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 y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.²⁵¹
- h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.²⁵²
- i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”²⁵³

²⁴⁸ Sobre sus antecedentes, véase Manuel OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, op. cit. pp. 355-359.

²⁴⁹ Sin embargo está ausente el principio de personalidad pasiva, que comportaría la atribución de competencia a los tribunales españoles por los delitos cometidos contra sus nacionales, sobre el que se volverá más adelante.

²⁵⁰ Aunque en este caso, el artículo 23.2 de la LOPJ exige dos condiciones que no se dan en el caso de la jurisdicción universal: “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”. No obstante, la obligación de perseguir los delitos tipificados internacionalmente cuando los autores son nacionales es una obligación que se impone habitualmente en los tratados correspondientes.

²⁵¹ Inciso incorporado por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre de 2007; BOE núm. 278, 20.11.2007.

²⁵² Inciso incorporado por la Ley Orgánica 3/2005, en vigor desde el 10 de julio de 2005.

²⁵³ En la interpretación de esta disposición no siempre hay acuerdo: Véase por ejemplo la reforma de 2007 del artículo 23.4 de la LOPJ. Su objeto es incorporar un nuevo párrafo al apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ: “g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas”. En el Proyecto –forma parte ahora del Preámbulo de la Ley apro-

De acuerdo con el apartado 5 del mismo artículo 23: “En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.” Y dicho inciso, dispone como condición:

“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.”

Esta es, pues, la única restricción prevista hasta ahora en la LOPJ para el ejercicio de la jurisdicción universal.²⁵⁴

bada– el Gobierno argumenta que, “en la actualidad, en el supuesto de que una embarcación sea rescatada fuera del mar territorial por un buque español, con personas que, presuntamente, perseguían entrar en España, al margen de los puestos fronterizos habilitados al efecto y careciendo de la documentación oportuna para ello, no será posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos, salvo si el tráfico de seres humanos detectado en aguas internacionales está orientado a la explotación sexual de los mismos, a la vista de la expresa previsión contenida en el artículo 23.4e LOPJ”; Proyecto de Ley 121/000142 Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; BOCG, VIII legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 22 de junio de 2007 núm. 142-1. Sin embargo, una semana más tarde del acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007, el TS estimó que España tiene jurisdicción sobre esos casos en virtud del artículo 23.4h en relación con el artículo 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 295, 10 de diciembre de 2003). Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 582/2007. Recurso de Casación núm. 183/2007. Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria. Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Sexta. Fecha Sentencia: 21/06/2007. Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz.

²⁵⁴ Salvo en el inciso h) (antes g). “Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”, incorporado en 2005. No obstante la regulación prevista en el artículo 23.4 ha sido objeto de una modificación en el año 2003, con ocasión de la adopción de la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la CPI (en adelante LOCCPI) y de una segunda modificación en 2009. En la medida en que estas modificaciones, en el momento de escribir estas páginas, no han afectado todavía a los casos de jurisdicción universal abiertos en España, este aspecto se analizará más adelante.

B2. LA TIPIFICACIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES MÁS GRAVES

Dada la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ, la jurisdicción de los tribunales españoles está íntimamente ligada a la calificación de los hechos como uno de los delitos incluidos específicamente en la lista. En este sentido es oportuno recordar aquí brevemente cuál es la descripción de los distintos tipos penales que interesan, a los efectos de este estudio, en nuestro ordenamiento jurídico: el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la tortura.²⁵⁵

La incorporación del delito de genocidio a la legislación española ha estado plagada de errores o imprecisiones. España se adhirió a la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio de 1948, el 13 de septiembre de 1968, que entró en vigor para España el 13 de diciembre de 1968.²⁵⁶ La Ley 44/71, de 15 de noviembre, que contenía el texto refundido del Código Penal, introdujo el delito de genocidio mediante el artículo 137 bis en un texto que, pretendiendo reproducir la expresión del artículo 2 de la Convención, sustituyó el adjetivo *racial* por el término *social* y olvidó la coma entre las palabras *nacional* y *étnico*. Con posterioridad, la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, corrigió el primer error. La coma olvidada no sería incorporada hasta la actual versión del Código Penal, aprobada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde mayo de 1996.²⁵⁷

²⁵⁵ Sobre este y otros aspectos como los presupuestos para la punibilidad, véase Alicia GIL GIL, *España, op. cit.*, pp. 335-387. La tortura puede ser objeto de persecución autónoma, en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984 (BOE núm. 268/1987, de 9 de noviembre de 1987) o en tanto que modalidad de comisión de genocidio, crimen de guerra o crimen contra la humanidad.

²⁵⁶ BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

²⁵⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El texto del artículo 607 del Código Penal de 1995, dentro del título XXIV, relativo a los “delitos contra la comunidad internacional” es el siguiente: “1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149. Con la 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. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados 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. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado. 2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

Los crímenes de guerra han estado presentes tradicionalmente en el ámbito de la legislación penal militar hasta el actualmente vigente Código Penal Militar de 1985 (artículos 69 a 78).²⁵⁸ En el Código Penal, los crímenes de guerra fueron incorporados de manera significativa por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en los artículos 608 a 614, dentro del título XXIV, relativo a los “delitos contra la comunidad internacional”.²⁵⁹ En ellos se regulan, aunque con algunas diferencias, las obligaciones contenidas en las cuatro convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en los dos Protocolos adicionales a dichas convenciones, de 8 de junio de 1977, y en la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de mayo de 1954. Pero la Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal, de 25 de noviembre,²⁶⁰ uno de cuyos objetivos es la adaptación de la legislación española al Estatuto de Roma de la CPI, ha venido a modificar distintos artículos relativos a los crímenes de guerra para una mejor adecuación a lo dispuesto en el Estatuto de Roma.²⁶¹

Los crímenes contra la humanidad no han sido incorporados en nuestro Código Penal hasta la reforma de 2003, mediante la citada Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal. Ha sido este uno de los aspectos más importantes y más necesarios²⁶² de esta reforma del Código Penal. Se ha hecho mediante la introducción de un capítulo II bis en el título XXIV, relativo a los “delitos contra la comunidad internacional”, titulado “De los delitos de lesa humanidad”, con un artículo único, el 607 bis, que incorpora, en términos generales –aunque no reproduce de manera literal–, las modalidades de crímenes contemplados en el artículo 7 del Estatuto de Roma.²⁶³

²⁵⁸ Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar; BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1985. Ha sido modificada en diversas ocasiones desde dicha fecha.

²⁵⁹ Véase M. PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

²⁶⁰ BOE de 26 noviembre 2003, núm. 283, p. 41842. Entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

²⁶¹ La nueva reforma responde, como la anterior, a una propuesta del Centro de Estudios de Derecho Humanitario de la Cruz Roja Española; véase Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, “Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el interno: la adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho internacional humanitario”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Fernando MARIÑO MENÉNDEZ, (ed.), Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 533-544. Los principales aspectos abordados en la reforma son los siguientes: se incluye en el concepto de personas protegidas (artículo 608) al personal de Naciones Unidas y personal asociado (de acuerdo con la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994; BOE núm. 124/1999, de 25 de mayo de 1999); se modifica la redacción del artículo 610, para introducir como comportamiento punible la orden de no dar cuartel; se modifican los párrafos 4 y 5 del artículo 611, para incluir la utilización de escudos humanos y la inducción a población de una parte ocupante a la que se traslade y asiente en territorio ocupado; se modifican levemente los apartados 1, 2 y 3 del artículo 612 así como el primer párrafo y la letra a) del apartado 1 del artículo 613; y, se introduce un artículo 614 bis relativo a la comisión de crímenes de guerra como parte de un plan o política o a gran escala.

²⁶² Su necesidad fue patente en los procedimientos iniciados en la Audiencia Nacional en relación con la represión llevada a cabo por las dictaduras que se hicieron con el poder en Chile y Argentina, como ha sido puesto de relieve con frecuencia; al respecto, véase Jaime FERRER LLORET, “Impunity in cases of serious human rights violations: Argentina and Chile”, SYIL, vol. III 1993-1994, p. 25; Montserrat ABAD CASTELOS, “La actuación de la audiencia nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad”, AFDUC, 1998, 2, p. 45; Manuel PÉREZ GONZÁLEZ y Montserrat ABAD CASTELOS, “Los delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español”, AFDUC, 1999, 3, p. 439; Antonio REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior - Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 78-80.

En cuanto al delito de tortura, fue incorporado en el Código Penal español por la Ley Orgánica 31/78 de julio, en el artículo 204 bis, dentro de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado.²⁶⁴ Actualmente está tipificado en el artículo 174 del Código Penal de 1995, pero también fue objeto de modificación mediante la Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal. En concreto, el apartado 1 de dicho artículo ha visto modificada su redacción para hacerla más acorde con la definición del delito contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, incorporando, en particular, el móvil discriminatorio.²⁶⁵ Aunque la tortura no aparece mencionada como tal directamente en el artículo 23.4 de la LOPJ, se puede considerar incluida en ciertas circunstancias en el último inciso del mismo (delitos que, según los tratados o convenios internacionales, deban ser perseguidos en España). Puesto que según el apartado 2 del artículo 5 de la Convención:

“2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias 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.”

²⁶³ El texto del párrafo 1 del artículo 607 bis es el siguiente: “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 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. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.” El párrafo 2 detalla las distintas modalidades de crímenes contra la humanidad. Por otra parte, la Ley Orgánica 15/2003 ha introducido también, en el capítulo IV del mismo título XXIV, que se refiere a las disposiciones comunes a dicho título, un artículo 615 bis, que aborda la responsabilidad penal de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados, y un artículo 616 bis, que excluye como causa de exención de responsabilidad penal el cumplimiento de ordenes recibidas para cometer crímenes incluidos en los capítulos II y II bis (genocidio y crímenes contra la humanidad). Véase, al respecto, José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Los principios generales de Derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, REDM, núm. 75, enero-junio 2000, pp. 381-439.

²⁶⁴ Con una definición algo más restringida que la de la Convención contra la Tortura de 1984, que entró en vigor para España el 20 de noviembre de 1987 (BOE, núm. 268, de 9 de noviembre de 1987). Al respecto es oportuno recordar que la tipificación es anterior a la Convención, en contra de lo afirmado en el Auto de 8 de septiembre de 1998, por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional en el caso de un militar hondureño acusado de torturas, *Billy Joya*; Procedimiento 8/98-M.

²⁶⁵ Su texto actual es el siguiente: “1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.” Véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de marzo de 2003, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; pp. 64-65. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/CGPJ>.

Así pues, en el artículo 23.4 de la LOPJ y en el resto de las disposiciones legales mencionadas han buscado su fundamento distintos procedimientos penales abiertos en la Audiencia Nacional, en particular y por lo que aquí interesa, en relación con graves violaciones de los derechos humanos en distintos lugares del mundo que han sido susceptibles de ser calificados como actos de terrorismo, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o tortura.

En este sentido, la amplitud de la competencia que las leyes atribuyen a los tribunales españoles para juzgar hechos cometidos en el extranjero, a través de la jurisdicción universal, ha convertido a España durante varios años en un país de referencia mundial para plantear este tipo de denuncias relativas a la comisión en el extranjero de violaciones graves contra los derechos humanos por nacionales de terceros países, que no encuentran un camino judicial viable en el lugar donde fueron cometidos. Pero como también se verá, ha habido diversos intentos de restringir esta posibilidad, tanto por vía de la interpretación judicial, especialmente por la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, como por la vía legislativa, que se ha materializado parcialmente, como se verá, a través de la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la CPI y, de manera más acusada, con la aprobación el 15 de octubre de 2009, del Proyecto de Ley Orgánica 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.²⁶⁶

²⁶⁶ BOCG, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 28 de octubre de 2009, núm. 28-5.

B3. LOS CASOS RELATIVOS A LA PERSECUCIÓN PENAL DEL GENOCIDIO, LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

A continuación se mencionarán, sin entrar en un análisis detallado de cada uno de ellos,²⁶⁷ los casos suscitados y admitidos a trámite en la Audiencia Nacional en España en virtud de la jurisdicción universal en relación con los supuestos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Argentina-Chile. En el origen de toda esta dinámica están las denuncias presentadas en 1996 por la “Unión Progresista de Fiscales” ante la Audiencia Nacional de Madrid, por delitos de genocidio y terrorismo: la primera, el 28 de marzo, contra los miembros de las juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983; la segunda, el 5 de julio de 1996, contra los responsables de los hechos sucedidos desde la fecha del golpe de Estado encabezado por el general Augusto Pinochet Ugarte en Chile, el 11 de septiembre de 1973. El asunto relativo a Argentina fue asignado al juez Baltasar Garzón y el relativo a Chile al juez Manuel García Castellón. El 10 de junio de 1996 y el 6 de febrero de 1997, ambos jueces admitieron a trámite las respectivas querellas. La jurisdicción española fue confirmada por la Sala de lo Penal los días 4 y 5 de noviembre de 1998.²⁶⁸ Con posterioridad, los procedimientos se agruparon bajo la competencia del juez Garzón, en octubre de 1998, cuando este comenzó a investigar la denominada “Operación Cóndor”, un programa de represión internacional en el que habían cooperado los gobiernos militares de Chile y Argentina, entre otros.²⁶⁹ Desde ese momento los procedimientos relativos a Chile y Argentina han seguido su curso. Después de distintas vicisitudes, el 9 de febrero de 2007 el Consejo de Ministros de España acordó solicitar a Argentina la extradición de

²⁶⁷ Además de las referencias bibliográficas que se mencionarán, pueden obtenerse más detalles sobre los casos a través de las crónicas sobre España en la sección *Correspondent's Reports* del YIHL, desde el volumen 1, correspondiente a 1998, hasta la actualidad; también en Manuel OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, *op. cit.* 2008, pp. 64-84.

²⁶⁸ Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 84/98. Sección Tercera. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 4 de Noviembre de 1998 (Argentina). Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 173/98. Sección primera. Sumario 1/98. Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 5 de noviembre de 1998 (Chile).

²⁶⁹ Martín ALMADA, “El descubrimiento de los archivos secretos de la policía política de Paraguay. Operativo Cóndor; impacto sobre la justicia universal”, *op. cit.* pp. 255-263.

cuarenta personas procesadas en España por delitos de genocidio, terrorismo y torturas. En relación con Chile, se está a la espera de la respuesta de las autoridades chilenas de la comisión rogatoria por la que se pedía información sobre el estado, en su caso, de los procedimientos abiertos en Chile en relación con los catorce imputados en España. Pero en el marco de estos procedimientos se han ido separando procedimientos específicos relativos a personas concretas, entre las que destacan los casos de Augusto Pinochet Ugarte y Hernan Brady Roche, en Chile, y Adolfo Francisco Scilingo, Ricardo Cavallo y Juan Carlos Fotea, en Argentina.

El caso “Pinochet”, de indudable trascendencia internacional, tuvo su punto álgido con la detención del general en Londres, el 16 de octubre de 1988, a instancias del auto de prisión y la orden de detención y el posterior de procesamiento²⁷⁰ emitidos por el juez Garzón. A pesar de que ha habido otras interpretaciones,²⁷¹ la decisión se fundamenta en el artículo 23.4 de la LOPJ. El 11 de noviembre de 1998 se formalizó la solicitud de extradición al Reino Unido por parte del Gobierno español, a la que siguieron otras peticiones de extradición de Pinochet, procedentes de Bélgica, Francia y Suiza. Sin entrar en mayores detalles respecto a las decisiones adoptadas por los distintos órganos judiciales británicos que tuvieron ocasión de intervenir, baste recordar que finalmente el Comité judicial de la Cámara de los Lores decidió, el 24 de marzo de 1999,²⁷² que Pinochet carecía de inmunidad penal y que su extradición era posible solamente para algunos de los delitos por los que se había solicitado y que el magistrado Ronald D. Bartle decidió, el 8 de octubre de 1999, que se reunían los requisitos necesarios para aceptar la extradición. Finalmente, como es sabido, Pinochet no fue extraditado a España, sino devuelto a Chile el 2 de marzo de 2000, aunque exclusivamente por razones relativas a su estado de salud.

²⁷⁰ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Auto de 10 de diciembre de 1998. La documentación del caso en España puede verse en <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/>.

²⁷¹ Es bastante frecuente en la doctrina especializada encontrar opiniones que consideran que el caso Pinochet se basa en el principio de personalidad pasiva; un principio no reconocido por la LOPJ. Así lo hace M. Cherif BASSIOUNI, “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, *op. cit.* que solamente lo menciona a propósito de la tortura: “Spain, also a state party to the convention, sought extradition because its nationals were the victims of the alleged crimes of torture. Thus the Pinochet case, in the opinion of this writer, does not stand for the proposition of universal jurisdiction, nor for that matter is the extradition request from Spain for torture based on universal jurisdiction”, p. 56; en el mismo sentido, Richard A. FALK, “Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?”, en S. MACEDO, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, *op. cit.* p. 106. Pero lo cierto es que en la Decisión de la Audiencia Nacional que se pronuncia sobre la jurisdicción de los tribunales españoles no se consideró necesario entrar a estudiar el supuesto de la tortura; Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 173/98. Sección primera. Sumario 1/98. Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 5 de noviembre de 1998, fundamento de derecho séptimo.

²⁷² Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent)* (on Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division); *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent)* (on Appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division), 24 March 1999. Judgment. In the Bow Street Magistrate’s Court; *The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte*; 8 October 1999; Mr Ronald David Bartle, Metropolitan Magistrate. La documentación del caso puede verse en Michael-Ratner REED BRODY, (eds.), *The Pinochet papers: the case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Kluwer Law International, Boston, Mass., 2000.

Otro procedimiento separado se refirió al general Hernan Julio Brady Roche, antiguo ministro de Defensa de Chile y, en 1973, comandante en jefe de la División II del Ejército y comandante de la Guarnición de Santiago. El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 dictó Auto el 9 de mayo de 2001 por el que admitía a trámite la querrela formulada, entre otros, por los familiares del funcionario español de la CEPAL, asesinado en Santiago de Chile, Carmelo Soria, contra Brady Roche por los presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas, y se acordaba su prisión provisional. Asimismo acordó una orden internacional de detención a efectos de extradición, con carácter general y especialmente para Alemania, puesto que, al parecer, residía temporalmente en Hamburgo con identidad falsa.²⁷³ En respuesta a un recurso contra la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2002 que entendió que no existía jurisdicción española,²⁷⁴ el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de marzo de 2004,²⁷⁵ afirmó la competencia de los tribunales españoles. Pero, entretanto, Brady Roche ya había sido detenido en Chile, el 4 de febrero de 2004, y procesado en ese país por doce delitos de asesinato y desaparición de los detenidos en el Palacio de la Moneda el 11 de septiembre de 1973.²⁷⁶

Pero el caso más relevante es el del militar argentino Adolfo Scilingo, porque ha sido el primero –y el único hasta ahora– que ha dado lugar a sentencias condenatorias por parte de la Audiencia Nacional, en 2005, y del Tribunal Supremo, en 2007.

Adolfo Scilingo Manzorro fue incluido como imputado en el sumario 19/97 abierto en la Audiencia Nacional en el caso de Argentina. Su participación en los delitos se refiere al período de su estancia en la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA) desde diciembre de 1976 hasta diciembre de 1977.²⁷⁷ Scilingo viajó a España voluntariamente para declarar ante el juez instructor, que decretó la prisión provisional de Scilingo en su Auto de 10 de octubre de 1997. Tras distintas incidencias procesales, el 3 de octubre de 2003²⁷⁸ el juez dio por terminada la fase de instrucción.²⁷⁹ El juicio contra Adolfo Scilingo,

²⁷³ Contra dicha resolución el fiscal interpuso Recurso de Reforma, que fue desestimado por Auto de fecha 30 de mayo de 2001, contra el que, a su vez, el Ministerio Fiscal interpuso un Recurso de Queja

²⁷⁴ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, Sección Tercera, Madrid. Rollo de Sala 19/97-L. Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Auto de 31 de mayo de 2002.

²⁷⁵ Tribunal Supremo. Sala Penal. Recurso de Casación núm. 1812/2002. Sentencia núm. 319/2004, de 8 de marzo de 2004.

²⁷⁶ Está implicado también en el asesinato del periodista estadounidense Charles Horman, caso que tuvo gran proyección internacional a través del film de Costa Gavras, *Missing*; Joyce HORMAN, “Los medios de comunicación y los tribunales en la lucha por la justicia en el caso Charles Horman”, en *El principio de justicia universal*, Colex Madrid, 2001, pp. 271-276. Brady Roche está entre las 17 personas cuyo juicio en rebeldía, fue anunciado en Francia, en febrero de 2007, por la desaparición de cinco ciudadanos franceses, entre ellos el médico Georges Klein, asesor personal de Salvador Allende.

²⁷⁷ Véase Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Audiencia Nacional. Sumario 19/97-L. Terrorismo y Genocidio. Auto de 2 de noviembre de 1999. También en: Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Audiencia Nacional. Sumario 19/97-L. Terrorismo y Genocidio. Auto de 24 de noviembre de 2000.

²⁷⁸ Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Audiencia Nacional. Madrid. Sumario 19/97 – L. Auto de 3 de octubre de 2003, de conclusión del sumario.

²⁷⁹ El Recurso de la defensa de Scilingo contra la celebración del juicio fue rechazado por el Tribunal Supremo, en noviembre de 2004; Sala Segunda de lo Penal, Tribunal Supremo, Sentencia núm. 1362/2004, de 15 de noviembre de 2004, denegatoria del Recurso núm. 945/2003, interpuesto por Adolfo Scilingo.

celebrado en la Audiencia Nacional entre enero y marzo de 2005, culminó con su sentencia, dictada el 19 de abril de 2005, que condenó al procesado a 640 años de cárcel por un delito de lesa humanidad (artículo 607 bis del Código Penal)²⁸⁰ con resultado de treinta muertes, detención ilegal y torturas graves.²⁸¹ Contra la sentencia de la Audiencia Nacional se presentaron diversos recursos de casación. El 2 de julio de 2007, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo emitió el fallo por el que estimaba parcialmente los recursos de casación formulados por la defensa de Scilingo y por las acusaciones particulares.²⁸² Por la misma se condena a Scilingo a un total de 1.084 años de prisión. El texto completo de la sentencia se adoptó el 1 de octubre de 2007.²⁸³ La sentencia modifica la calificación jurídica de los hechos, abandonando formalmente el concepto de crímenes de lesa humanidad del artículo 607 bis del Código Penal, por entender que, puesto que dicho delito no estaba incorporado formalmente en el ordenamiento jurídico español en el momento de la comisión de los hechos, ya que los crímenes contra la humanidad no se incorporaron al Código Penal español hasta el año 2003, su utilización era incompatible con el principio de legalidad. Por la misma razón se consideraba imposible la condena por tortura. En cambio decidió condenar “por los delitos comunes subyacentes de asesinato y detención ilegal, en la medida en que, según el Tribunal, constituyen crímenes contra la humanidad según el derecho internacional.”²⁸⁴

Ricardo Miguel Cavallo, oficial de la marina destinado en la ESMA entre 1977 y marzo de 1980, también figuraba como imputado en el sumario 19/97 abierto en julio de 1998. Tras su identificación por algunas de sus víctimas, fue detenido en Cancún durante una escala de su vuelo hacia Buenos Aires, el 24 de agosto de 2000, por la policía mexicana, siendo uno de los primeros ciudadanos argentinos arrestados en el extranjero por violaciones de los derechos humanos en Argentina durante la etapa de la dictadura

militar.²⁸⁵ El 25 de agosto de 2000 el juez español decretó la prisión provisional de Cavallo y emitió una orden internacional de busca y captura.²⁸⁶ El 1 de septiembre de 2000 dictó el Auto de procesamiento de Cavallo por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas²⁸⁷ y, el 12 de septiembre del mismo año, solicitó la extradición del acusado. El pertinente proceso judicial de extradición en México concluyó con la decisión de la Corte Suprema de Justicia de México, de 11 junio de 2003, que consideró prescrito el delito de tortura, pero acordó conceder la extradición a España de Ricardo Miguel Cavallo por los delitos de genocidio y terrorismo.²⁸⁸ El 29 de junio de 2003 Ricardo Miguel Cavallo fue entregado a las autoridades españolas. El 16 de febrero de 2005 el juez instructor decretó la conclusión del sumario relativo a Cavallo, a la espera de iniciarse el juicio oral, lo que fue confirmado por la Sala Penal de la Audiencia Nacional en diciembre del mismo año. En sus conclusiones provisionales de 11 de enero de 2006, la Fiscalía anunció que pediría para el acusado más de trece mil años de cárcel. Sin embargo, a partir de ese momento se produjeron una serie de decisiones de la Audiencia Nacional tendentes a transferir el procedimiento a Argentina.²⁸⁹ El 29 de febrero de 2008, el Consejo de Ministros de España acordó la extradición a las autoridades de Argentina de Ricardo Miguel Cavallo por distintos delitos cometidos durante la dictadura argentina y, el 13 de marzo, la Audiencia Nacional archivó el caso. El 30 de marzo, de 2008 Cavallo fue excarcelado y al día siguiente entregado a la jurisdicción argentina, donde está implicado en distintos procesos penales que investiga el juez federal Sergio Torres.

Juan Carlos Fotea Dimieri, oficial de la Policía argentina, también destinado en la ESMA entre 1976 y 1978, fue detenido en España el 24 de noviembre de 2005 a solicitud del juez federal argentino Sergio Torres. Pero también figuraba como imputado en el proceso abierto en 1998 en relación con la dictadura argentina, por su participación en distintos delitos. El 8 de enero de 2007, el Tribunal Constitucional decidió no admitir a trámite el

²⁸⁰ Como se ha indicado, el artículo 607 bis, que incorpora los crímenes contra la humanidad, fue introducido en el Código Penal español de 1995 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

²⁸¹ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción núm. 5. Sentencia núm. 16/2005. 10 de abril de 2005. Ha sido criticada, con razón, la agrupación de todos los resultados en un único crimen contra la humanidad, opción que se aparta claramente de la práctica judicial internacional.

²⁸² La sentencia se ha acompañado de cuatro votos particulares. Tres de ellos emitidos por los magistrados D. Luciano Varela Castro, D. José Manuel Maza Martín y Sr. D. Manuel Marchena Gómez, contrarios a la perseguibilidad de los crímenes atribuidos a Scilingo en España y un cuarto, emitido por el magistrado D. Joaquín Giménez García, partidario de la calificación de los hechos como genocidio y, por tanto, favorable al recurso de los querellantes.

²⁸³ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007.

²⁸⁴ No obstante, la modificación de la calificación implica también la modificación del límite máximo de cumplimiento efectivo de condena, que se reduce de los treinta años previstos como límite de cumplimiento en el artículo 70.2 del Código Penal, texto refundido de 1973 –disposición invocada en el fallo de la sentencia de abril de 2005 de la Audiencia Nacional– a los 25 años, previstos en el apartado 1 del artículo 76 del Código Penal de 1995, por ser este más favorable al condenado. “El Código Penal vigente, en el artículo 76, además de establecer el límite del triple de la más grave de las impuestas, establece distintos límites máximos de cumplimiento, que se concretan en 25 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión de hasta veinte años, lo cual ocurre en el caso, toda vez que el delito de asesinato tiene señalada una pena comprendida entre quince y veinte años (artículo 139.1 CP).”

²⁸⁵ Antes que Cavallo, el militar Jorge Olivera fue detenido el 6 de agosto de 2000 en Roma a petición del juez francés Roger Le Loire, acusado entre otros hechos del secuestro y desaparición de Marianne Erize, de nacionalidad francesa, en octubre de 1976.

²⁸⁶ Entre España y México está vigente, desde el 1 de junio de 1980, el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal de 21 de noviembre de 1978; BOE núm. 145, de 17 de junio de 1980. Ha sido modificado por el Protocolo de 23 de junio de 1995, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1996; BOE núm. 190, de 7 agosto de 1996.

²⁸⁷ Auto de procesamiento de Miguel Ángel Cavallo, Sumario 19/97, por delitos de terrorismo y genocidio. Juzgado Central de Instrucción núm. 5 Audiencia Nacional, Madrid. 1 de septiembre de 2000. Este Auto fue ampliado por otro Auto de 5 de octubre de 2000. Auto de ampliación del Auto de procesamiento de Miguel Ángel Cavallo de 1 de septiembre de 2000, Sumario 19/97, por delitos de terrorismo y genocidio. Juzgado Central de Instrucción núm. 5 Audiencia Nacional. Madrid, 5 de octubre de 2000.

²⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia ante el caso de la extradición del oficial de contrainteligencia de la Armada Argentina, Ricardo Miguel Cavallo. Amparo en Revisión 140/2002. Quejoso: Ricardo Miguel Cavallo. Ministro Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez. Puede consultarse en <http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp>.

²⁸⁹ Una vez declarada la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida por la Corte Suprema de Justicia Argentina el 14 de junio de 2005; Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Auto de 20 de diciembre de 2006. Sumario 19/1997. Rollo de Sala núm. 139/1997. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Esta decisión fue anulada por sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Auto de 13 de marzo de 2006. Sumario 19/1997, Sentencia núm. 705/2007. Fallo: 17 de julio de 2007. Sentencia de 18 de julio de 2007.

recurso de amparo presentado por Juan Carlos Fotea contra su extradición a Argentina, por entender que los hechos por los que estaba acusado en España son “radicalmente distintos” a los que se le imputan en Argentina, por lo que considera correcta la decisión de extraditarle tras ser juzgado en España. No obstante, pocos días después, el juez Baltasar Garzón renunció a su persecución en beneficio de la justicia argentina. El 26 de enero de 2007, el Consejo de Ministros de España decidió su extradición a Argentina por delitos de lesa humanidad, decisión que se hizo efectiva el 17 de julio del mismo año.

Guatemala. El 2 de diciembre de 1999 se presentó ante la Audiencia Nacional una querrela contra ocho antiguos altos responsables políticos y militares de Guatemala,²⁹⁰ acusados de genocidio, tortura y terrorismo. Entre los hechos incluidos en la querrela figura el ataque de las Fuerzas de Seguridad guatemaltecas a la Embajada de España en Guatemala, del 31 de enero de 1980.²⁹¹

El juez Ruiz Polanco, titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional decidió, el 27 de marzo de 2000, afirmar su competencia para conocer del caso por el genocidio del pueblo maya.²⁹² Un recurso de apelación del fiscal, de 4 de mayo de 2000, fue estimado por el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 13 de diciembre de 2000,²⁹³ que decidió, en su parte dispositiva, que “...no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos...”. Para ello interpretó la jurisdicción universal de los tribunales españoles establecida por la LOPJ, de 1985, como subsidiaria de la jurisdicción nacional de Guatemala, cuyos tribunales no estaban impedidos legalmente para actuar en persecución de los mismos, aunque aún no lo hubieran hecho. Esta decisión fue anulada por la Sentencia de 25 de febrero de 2003 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, aplicando una interpretación todavía más restrictiva del alcance de la jurisdicción universal en España, llegó a la conclusión de que esta no puede operar cuando no existe un punto de conexión con los intereses españoles, por lo que declara: “La jurisdicción de los tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos cometidos

contra ciudadanos españoles en la Embajada Española en Guatemala el día 30 de enero de 1980, y de los hechos cometidos en perjuicio de los ciudadanos españoles...”.²⁹⁴

Ambas decisiones fueron anuladas por la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, como consecuencia de distintos recursos de amparo que coincidieron en alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española (CE), al haber introducido criterios no exigidos por la LOPJ, que tienen como resultado la derogación del principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de dicha Ley.²⁹⁵ La decisión afirmó el carácter absoluto de la jurisdicción universal en el artículo 23.4 de la LOPJ, no sometida a otra restricción que a la de la cosa juzgada. Además, según el Tribunal Constitucional, la exigencia por parte del Tribunal Supremo de vínculos de conexión con España comporta la desnaturalización del principio de jurisdicción universal y la reducción de su ámbito de aplicación “hasta casi suponer una derogación *de facto* del artículo 23.4 LOPJ”.

La consecuencia más directa e inmediata de esta sentencia del Tribunal Constitucional fue la reactivación judicial del caso Guatemala. Como consecuencia de las acciones del juez instructor, Santiago Pedraz, el Tribunal Quinto de Sentencia de Guatemala tramitó algunas de las órdenes de detención²⁹⁶ y consiguió la detención de dos de los procesados: el ex ministro de Defensa Ángel Aníbal Guevara y el ex jefe de la Policía Nacional Germán Chupina Barahona.²⁹⁷ No obstante, la constante ausencia de colaboración de las autoridades guatemaltecas se vio refrendada por la sentencia en amparo de los detenidos, emitida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 12 de diciembre de 2007, que denegó la posibilidad de extradición por estar prohibida la extradición de nacionales y por entender que los criterios de atribución de jurisdicción en España no son vinculantes para Guatemala. La puesta en libertad de los detenidos dio lugar a un nuevo auto del juez instructor, de 16 de enero de 2008, confirmando la continuidad del procedimiento en España.²⁹⁸

²⁹⁰ Se trata de: “1. General Efraín Ríos Montt, Jefe de Gobierno por Golpe de Estado, del 23 de marzo de 1982 al 8 de agosto de 1983. 2. General Oscar Humberto Mejías Vítores, jefe de Gobierno por Golpe de Estado, del 8 de agosto de 1983 al 14 de enero de 1986. 3. General Fernando Romeo Lucas García, presidente de la República de Guatemala de 1978 a marzo de 1982, actualmente residente en la República de Venezuela. 4. General Ángel Aníbal Guevara Rodríguez, ministro de Defensa, residente en Guatemala. 5. Licenciado Donald Álvarez Ruiz, ministro de Gobernación, actualmente residente en Miami, Estados Unidos de América. 6. Coronel Germán Chupina Barahona, director de la Policía Nacional durante el gobierno del general Lucas García, residente en Guatemala. 7. Pedro García Arredondo, jefe del Comando Seis de la Policía Nacional durante el gobierno del general Lucas García, residente en Guatemala. 8. General Benedicto Lucas García, jefe del Estado Mayor del Ejército durante el gobierno de Romeo Lucas García.” Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional. Diligencias previas 331/99. Auto de 27 de marzo de 2000.

²⁹¹ El ataque costó la vida a 37 personas –una de ellas fue asesinada posteriormente en el hospital– incluido el padre de Rigoberta Menchú, una de las querellantes. Tres de ellas eran de nacionalidad española y el único superviviente fue el entonces embajador de España en Guatemala, Máximo Cajal.

²⁹² Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Auto de 27 de marzo de 2000.

²⁹³ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno. Rollo Apelación núm. 115/2000. Causa: Diligencias previas 331/99. Juzgado Central núm. 1. Auto de 13 de diciembre de 2000.

²⁹⁴ Para los siete magistrados disidentes, que suscribieron colectivamente un voto particular, el fallo debió estimar el Recurso de Casación interpuesto, anulando el auto impugnado dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en apelación, y confirmando con ello el auto apelado, dictado por el magistrado del Juzgado Central núm. 1, con fecha 27 de abril de 2000; Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, voto particular en el Recurso de Casación núm. 803/2001.

²⁹⁵ Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE, núm. 258, Suplemento. 28 de octubre de 2005.

²⁹⁶ Se emitieron primero contra Donald Álvarez Ruiz, ministro de Gobernación durante el período 1976-1982, residente entonces en México, el 10 de diciembre de 2004 y contra Fernando Romeo Lucas García, ex presidente de Guatemala entre 1978 y 1982, residente en Venezuela, el 15 febrero de 2005. El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela rechazó la solicitud de extradición por motivos formales en junio de 2005. Fernando Romeo Lucas García falleció en Caracas, Venezuela, el 27 de mayo de 2006. Posteriormente se amplió la orden de detención para el resto de los denunciados.

²⁹⁷ También se ordenó la detención de Pedro García Arredondo, jefe del Comando Seis de la Policía Nacional durante el gobierno de Lucas García, y Oscar Mejía Vítores, presidente de Guatemala tras un golpe de Estado entre agosto de 1983 y enero de 1986. Al parecer, se encontraban en paradero desconocido. En cambio no se tramitaron las de José Efraín Ríos Montt y Benedicto Lucas García, antiguo jefe del Estado Mayor del Ejército.

²⁹⁸ Audiencia Nacional; Juzgado Central de Instrucción núm. 1; Diligencias previas 331/1999; Auto de 16 de enero de 2008.

Pero la trascendencia de la sentencia del Tribunal Constitucional español al considerar incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva las interpretaciones restrictivas del alcance del principio de la jurisdicción universal recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ, contenidas en las decisiones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, no se limita al caso de Guatemala, y otros casos cuya admisión había sido desestimada fueron reabiertos.

Perú. El 20 de noviembre de 1998, una organización no gubernamental presentó una querrela que se refería a hechos cometidos en el Perú, desde 1986 hasta entonces, con motivo de la represión política realizada por los ex presidentes Alan García²⁹⁹ y Alberto Fujimori, por Vladimiro Montesinos y por otros altos cargos civiles y militares, calificando los hechos como delitos de genocidio, terrorismo, torturas y detención ilegal. El Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional número 1, decidió no admitir la querrela a trámite en junio de 2001.³⁰⁰ El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió, mediante Auto de 21 de enero de 2002, desestimar el recurso de apelación, alegando el carácter subsidiario de la jurisdicción española respecto de la jurisdicción del Perú.³⁰¹ Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó la decisión,³⁰² aunque con argumentos más matizados que los utilizados en el caso Guatemala, afirmando la conveniencia de emplear un “principio de necesidad de la intervención jurisdiccional” y la exigencia de la existencia de una concurrencia real de jurisdicciones, para apreciar la subsidiariedad de la jurisdicción española.

China-Tibet. El 28 de junio de 2005 diversos colectivos presentaron ante la Audiencia Nacional una querrela por genocidio contra varios altos dirigentes o antiguos dirigentes de China.³⁰³

De acuerdo con la doctrina restrictiva de la jurisdicción universal en España impulsada por el Tribunal Supremo en el caso de Guatemala, en septiembre de 2005 el juez instructor Ismael Moreno acordó la inadmisión a trámite de la querrela presentada.³⁰⁴ Pero la Sala de lo Penal resolvió, en enero de 2006, el recurso de apelación; en su auto,³⁰⁵

de acuerdo con la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 en el caso de Guatemala, estimó el recurso de apelación, revocó el auto recurrido y acordó la admisión a trámite de la querrela inicialmente presentada. El procedimiento, como los que se citan a continuación, sigue abierto, a pesar de las reiteradas protestas del Gobierno de China.

China-Falun Gong. El grupo Falun Gong ha interpuesto distintas querellas ante la Audiencia Nacional en relación con la presunta persecución a que este grupo se ve cometido en China.

La primera de ellas, el octubre de 2003, se dirigía contra Jiang Zemin, ex presidente de la República Popular de China y Luo Gan, coordinador directo de la Oficina de control Falun Gong 610, por delitos de genocidio y torturas cometidos en China desde el año 1990 contra personas pertenecientes o simpatizantes del grupo Falun Gong. En aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en el caso Guatemala, el juez Ismael Moreno dictó Auto en noviembre de 2003,³⁰⁶ por el que no se admitió a trámite la querrela. El recurso de apelación fue desestimado por un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2004. Y el posterior recurso de casación fue también desestimado por la Sentencia 345/2005, de 18 de marzo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Estas decisiones fueron objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelto el 22 de octubre de 2007.³⁰⁷ Puesto que, entretanto, ya había desautorizado las restricciones al ejercicio de la jurisdicción universal defendidas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2003, el Tribunal Constitucional confirmó dicha posición ya sentada en el caso Guatemala³⁰⁸ y estimó el recurso por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la inadmisión a trámite de la querrela.

Otra querrela se interpuso el 2 de septiembre de 2004 contra Jia Qinling, antiguo secretario general del Comité Municipal del Partido Comunista chino en Pekín, que en ese momento se encontraba en España, por los crímenes de genocidio y torturas.³⁰⁹ El 16 de septiembre, el juez de la Audiencia Nacional decide que la querrela no es admisible³¹⁰ de acuerdo, de nuevo, con la doctrina de la jurisdicción universal enunciada por el Tribunal Supremo en su

²⁹⁹ De nuevo presidente de Perú desde julio de 2006.

³⁰⁰ Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional. Madrid. Auto de 15 de julio de 2001. La decisión fue confirmada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional. Madrid. Auto de 20 de septiembre de 2001, por el que se rechaza el Recurso de Reforma planteado por los querellantes contra el Auto de 15 de julio de 2001.

³⁰¹ Sala de lo Penal. Audiencia Nacional. Madrid. Auto de 21 de enero de 2002.

³⁰² Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 712/2003 de 20 de mayo de 2003. Recurso de Casación; FJ 6.

³⁰³ Jiang Zemin, anterior presidente de China y secretario del Partido Comunista Chino; Li Peng, antiguo primer ministro; Ren Rong, secretario del Partido Comunista Chino en el Tibet durante el periodo de 1971-1980; Yin Fatang, secretario del Partido en el Tibet durante el periodo 1980-1985; Qiao Shi, jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los años 80; Chen Kuiyan, secretario del Partido en la Región Autónoma del Tibet durante el periodo 1992-2001 y Deng Delyun, ministro de Planificación familiar en los años 90. Sobre el marco jurídico vigente en China en relación con los crímenes de competencia de la CPI, véase Lijun YANG, *On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, CJIL, 2005, vol. 4, núm. 1, pp. 121-132.

³⁰⁴ Auto de 5 de septiembre de 2005, Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional, Madrid. Diligencias previas núm. 237/2005.

³⁰⁵ Sala de lo Penal. Sección 4ª. Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 2. Audiencia Nacional. Rollo núm. 196/05. Diligencias previas 237/05. Auto de 10 de enero de 2006. Al respecto, Christine A.E. BAKER, *Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can it Work?*, JICJ, 4 (2006), pp. 595-601.

³⁰⁶ Juzgado Central de Instrucción núm. 2; Diligencias previas núm. 318-2003, Auto de 20 de noviembre de 2003. Este Auto fue confirmado en reforma por el nuevo Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de 17 de diciembre de 2003.

³⁰⁷ Tribunal Constitucional. Sala Segunda. STC 227/2007, de 22 de octubre de 2007. Recurso de Amparo núm. 3382-2005.

³⁰⁸ De hecho, como se verá inmediatamente, incluso el propio Tribunal Supremo, en aplicación de la mencionada Sentencia constitucional, en la Sentencia núm. 645/2006, de 20 de junio, ya había estimado el Recurso de Casación interpuesto contra las decisiones jurisdiccionales que habían denegado la competencia de la jurisdicción española para conocer de la querrela que Falun Gong interpuso contra otro ciudadano chino.

³⁰⁹ A este procedimiento se acumuló otra querrela que correspondió al mismo Juzgado de Instrucción, presentada en noviembre de 2004 contra cuatro dirigentes chinos que debían participar en un foro hispano-chino, en España.

³¹⁰ Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Audiencia Nacional, Madrid. Auto de 16 de septiembre de 2004. Diligencias previas 275/04.

sentencia de 2003 en el caso Guatemala. Con el mismo argumento, junto con el hecho de que los querellados ya habían abandonado España, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechaza el recurso de apelación en abril de 2005.³¹¹ Pero el 20 de junio de 2006, el Tribunal Supremo en una sentencia que, no obstante, se dedica especialmente a rebatir la concepción expresada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, estima el recurso de casación y decide la admisión a trámite de la querrela.³¹²

Una nueva querrela se presentó el 8 de noviembre de 2005 contra el ministro de Comercio chino, Bo Xilai, que se esperaba visitara España. Se le acusó de genocidio y tortura contra integrantes de Falun Gong cuando era alcalde de la ciudad de Dalian y gobernador de la provincia de Liaoning. La querrela fue acumulada a la primera y no fue admitida a trámite, decisión que fue confirmada por las sucesivas decisiones del juez y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolvieron sucesivos recursos. Se presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra esta decisión. Pero el Tribunal Constitucional no ha considerado oportuno acumularlo al que ha sido objeto de su sentencia de 22 de octubre de 2007. No obstante, el 5 de diciembre de 2007 el juez instructor emitió un auto por el que admitió a trámite la querrela. Este caso presenta el interés especial de estar referido a un ministro en activo del Gobierno chino y suscita la cuestión del alcance de las inmunidades de quienes ejercen cargos de gobierno.

La última de las querellas fue presentada el 17 de abril de 2007 contra Wu Guanzheng, alto dirigente del Partido Comunista de China que se encontraba en visita oficial en España. El Juzgado la acumuló a la segunda de las querellas.

Ruanda – República Democrática del Congo. El Foro Internacional para la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos, con el apoyo de víctimas y familiares de víctimas españolas y ruandesas y de distintas organizaciones no gubernamentales, presentaron el 22 de febrero de 2005 ante la Audiencia Nacional una querrela contra sesenta y nueve miembros de alto rango del Frente Patriótico Ruandés y del Gobierno de Ruanda, por crímenes de terrorismo, tortura, genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y, en particular, por su presunta participación en el asesinato de nueve ciudadanos españoles (seis religiosos y tres voluntarios de la organización Médicos del Mundo) en Ruanda y la República Democrática del Congo.³¹³ El 6 de abril de 2005 el juez instructor, Fernando Andreu, admitió a trámite la querrela,³¹⁴ y el 6 de febrero de 2008 dictó el procesamiento así

³¹¹ Sala de lo Penal, Sección 2, Audiencia Nacional, Madrid. Auto de 29 de abril de 2005.

³¹² Tribunal Supremo. Sala Segunda. Sentencia núm. 645/2006. 20 de junio de 2006. Recurso de Casación núm. 1395/2005.

³¹³ Se trata de Joaquim Vallmajó Sala, misionero en África, secuestrado, torturado y asesinado en Byumba (Ruanda) el 26 de abril de 1994; Servando Mayor García, Julio Rodríguez Jorge, Miguel Ángel Isla Lucio y Fernando de la Fuente de la Fuente, hermanos Maristas, asesinados en Bugobe (R. D. del Congo) el 31 de octubre de 1996; M^a Flors Sirera Fortuny, Manuel Madrazo Osuna y Luis Valtueña Gallego, miembros de la ONG Médicos del Mundo, asesinados en Ruhengeri (Ruanda) el 18 de enero de 1997; Isidro Uzcudun Pouso, misionero de la diócesis de San Sebastián, asesinado en Mugina (Ruanda) el 10 de junio de 2000.

³¹⁴ Auto de admisión de la querrela en relación con crímenes cometidos en la región de los Grandes Lagos africanos, 6 de abril de 2005, Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Audiencia Nacional, Madrid. Diligencias previas núm. 55/2005.

como las correspondientes órdenes internacionales de detención contra cuarenta militares ruandeses por los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y terrorismo.³¹⁵ El actual presidente de Ruanda y comandante en jefe del ejército ruandés, Paul Kagame, no ha sido procesado porque como jefe de Estado goza de inmunidad de jurisdicción. Pero el magistrado destaca que existen indicios racionales de criminalidad contra él, a quien se atribuyen personalmente distintos asesinatos de civiles y la participación en las reuniones preparatorias del asesinato del presidente Juvenal Habyarimana.

Caso Couso. José Manuel Couso Permy, cámara de la cadena de televisión Tele 5, falleció en Bagdad el 8 de abril de 2003 como consecuencia del disparo de un tanque Abrams M-1 del ejército de Estados Unidos.³¹⁶

El 27 de mayo de 2003, la madre y los tres hermanos de Couso presentaron una querrela a la Audiencia Nacional contra el capitán Phillip Wolford, el teniente coronel Phillip de Camp y el sargento Shawn Gibson, como responsables del disparo. Según los querellantes se trata de un asesinato que constituye además un crimen de guerra.

El 9 de julio de 2003 el juez de la Audiencia Guillermo Ruiz Polanco admitió a trámite la querrela, decisión confirmada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en octubre de 2003. Ante la falta de cooperación de las autoridades de Estados Unidos, el nuevo juez del Juzgado Central de Instrucción número 1, Santiago Pedraz, dictó una orden de detención de los tres militares³¹⁷ el 19 de octubre de 2005. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó en marzo de 2006 el recurso presentado por el fiscal, y ordenó el archivo de las actuaciones, por entender que no había base suficiente para el procesamiento.³¹⁸ El 5 de diciembre de 2006 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por la familia de José Couso contra la decisión anterior, afirmando la competencia de los jueces y tribunales españoles para conocer de la causa.³¹⁹ En abril de

³¹⁵ Entre los militares procesados se encuentran el general mayor James Kabarebe, actual jefe de Estado Mayor general del Ejército ruandés; el general mayor Kayumba Nyamwasa, actual embajador de Ruanda en la India; el general de brigada Karenzi Karake, actual comandante adjunto del contingente de Naciones Unidas y Unión Africana enviado a Darfur (UNAMID); general mayor Fred Ibingira, actual comandante de la Primera División de las Fuerzas ruandesas de Defensa; el teniente coronel Rugumya Gacinya, destinado en la Embajada de Ruanda en Estados Unidos; y el teniente general Charles Kayonga, actual jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra del Ejército ruandés; Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4, Sumario 3 / 2.008 – D; Auto de 6 de febrero de 2008.

³¹⁶ Mientras se encontraba en una habitación de la planta catorce del Hotel Meridien Palestine, lugar en el que se alojaban centenares de periodistas de los medios de comunicación internacionales, en Bagdad. Además de José Manuel Couso, falleció también el periodista ucraniano Taras Protsyuk, de la agencia Reuters, y fueron heridas otras tres personas.

³¹⁷ Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional. Madrid. Auto de 19 de octubre de 2005. Diligencias previas 99/2003-10.

³¹⁸ Sala de lo Penal, Sección Segunda, Audiencia Nacional, Madrid. Auto de 8 de marzo de 2006.

³¹⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis. Recurso de Casación núm. 1188/2005. La interpretación favorable se debe también, en buena medida, a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 en el caso Guatemala. No obstante el Tribunal Supremo expresa claras reservas respecto de la falta de restricción en la aplicación del principio de justicia universal en España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Segunda Sentencia núm. 1240/2006.

2007, el juez Santiago Pedraz dictó Auto de procesamiento contra los militares,³²⁰ como autores de un crimen de guerra, previsto en el artículo 611.1 del Código Penal, consistente en ataques indiscriminados y desproporcionados contra civiles, así como de un delito de asesinato, previsto en el artículo 139 del Código Penal, en lo que constituye el primer Auto de procesamiento en España por crímenes de guerra, en aplicación del artículo 23.4 h de la LOPJ. No obstante, la decisión fue anulada de nuevo, en apelación, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional³²¹ en mayo de 2008, por considerarla insuficientemente fundada, aunque no decidió archivar el caso. El 21 de mayo de 2009, el juez de instrucción dictó un nuevo Auto de procesamiento en los mismos términos que fue, otra vez, anulado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 15 de julio de 2009, por los mismos motivos.³²²

Colombia. En 2005 se presentó una querrela contra los grupos paramilitares colombianos por crímenes de lesa humanidad, terrorismo, torturas y genocidio. El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional decidió no admitirlo a trámite, por Auto de 19 de diciembre de 2005, por entender que los hechos podían ser perseguidos en Colombia. El recurso de apelación fue desestimado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 22 de mayo de 2006. Posteriormente, los querellantes interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional archivó definitivamente las actuaciones en 2008.³²³

Vuelos secretos de la CIA. Un grupo de particulares de Palma de Mallorca formularon una denuncia ante la Fiscalía de Baleares por torturas, en relación con la utilización de aeropuertos españoles para el transporte clandestino de prisioneros, bautizado por sus autores como “programa de entregas extraordinarias”,³²⁴ y también conocido en medios periodísticos como “vuelos secretos de la CIA”. Ante la falta de actuación de la Fiscalía, ejercitaron la acción popular ante los Juzgados de Palma de Mallorca. El Juzgado se inhibió en favor de la Audiencia Nacional, instruyendo la causa el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, que declaró su competencia en junio de 2006.³²⁵ En este caso, la competencia de la jurisdicción

5/12/2006. Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis. Recurso de Casación núm. 1188/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Segunda Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis. Recurso de Casación núm. 1188/2005.

³²⁰ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Sumario 27/2007. Auto de 27 de abril de 2007.

³²¹ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección 2. Rollo de Sala: Apelación contra Autos: 158/2007. Procedimiento de Origen: Sumario 27/2007. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Auto de 13 de mayo de 2008.

³²² Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Segunda. Rollo de Sala: Apelación contra Autos 144/2009. Sumario (Proc. Ordinario) 27/2007. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Auto de 14 de julio de 2009.

³²³ <http://www.es.amnesty.org/temas/justicia-internacional/otros-casos-abiertos-en-espana/>.

³²⁴ Definido en la resolución adoptada por el Parlamento Europeo, como sigue: “...el programa de entregas extraordinarias es una práctica extrajudicial, que contraviene la normativa internacional en materia de derechos humanos y permite que una persona presuntamente implicada en actividades terroristas sea secuestrada ilegalmente, detenida y/o entregada a agentes de los Estados Unidos y/o transportada hacia otro país en el que se le somete a interrogatorios que, en la mayoría de los casos, implican la detención en régimen de incomunicación y la aplicación de torturas”. P6_TA(2007)0032 Supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos. Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200-INI) 14 de febrero de 2007, párr. 36.

³²⁵ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 2; Diligencias previas 109/06; Auto de 9 de junio de 2006.

española no solamente se apoya en la perseguibilidad universal del delito de torturas sino, además, en la posible utilización de suelo y espacio aéreo español en el desarrollo de los delitos investigados.³²⁶

El juez de la Audiencia Nacional Ismael Moreno, en enero de 2007, pidió al Ministerio de Defensa la desclasificación de la información de los servicios de inteligencia en relación con el caso.³²⁷ No hay por el momento personas imputadas en este caso.

En conexión con este caso se presentó, el 17 de marzo de 2009, una querrela contra los artífices de la doctrina jurídica que avaló en Estados Unidos la creación del centro de detención de Guantánamo y el trato que se dio a las personas allí internadas: William Haynes, consejero jurídico del Departamento de Defensa; Jay Bybee y John Yoo, asesores jurídicos del Departamento de Justicia; Alberto Gonzales, consejero del presidente Bush; David Addington, asesor jurídico del vicepresidente Dick Cheney, y Douglas Feith, subsecretario de Política de Defensa. El 5 de mayo, el Juez Eloy Velasco dictó un auto, mediante el que cursó una comisión rogatoria a Estados Unidos en la que preguntaba a sus autoridades judiciales “si en la actualidad los hechos a los que se refiere la querrela están siendo o no investigados o perseguidos”, con objeto de aplicar, en su caso, el criterio de subsidiariedad de la jurisdicción española.³²⁸

³²⁶ Estos vuelos están siendo objeto de investigación en distintos países europeos y han dado lugar a distintos informes y pronunciamientos del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa que han identificado más de un millar de vuelos irregulares. Véanse: Temporary Committee on the alleged use of European countries by the CIA for the transport and illegal detention of prisoners. 24.4.2006. *DRAFT INTERIM REPORT on the alleged use of European countries by the CIA for the transport and illegal detention of prisoners*. PR\612587EN.doc Rapporteur: Giovanni Claudio Fava; 7.2.2007. *WORKING DOCUMENT N° 9 on certain European countries analysed during the work of the Temporary Committee*. Rapporteur: Giovanni Claudio Fava, DT\651745EN.doc; 30.1.2007. *INFORME sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos*. Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos. Ponente: Giovanni Claudio Fava. RR\650610ES.doc. En el Consejo de Europa: Parliamentary Assembly/Assemblée parlementaire. 7 June 2007. Committee on Legal Affairs and Human Rights. *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report. Explanatory memorandum** Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, ALDE. Sobre todo este proceso, véase, Fernando LOZANO CONTRERAS, “Convicts in Air: Implementation by the CIA of the extraordinary rendition programme in European territory. Special reference to Spanish practice”, SYIL, vol. XII, 2008, pp. 51-79. En Estados Unidos la bibliografía es abundante; véase, por todos, David WEISSBRIDT, y Amy BERGQUIST, “Extraordinary Rendition and the Torture Convention”, Va. J. Int’l L., vol. 46, núm. 4, 2006, pp. 586-650; Leila Nadya SADAT, “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law”, 37 Case W. Res. J. Int’l L. 2006, pp. 309-342.

³²⁷ Más tarde, a petición del juez, el organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) suministró nueva información sobre los vuelos en España, dando cuenta de 47 vuelos que entre el 16 de junio de 2002 y el 28 de febrero de 2007 cruzaron el espacio aéreo español. Un total de 22 de estos vuelos se produjeron durante el mandato de José María Aznar, y 25 en el de José Luis Rodríguez Zapatero. La documentación de AENA revela que hubo ocho vuelos con origen o destino a Guantánamo en 2002 que sobrevolaron España; siete en 2003; doce en 2004; nueve en 2005; nueve en 2006 y dos hasta febrero de 2007. Pueden verse datos más detallados en Ignasi GUARDANS CAMBÓ, “Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA”, en Antonio CUERDA RIEZU, y FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA, (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 47-72.

³²⁸ Juzgado Central de Instrucción núm. 6, Audiencia Nacional, Diligencias Previas núm. 134/2009, Auto de 4 de mayo de 2009.

El Sahara Occidental. En relación con el Sahara Occidental se han abierto dos casos distintos en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, cuyo titular es Baltasar Garzón.

El primero deriva de la querrela presentada el 14 de septiembre de 2006 y completada en octubre de 2007 por una serie de asociaciones vinculadas al pueblo saharauí y a la defensa de los derechos humanos,³²⁹ contra un grupo de altos cargos civiles y militares marroquíes por genocidio, torturas, detenciones ilegales, secuestros y desapariciones contra el pueblo saharauí.³³⁰ Mediante Auto de 29 de octubre de 2007, el juez se declaró competente y admitió a trámite la querrela.³³¹

El segundo tiene su origen en una querrela presentada en diciembre de 2007 por la Asociación Saharauí de Derechos Humanos (ASDH) contra 24 dirigentes del Frente Polisario³³² y tres oficiales del ejército de Argelia por genocidio, torturas y desapariciones. El 5 de junio de 2009 el juez decidió admitir a trámite la querrela y librar comisiones rogatorias a Marruecos y Argelia para determinar si los hechos son objeto de investigación en alguno de los dos países.

El Salvador. La Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) y el Centro de Justicia y Responsabilidad (CJA), con sede en San Francisco (EE. UU.) formalizaron, el 13 de noviembre de 2008, una querrela ante la Audiencia Nacional contra el ex presidente de El Salvador Alfredo Cristiani Burkard y otros catorce antiguos oficiales y soldados del ejército salvadoreño por los cargos de crímenes de lesa humanidad o, alternativamente, asesinato en el contexto de crímenes contra la humanidad,³³³ y por terrorismo, por su presunta participación en el asesinato de ocho personas, entre ellas, seis sacerdotes jesuitas, que tuvo lugar el 16 de noviembre de 1989 en la Universidad de Centro América "José Simeón Cañas" (UCA) en El Salvador,³³⁴ por parte de miembros del batallón de contra insurgencia del ejército salvadoreño Atacatl.³³⁵

³²⁹ La Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis (AFAPREDESA), la Federación de Asociaciones de Promoción de Defensa de los Derechos Humanos, la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), la Federación Estatal de Instituciones Solidarias con el Pueblo Saharauí (FEDISSAH), y la Coordinadora Estatal de Asociaciones Solidarias con el Pueblo Saharauí (CEAS-SÁHARA).

³³⁰ Entre los querrelados figuran Housni Ben Sliman, general de la gendarmería real marroquí, Ben Hima, comisario de la Dirección General de la Seguridad Nacional de El Aaiún y en la actualidad comisario en Agadir, y Abdelhafid Ben Hachem, jefe de la Dirección General de la Seguridad Nacional (DGSN).

³³¹ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Diligencias previas Proc. abreviado 362 /2007. Auto de 29 de octubre de 2007.

³³² Entre ellos el entonces representante oficial de la RASD en España y actual representante en Argelia, Brahim Ghali.

³³³ De acuerdo con la doctrina citada del Tribunal Supremo en el caso Scilingo, Sentencia 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

³³⁴ Los fallecidos fueron los sacerdotes jesuitas Ignacio Ellacuría, teólogo y antiguo rector de la UCA, Ignacio Martín-Baró, Segundo Montes, Armando López, Juan Ramón Moreno y Joaquín López, su ama de llaves Julia Elba Ramos y la hija de esta, Celina Mariceth Ramos.

³³⁵ Véase, al respecto, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe núm. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, s.j.; Segundo Montes, s.j.; Armando López, s.j.; Ignacio Martín Baró, s.j.; Joaquín López y López, s.j.; Juan Ramón Moreno, s.j.; Julia Elba Ramos, y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999. Y la documentación contenida en la web del CJA: <http://www.cja.org/espanol/jesuits.shtml>.

El 12 de enero de 2009, el juez Eloy Velasco, del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, admitió a trámite la querrela presentada e imputó los delitos de crímenes contra la humanidad y terrorismo a catorce antiguos oficiales salvadoreños, entre ellos el general Emilio Ponce, jefe del Alto Mando de las Fuerzas Armadas salvadoreñas, y el general Rafael Humberto Larios, antiguo ministro de Defensa.³³⁶ El Auto excluyó, en principio, al ex presidente de El Salvador, Alfredo Cristiani. Igualmente, acordó enviar comisión rogatoria a dicho país para obtener la información pertinente sobre los procedimientos judiciales realizados en él, en relación con el caso.

Gaza. En 2008 el Centro de Derechos Humanos de Palestina, junto con algunas de las víctimas, presentó ante la Audiencia Nacional una querrela por crímenes contra la humanidad contra varios altos responsables de Israel. Los hechos se referían al ataque aéreo realizado el 22 de julio de 2002 con una bomba de gran potencia con objeto de asesinar al líder de Hamas, Salah Shehade. En el ataque, sobre una zona densamente poblada de Gaza, murieron catorce civiles y sufrieron heridas otros 150, además de provocarse la destrucción de numerosas viviendas.

Israel no dio respuesta a la petición de agosto de 2008 del juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu de dar información sobre las investigaciones realizadas en dicho país, por lo que el juez decidió, en enero de 2009, admitir a trámite la querrela e imputar a los acusados, entre los que estaba el ex ministro de Defensa de Israel, Benjamín Ben-Eliezer.³³⁷ Una vez recibida y estudiada la documentación enviada por Israel, la Fiscalía presentó un recurso contra el Auto de admisión a trámite por considerar que el asunto ya había sido investigado en dicho país. Pero el juez Andreu consideró que en realidad nunca había habido en Israel una auténtica investigación judicial, y rechazó el recurso en mayo de 2009.³³⁸

No obstante, el recurso de apelación presentado por la Fiscalía fue estimado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que el 30 de junio decidió archivar la causa. El Auto fue hecho público el 17 de julio de 2009 y en él se considera que la investigación realizada en Israel es adecuada y que, por tanto, la jurisdicción de Israel tiene preferencia sobre la española. Previsiblemente esta resolución será objeto de recurso por parte de los querellantes.³³⁹

³³⁶ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Diligencias previas Proc. abreviado 391/2008. Auto de 12 de enero de 2009.

³³⁷ Los demás imputados son el ex secretario militar del ministro, Michael Herzog; el ex jefe del Estado Mayor general Moshé Yaalón; el entonces comandante de las fuerzas aéreas israelíes, Dan Halutz; el general del Mando Sur de las Fuerzas de Defensa, Doron Almog; el presidente del Consejo Nacional de Seguridad y Asesor Nacional de Seguridad, Giora Eiland, y el director del Servicio General de Seguridad, Abraham Dichter. Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Diligencias previas núm. 157/2008. Auto de 29 de enero de 2009.

³³⁸ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Diligencias previas núm.157/2008. Auto de 4 de mayo de 2009.

³³⁹ Por otra parte, al parecer, una nueva querrela se ha presentado contra responsables israelíes en julio de 2009, por el ataque a la franja de Gaza de diciembre de 2008 y enero de 2009.

Campos de concentración nazis en Austria y Alemania. Se trata en este caso de una querrela presentada en junio de 2007 por víctimas españolas de los campos de concentración nazis por delitos de genocidio y de lesa humanidad contra cuatro oficiales del régimen nazi. Se trata de crímenes presuntamente cometidos entre 1942 y 1945 en los campos de concentración de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg, en los que estuvieron confinados más de 7.000 españoles, de los que murieron más de 4.300. El titular del Juzgado Central de Instrucción número 2, Ismael Moreno, admitió a trámite la querrela por Auto de 17 de julio de 2008, calificando los hechos de genocidio, y dictó el procesamiento de tres de ellos, emitiendo las correspondientes ordenes internacionales de detención el 17 de septiembre de 2009.³⁴⁰

Otros casos que no han prosperado. Varias querellas han sido presentadas contra Fidel Castro por supuestos delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas y terrorismo, en algunos de los casos conjuntamente con Raúl Castro Ruz, Osmani Cienfuegos y Carlos Amat. Todas ellas han sido inadmitidas a trámite, acogiendo el principio de inmunidad de un jefe de Estado en ejercicio de su cargo, que se ha aplicado incluso cuando cedió el cargo a su hermano Raúl por razones de salud.³⁴¹ Una querrela presentada en 1998 contra el entonces jefe de Estado de Marruecos, Hassan II, fue también inadmitida con arreglo al principio de la inmunidad de los jefes de Estado.³⁴² La misma suerte corrió la querrela presentada en 1998 contra Teodoro Obiang Nguema, presidente de Guinea Ecuatorial.³⁴³ Igual ha sucedido con la querrela formulada contra Hugo Chávez y otros por terrorismo y crímenes contra la humanidad en 2003.³⁴⁴ Por otra parte, se ha inadmitido en 2008 una querrela presentada en 2007 por torturas en forma de violación, por los hechos ocurridos en mayo de 2006 durante la represión de las revueltas de Atenco, en México. En este último caso, se ha considerado que los hechos pueden ser juzgados adecuadamente en México.

³⁴⁰ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 2. Sumario 56/2009 (DP 211/2008). Auto de 17 de septiembre de 2009. Se trata de los ex oficiales de las SS Johann Leprich, Anton Tittjung y Josias Kumpf (este último fallecido en octubre de 2009 en Viena). El Auto excluye al cuarto acusado, Iwan o John Demjanjuk, que había sido extraditado desde los Estados Unidos a Alemania en mayo de 2009, tras una larga trayectoria de persecuciones judiciales en Estados Unidos e Israel. Los dos primeros también residen en los Estados Unidos, donde han sido privados de la nacionalidad.

³⁴¹ La primer querrela, contra Fidel Castro y otros, fue presentada el 5 de noviembre de 1998. El juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 decidió no admitirla el 19 de noviembre; la decisión fue confirmada por la Sala Penal de la Audiencia Nacional el 4 de marzo de 1999. La segunda se presentó contra Fidel Castro en 2005 y fue desestimada por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, de 14 de octubre de 2005, decisión confirmada por la Sala Penal el 10 de marzo de 2006. La tercera querrela, contra Fidel Castro y Osmani Cienfuegos, fue presentada en febrero de 2007; el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 no la admitió a trámite por Auto de 16 de abril de 2007; el Pleno de la Sala penal confirmó la decisión el 13 de diciembre de 2007.

³⁴² Auto de 23 de diciembre de 1998, la decisión fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 23 de diciembre de 1998.

³⁴³ Inadmitida a trámite por Auto de 23 de diciembre de 1998.

³⁴⁴ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4; Diligencias previas 40/2003. Auto de 18 de marzo de 2003.

B4. EL PROCESO DE RESTRICCIÓN DEL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA

Durante todos estos años se ha podido percibir un profundo malestar de algunos sectores del mundo jurídico y político frente al que consideran un alcance excesivo de la jurisdicción universal en España.³⁴⁵ En algunos casos se trata pura y llanamente de un malestar de base ideológica, en tanto no se ha manifestado antes cuando la jurisdicción universal ha servido para la persecución de crímenes menos marcados desde el punto de vista político, como por ejemplo, el tráfico ilícito de estupefacientes. En otros, se aducen motivos de eficiencia y eficacia que no son menores, especialmente las escasas posibilidades de llevar a buen fin los juicios, salvo cuando el acusado se encuentra en España, y las dificultades de juzgar crímenes especialmente complejos desde la distancia, unido al consumo de recursos humanos y materiales que comportan para la justicia española. Están también los motivos que se refieren a las dificultades que para las normales relaciones internacionales de España pueden generar ciertos procesos penales que afectan a personas o hechos relevantes en otros Estados.

Estas opiniones han tenido su reflejo en diversas tentativas de interpretación restrictiva de la jurisdicción española, singularmente las enunciadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el caso Guatemala (que el Tribunal Constitucional no ha considerado aceptables), o la decisión de la Audiencia Nacional de ceder la jurisdicción a Argentina

³⁴⁵ Que también se ha manifestado entre la doctrina: por ejemplo, Alicia GIL GIL, España, "Respecto del principio de jurisdicción universal estimo conveniente su extensión a todos los delitos internacionales... pero creo también necesario que se haga de forma subsidiaria, no en el sentido erróneo en que lo interpretó la Audiencia en el caso de Guatemala, sino cediendo expresamente la competencia a la Corte Penal Internacional en los casos en que el delito no se haya cometido en España ni el autor o la víctima sean españoles y aquella pudiera actuar, y también al país que sea competente por un principio preferente como el de territorialidad y haya iniciado ya un proceso que ofrezca garantías de imparcialidad, y solo en el caso de que ninguno de los dos inicie el procedimiento actuarían los tribunales españoles aplicando el principio de justicia universal. Incluso podría añadirse algún otro requisito que responda al principio de oportunidad, como por ejemplo la presencia (actual o posible) del acusado, tal y como se ha hecho en Alemania, para evitar la proliferación de procesos que evidentemente no llegarán a buen término"; España, *op. cit.*, p. 397 (escrito antes de la LO 18/2003 de Cooperación con la CPI). Con propuestas distintas, ya que se muestra contrario a conceder discrecionalidad a la Fiscalía, Jaume FERRER LLORET, "El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España", *op. cit.* p. 161: "...los jueces y tribunales españoles deberían abstenerse de aplicar el principio de jurisdicción universal cuando no haya ningún indicio de que el imputado por actos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra se encuentre en territorio español o tampoco se tenga noticia en concreto de que vaya a viajar a España..." Véase también Mariona LLOBET ANGLI, "El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. Una discutible interpretación en la STS de 20 de junio de 2006", InDret 4/2006, en especial, pp. 17-19.

en el caso Cavallo (anulada por el Tribunal Supremo y a pesar de ello llevada a cabo),³⁴⁶ como en ciertas decisiones gubernamentales dirigidas a interferir irregularmente en la actuación de los jueces de instrucción, como el caso de la negativa del Consejo de Ministros a tramitar ciertas solicitudes de extradición a Argentina (revocada después por el Tribunal Supremo) o, finalmente, en la actividad del poder legislativo: primero, con la introducción en la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI de una disposición que invierte la relación de complementariedad entre la jurisdicción de los tribunales españoles y la de la Corte, para determinadas categorías de crímenes y después, como se verá, con la modificación directa del artículo 23 de la LOPJ.

En el ámbito judicial, en una primera etapa, se manifiesta una interpretación abierta del artículo 23.4. Son significativas de la misma, especialmente, las decisiones de los magistrados titulares de los Juzgados Centrales de Instrucción, en los casos de Chile, Argentina y Guatemala, y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de noviembre de 1998, en los casos de Chile y Argentina.³⁴⁷ Contra la opinión de la Fiscalía, se afirmó la competencia de los tribunales españoles. Entre los puntos significativos se pueden mencionar los siguientes, en un contexto, recuérdese, en los que los crímenes contra la humanidad no están todavía incorporados en el Código Penal:

- La Convención de 1948 sobre el Genocidio no impide la actuación de jurisdicciones distintas de la del territorio donde se cometió el delito o de un tribunal internacional.³⁴⁸
- Respecto al concepto de genocidio, la Sala de lo Penal aceptó un concepto amplio con respecto a grupos protegidos: el que supone el intento de destrucción de un grupo nacional formado por los que fueron excluidos del proyecto de reorganización nacional desarrollado

³⁴⁶ Al respecto, véase Manuel OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, op. cit. pp. 396-401.

³⁴⁷ Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 84/98. Sección Tercera. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 4 de Noviembre de 1998 (Argentina). Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 173/98. Sección primera. Sumario 1/98. Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 5 de Noviembre de 1998 (Chile).

³⁴⁸ "Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno [...] es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional." En esta línea se había pronunciado la Corte Internacional de Justicia: "The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention"; ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1. C. J. Reports 1996*, p. 595, párr. 31. Se muestra a favor William A. SCHABAS, National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the 'Crime of Crimes', JICJ, 1 (2003), p. 60. En contra, Jaume FERRER LLORET, "El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España", op. cit. pp. 121-123; el autor proponía la denuncia del convenio como medio de resolver la contradicción que apreciaba; en p. 157.

³⁴⁹ Esta interpretación ha sido valorada como correcta por la Sala de lo Penal en su sentencia en el caso Scilingo; Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción núm. 5. Sentencia núm. 16/2005, FJ 1; y ha sido rechazada por el Tribunal Supremo en su sentencia sobre el mismo caso, en 2007; Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007, FJ10; una posición contraria se encuentra en el voto particular del magistrado D. Joaquín Giménez García.

por los acusados:³⁴⁹ "El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país." La ampliación del ámbito de los grupos protegidos que se deriva de la interpretación de la Sala de lo Penal ha sido criticada por la mayor parte de la doctrina.³⁵⁰ La ausencia de la tipificación en el Código Penal español de los crímenes contra la humanidad explica probablemente esta opción de forzar el tipo de genocidio para hacer entrar en él supuestos que, a primera vista, parecen encajar mejor en la categoría de crímenes contra la humanidad. No obstante, las ideas expresadas por la Sala no son en absoluto descabelladas y ponen de relieve las limitaciones del concepto de genocidio anclado en la letra de la Convención de 1948, que no incluye a los grupos políticos o, más apropiadamente, a los grupos formados por los excluidos a partir de un prejuicio político, cuando todo genocidio implica necesariamente una preconcepción política, en el sentido de que un determinado grupo humano no cabe en la sociedad y al que se pretende destruir, aspecto este último que no es un requisito de los crímenes contra la humanidad.³⁵¹

³⁵⁰ Entre los iusinternacionalistas, Javier A. GONZÁLEZ VEGA, *La Audiencia Nacional contra la impunidad: los "desaparecidos" españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos*, RED, vol. XLIX (1997), 1, p. 287; Jaume FERRER LLORET, *Impunity in cases of serious human rights violations: Argentina and Chile*, SYIL, vol. III 1993-1994, pp. 21-22; y en *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España*, op. cit. pp. 119-120; Montserrat ABAD CASTELOS, *La actuación de la audiencia nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad*, op. cit. pp. 38-45; María Dolores BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 420-422. Entre los penalistas, Alicia GIL GIL, España, op. cit., pp. 341-342. Fuera de nuestras fronteras, coincide con ellas la autorizada opinión de William Schabas: "In the end, such reasoning leads to an absurdity that trivializes the very nature of genocide: the human race itself constitutes a protected group, and therefore genocide covers any mass killing. From a legal standpoint, the principal drawback of this approach is that it can in no way be stretched to apply to the Convention. Arguably, it might be subsumed within a customary law conception of genocide. But the basis for such a claim is indeed flimsy. Aside from the wishful thinking of some commentators, there is a paucity of supporting evidence to show either opinio iuris or State practice, the two components of customary norms." William A. SCHABAS, *Genocide in International Law – The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2000, p. 150.

³⁵¹ Véase: David L. NERSESSIAN, *Comparative Approaches to Punishing Hate: The Intersection of Genocide and Crimes Against Humanity*, 43 Stan. J. Int'l L. (2007), pp. 221-264. En una línea de razonamiento presente también en la sentencia de la Sala de Primera Instancia del TPIR, en el asunto Kayishema y Ruzindana: "98. The intent must exist to destroy a national, ethnical, racial or religious group, as such. Thus, the acts must be directed towards a specific group on these discriminatory grounds. An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others). A racial group is based on hereditary physical traits often identified with geography. A religious group includes denomination or mode of worship or a group sharing common beliefs"; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, (1999) Affaire num. ICTR-95-1-T, TPIR, Chambre de Première Instance II, en párr. 98. Y por el TPIY en el asunto *Le Procureur c. Goran Jelusic* (1999), Affaire n° IT-95-10-T, Jugement, 14 décembre 1999, TPIY, Chambre de Première Instance I: "70. Si la détermination objective d'un groupe religieux est encore possible, tenter aujourd'hui de définir un groupe national, ethnique ou racial à partir de critères objectifs et scientifiquement non contestables serait un exercice à la fois périlleux et dont le résultat ne correspondrait pas nécessairement à la perception des personnes concernées par cette catégorisation. Aussi est-il plus approprié d'apprécier la qualité de groupe national, ethnique ou racial du point de vue de la perception qu'en ont les personnes qui veulent distinguer ce groupe du reste de la collectivité. La Chambre choisit donc d'apprécier l'appartenance à un groupe national, racial ou ethnique à partir d'un critère subjectif: c'est la stigmatisation, par la collectivité, du groupe en tant qu'entité ethnique, raciale ou nationale distincte, qui permettra de déterminer si la population visée constitue, pour les auteurs présumés de l'acte, un groupe ethnique, racial ou national. Cette position correspond à celle adoptée par cette Chambre dans la décision relative à l'examen de l'acte d'accusation déposé contre Dragan Nikolic dans le cadre de l'article 61. 71. Une telle stigmatisation du groupe peut s'effectuer selon des critères positifs ou négatifs. Une

- Con respecto al terrorismo, todos los elementos del delito están presentes: un grupo de personas armadas, organización estable, acciones destinadas a aterrorizar a la población y propósito de subvertir el orden constitucional³⁵² o dañar gravemente la paz pública. El terrorismo de Estado es también terrorismo.³⁵³
- En relación con las leyes de amnistía (Leyes 23.492 y 23.521 en Argentina) (Decreto-Ley 2191 en Chile), la Sala considera que estas leyes no están incluidas en la excepción de *non bis in idem* del artículo 23.5 de la LOPJ.³⁵⁴

Además, otro aspecto relevante debatido en el caso Pinochet,³⁵⁵ es el de las inmunidades personales. Las decisiones del juez instructor de 3 de noviembre de 1998 y de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, en febrero y marzo de 1999, coincidieron en rechazar tales inmunidades. En cuanto a la condición de ex jefe de Estado, el derecho internacional no reconoce la inmunidad y rechaza los argumentos de la defensa sobre la base de la doctrina de los actos de Estado o de la pertinencia de la condición de oficiales para obtener una exención

'approche positive' consistera pour les auteurs du crime à distinguer le groupe en raison de ce qu'ils estiment être les caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses propres à ce groupe. Une 'approche négative' consistera à identifier des individus comme ne faisant pas partie du groupe auquel les auteurs du crime considèrent appartenir et qui présente selon eux des caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses propres, l'ensemble des individus ainsi rejetés constituant, par exclusion, un groupe distinct. La Chambre rejoint ici l'opinion déjà exprimée par la Commission d'Experts et estime qu'il est conforme à l'objet et au but de la Convention de considérer que ses dispositions protègent aussi les groupes définis par exclusion, si c'est ainsi qu'ils sont stigmatisés par les auteurs de l'acte." [Notas omitidas]; en el mismo sentido Le Procureur c. Radislav Kristic, Affaire n° IT-98-33-T, TPIY, Chambre de Première Instance I, Jugement, 2 août 2001, párr. 557. Con el concepto de la Convención sobre el Genocidio en la mano, en Camboya no hubo un genocidio, por no tratarse de la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como puso de relieve en su momento el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, M. B. Whitaker, en su Estudio sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio, de 2 de julio de 1985; ONU, ECOSOC, Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6. Parecen compartir este criterio subjetivo de Claire THAN, y Edwin SHORTS, *International Criminal Law and Human Rights*, op. cit. pp. 67-71. En contra, de nuevo, William A. SCHABAS, *Genocide in International Law – The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press, 2000. op. cit., pp. 119-120.

³⁵² "La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque." En el mismo sentido se expresa el dictamen "Contra la Impunidad", presentado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas el 7 de octubre de 1998, y elaborado por los profesores García Arán, Mercedes; Hormazábal, Hernán; Ferré Olivé, Juan Carlos; Serrano Piedecasas, José Ramón; López Garrido, Diego; pp. 33-37. En contra, Javier A. GONZÁLEZ VEGA, *La Audiencia Nacional contra la impunidad: los "desaparecidos" españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos*, op. cit. pp. 287-288; Jaume FERRER LLORET, *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España*, pp. 124-125.

³⁵³ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2007 en el caso Scilingo, rechazaría esta interpretación; Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007, FJ11.

³⁵⁴ En relación con el caso chileno: "El citado Decreto-Ley de Autoamnistía, aparte de ser contrario al *ius cogens* internacional, no es equiparable a la figura del indulto prevista en el derecho español, sino que constituye una 'norma despenalizadora por razones de conveniencia política'".

³⁵⁵ Sobre el caso Pinochet, en España, véanse: Antonio REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites a la impunidad*, op. cit. Carlos CASTRESANA FERNÁNDEZ, "Pinochet: balance provisional", *Jueces...*, núm. 37, marzo 2000, pp. 6-13; Mercedes GARCÍA ARÁN y Diego LÓPEZ GARRIDO, (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; María del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, y Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ, "In Re Pinochet", *AJIL*, vol. 93, núm. 3, julio 1999, pp. 690-696; Antoni PIGRAU SOLÉ, "El proceso a Pinochet en España", *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 6, 2000, pp. 775-807.

de responsabilidad penal. En cuanto a la condición de senador, el derecho español reconoce una inmunidad personal a los senadores españoles, que no se aplica a los extranjeros, sin olvidar que el concepto de senador vitalicio no es compatible con la legislación española. En cambio, la inmunidad de los jefes de Estado en activo fue admitida por distintas decisiones de los jueces instructores y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en los casos Fidel Castro, Teodoro Obiang Nguema, Hassan II, o Alan García Pérez y Alberto Fujimori, sin excepciones. En esa fase y esa posición no ha sido modificada posteriormente.

En una segunda etapa se produce una clara restricción del alcance del artículo 23.4 según las interpretaciones de distintos actores.

El primero de ellos ha sido la Fiscalía de la Audiencia Nacional. Tras unas primeras posiciones dubitativas o incluso favorables a los procedimientos abiertos, la Fiscalía general del Estado y la Fiscalía de la Audiencia Nacional se opusieron a la jurisdicción de los tribunales españoles en todos los casos mencionados, desde diciembre de 1997 hasta 2004,³⁵⁶ momento en que el cambio de Gobierno ocasionado por las elecciones supuso el nombramiento de un nuevo fiscal general.³⁵⁷

El segundo actor ha sido la Sala Penal de la Audiencia Nacional, en especial en su decisión de 13 de diciembre de 2000 en el asunto de Guatemala.³⁵⁸ De la misma pueden destacarse los siguientes aspectos:

- La jurisdicción universal se rige por el principio de subsidiariedad, que implica la prioridad de tribunal del territorio donde se cometieron los hechos.³⁵⁹ Este es un concepto que en sí mismo no ha sido discutido con posterioridad, pero sí el significado que le atribuye la Sala, que se apartó de su propia doctrina anterior, ya que mientras en las decisiones sobre Chile y Argentina de noviembre de 1998 había hecho referencia a la necesidad de que los mismos hechos estuviesen siendo enjuiciados, en el caso de Guatemala se conforma con constatar que no hay nada en la legislación de Guatemala que impida a sus

³⁵⁶ En marzo de 1996, las elecciones habían originado un cambio de Gobierno en España, al que siguió el nombramiento de un nuevo fiscal general del Estado, D. Jesús Cardenal. Las líneas maestras de la nueva posición de la Fiscalía fueron expuestas por el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, D. Eduardo Fungairiño, en una entrevista publicada por el diario *El Mercurio* de Santiago de Chile, el 22 de octubre de 1997. Sobre las mismas, véase Carlos CASTRESANA FERNÁNDEZ, "Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar", *Jueces...*, núm. 31, marzo 1998, pp. 3-10.

³⁵⁷ Tras las elecciones generales del 14 de marzo de 2004 que llevaron al Partido Socialista Obrero Español al Gobierno fue nombrado como nuevo fiscal general del Estado el, hasta entonces, magistrado del Tribunal Supremo Cándido Conde-Pumpido Tourón, que formaba parte de la minoría en la sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala. Ello repercutió en un cambio de orientación de la Fiscalía que dejó de oponerse al ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles en los casos suscitados hasta entonces; no así en algunos de los casos posteriores.

³⁵⁸ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno. Rollo Apelación núm. 115/2000. Causa: Diligencias previas 331/99. Juzgado Central núm. 1. Auto de 13 de diciembre de 2000. Sobre la misma, véase Antoni PIGRAU SOLÉ, "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional", en *Soberanía del Estado y derecho Internacional, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Univ. Córdoba – Univ. Sevilla – Univ. Málaga, Sevilla, 2005, Vol II. pp. 1059-1083.

³⁵⁹ Véase al respecto el comentario de M. COTTIER, 3 *YIHL* (2000), pp. 587-594.

tribunales conocer del asunto, por lo que no procede ejercer acción ante los tribunales españoles.³⁶⁰ Aunque lo cierto es que ningún procedimiento penal se había puesto en marcha todavía en Guatemala, en relación con los hechos denunciados.

El tercer actor ha sido el Tribunal Supremo, especialmente en su sentencia de 25 de febrero de 2003, en el mismo caso de Guatemala.³⁶¹ Los puntos clave de la decisión fueron los siguientes:

- El ejercicio de la jurisdicción universal está limitado por normas consuetudinarias del derecho internacional, que exigen un vínculo entre el interés nacional de España y el caso concreto para justificar la acción, de acuerdo con un criterio de racionalidad y el respeto del principio de no intervención.³⁶²
- Este vínculo puede ser la nacionalidad de la víctima o el hecho de que el acusado se encuentre en territorio español. Y debe apreciarse para cada delito en concreto y no en relación con el caso en general.
- En consecuencia, los tribunales españoles solo pueden ocuparse del ataque a la Embajada española en Guatemala, el 30 de enero de 1980, y de los casos de tortura en que se hayan producido víctimas españolas.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003, en el caso de Perú, tiene una aplicación más matizada, en la línea de la posición de la minoría en el asunto anterior, de lo que se propone como un principio de necesidad de intervención

³⁶⁰ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Pleno. Rollo Apelación núm. 115/2000. Causa: Diligencias previas 331/99. Juzgado Central núm. 1. Auto de 13 de diciembre de 2000, FJ5. De acuerdo con Alicia Gil: "Esta interpretación carecía de base legal y, en mi opinión, responde únicamente al deseo de frenar una avalancha de querrelas ante nuestra Audiencia Nacional"; Alicia GIL GIL, España, *op. cit.* p. 359. La esperanzadora valoración de la realidad guatemalteca que trasluce la decisión choca con otros datos como, por ejemplo, el hecho de que uno de los imputados era en ese momento nada menos que presidente del Parlamento guatemalteco; en este sentido, Esperanza ORIHUELA CALATAYUD, *Justicia universal y derechos humanos*, *op. cit.* pp. 148-149. A favor del criterio de la Sala se muestra María Dolores BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, *op. cit.* pp. 375-378.

³⁶¹ Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE, núm. 258, Suplemento. 28 de octubre de 2005. Sobre la misma: Hervé ASCENSIÓ, "Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals", JICJ, 1 (2003), pp. 690-702; Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction*, SYIL, vol. VIII, 2001-2002, pp. 25-38; Antoni PIGRAU SOLÉ, "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional", *op. cit.* Juan SANTOS VARA, "La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala", REEI, núm. 11, 2006.

³⁶² "...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 [...] una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención"; FJ10. No obstante la argumentación del Tribunal Supremo se aproxima a lo que Anne-Marie Slaughter ha denominado *universal jurisdiction plus*, refiriéndose a una cierta tendencia de los jueces a buscar algún apoyo adicional al de la jurisdicción universal: "The plus provided by some element of one of the more traditional bases of jurisdiction". Anne-Marie SLAUGHTER, *Defining the Limits: Universal Jurisdiction and National Courts*, *op. cit.*, p. 170.

judicial, necesidad que no se manifestaría si se produjera una persecución efectiva en el país donde tuvieron lugar los hechos.³⁶³

La tercera etapa, de regreso a la concepción abierta de la jurisdicción universal en España, viene marcada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, de nuevo en el caso de Guatemala.³⁶⁴ Los puntos fundamentales son los siguientes:

- Estamos ante casos en que el principio es la concurrencia de jurisdicciones, más que el de subsidiariedad.
- El artículo 23.4 de la LOPJ tiene como única restricción el respeto al principio de *non bis in idem*.³⁶⁵
- No es necesario demostrar que no es posible juzgar el caso en el país donde se cometieron los crímenes. Basta con probar la inactividad de la jurisdicción.³⁶⁶
- No es necesaria una autorización expresa de un tratado internacional para el ejercicio de la jurisdicción universal en relación con un delito concreto.
- No hay normas generales de derecho internacional que exijan un vínculo para el ejercicio de la jurisdicción universal. Por el contrario, la esencia de la jurisdicción universal estriba en que no es necesario tal vínculo entre el Estado y el caso. Ni el de la presencia del acusado en el territorio,³⁶⁷ ni el de la nacionalidad de las víctimas.

³⁶³ Tribunal Supremo. Sala Segunda. Sentencia núm. 712/2003. Recurso de Casación núm. 633/2002. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Fallo: 20 de mayo de 2003.

³⁶⁴ Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados). BOE, núm. 258, Suplemento. 28 de octubre de 2005. Sobre la misma: Antoni PIGRAU SOLÉ, "A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional", REDI, vol. LVII (2005), núm. 2, pp. 893-910; Juan SANTOS VARA, *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, *op. cit.* Hervé ASCENSIÓ, *The Spanish Constitutional Tribunal's Decision in Guatemalan Generals Unconditional Universality is Back*, JICJ, 4 (2006), pp. 586-594; Naomi ROTH-ARRIAZA, Guatemala Genocide Case. Judgment No. STC 237/2005, AJIL, vol. 100 (2006), pp. 207-213. En un sentido distinto: Romualdo BERMEJO GARCÍA, y Carlos RUIZ MIGUEL, *Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público: Una Sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable* (nota a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional), REDI, vol. LVII (2005), núm. 2, págs. 911-924.

³⁶⁵ "...es obligado concluir que la LOPJ 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"; FJ3.

³⁶⁶ Concluye, en este punto, el TC que: "De una parte, y tal como denuncia el fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio* diabólica. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el artículo 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio."

³⁶⁷ En este sentido, Antonio REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, *op. cit.* pp. 56-57; Esperanza ORIHUELA CALATAYUD, *Justicia universal y derechos humanos*, *op. cit.* p. 138.

- La persecución de estos crímenes es un interés compartido por todos los Estados, por lo que no es necesario buscar otros intereses específicos de cada Estado.
- Las decisiones de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se anulan porque son incompatibles con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en la Constitución española y, en consecuencia, la Audiencia Nacional tiene el deber de afirmar su jurisdicción para conocer del caso de Guatemala.

Esta decisión tuvo como consecuencia desbloquear todos aquellos procedimientos que habían sido inadmitidos como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003.

En el ámbito del poder ejecutivo, tal vez la decisión más significativa en este terreno ha sido la negativa del Gobierno a tramitar las solicitudes de extradición de cuarenta persona imputadas en el caso de Argentina, emitidas por el juez Garzón en agosto de 2003. En una decisión sin precedentes, el Consejo de Ministros del Gobierno de España decidió, el 29 de agosto de 2003, no continuar el procedimiento de extradición.³⁶⁸ Esta decisión fue objeto de dos recursos contencioso-administrativos que fueron resueltos el 31 de mayo de 2005, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.³⁶⁹ La sentencia declara el recurso admisible. El Tribunal entiende que, en relación con el procedimiento de extradición activa, quien tiene la facultad exclusiva de decidir la petición de extradición es el juez:

“A juicio de la Sala la decisión de solicitar la extradición corresponde de modo exclusivo y excluyente al Tribunal que conoce de la causa, términos en los que se expresa el artículo 828 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras que la función de los órganos de la Administración del Estado no va más allá de trasladar a los órganos de la Administración del Estado requerido esa decisión judicial para que aquellos adopten la resolución que a ellos compete.”

En opinión del Tribunal la decisión adoptada es contraria asimismo al vigente Acuerdo Bilateral de Extradición entre España y Argentina. El Tribunal decidió, en consecuencia, estimar los recursos y anular el acuerdo recurrido.³⁷⁰

³⁶⁸ La decisión del Gobierno español dio lugar también a una respuesta política contundente por parte de todos los grupos políticos con representación en el Parlamento español excepto el del Partido Popular, los cuales hicieron pública una Declaración conjunta el 11 de diciembre de 2003, por la que manifiestan su apoyo a las actuaciones judiciales desarrolladas en la Audiencia Nacional.

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta. Recurso Ordinario núm. 241/2003. 31 de mayo de 2005.

³⁷⁰ Casi dos años más tarde, en su reunión de 9 de febrero de 2007, el Consejo de Ministros de España acordó solicitar a Argentina la extradición de las cuarenta personas procesadas en España por delitos de genocidio, terrorismo y torturas. En el acuerdo se especifica que “ha sido adoptado en cumplimiento de la sentencia de 31 de mayo de 2005 dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que anulaba la decisión del anterior Gobierno de 29 de agosto de 2003, de no dar curso a las solicitudes de extradición tramitadas por la Audiencia Nacional”.

En el plano legislativo hay que mencionar, en primer lugar, la Ley Orgánica de Cooperación con la CPI (LOCCPI) de 10 de diciembre de 2003, adoptada durante el Gobierno del Partido Popular, presidido por José María Aznar. Una propuesta restrictiva con la que el Tribunal Supremo español, en el caso de Guatemala, reflejó una clara sintonía.³⁷¹

La LOCCPI tiene como objeto la regulación de los ámbitos en los que es necesaria una adaptación legislativa material o institucional para articular la cooperación entre la jurisdicción española y la CPI, pero también, de manera innecesaria y poco coherente con el citado objeto, entra a regular la jurisdicción de los tribunales españoles en su artículo 7, apartados 2 y 3,³⁷² con objeto de reducir su ámbito de competencia en beneficio de la CPI.

En la versión del proyecto de ley, el artículo 7 solamente tenía dos párrafos y el texto del párrafo 2 era el siguiente:

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. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.³⁷³

Como es evidente, más que resolver eventuales conflictos de jurisdicción, esta propuesta de disposición parece tratar de evitarlos. España explicita la primacía con arreglo a los principios de territorialidad y personalidad activa, de la que ya disponía en virtud del juego del artículo 23, apartados 1 y 2, de la LOPJ y la complementariedad de la CPI. Y, en aquellos otros casos en que podía acompañar la labor de la CPI, se inhibe y cede la competencia a esta.

Dado el carácter orgánico de esta disposición, como pone de relieve el informe del Consejo General del Poder Judicial, “este precepto matiza el principio de persecución universal y la competencia en materia penal de los tribunales españoles que de modo general se contiene en el artículo 23 de la LOPJ, suponiendo una restricción a la extraterritorialidad de la ley penal española”, para evitar que conduzca, según dicho organismo, a “una exagerada ampliación de la jurisdicción de los tribunales españoles”.³⁷⁴

³⁷¹ Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction*, op. cit. p. 31.

³⁷² Que tiene carácter orgánico, en virtud de la Disposición Final Primera de la LOCCPI; BOE núm. 296, 11.12.2003.

³⁷³ BOCG, VII legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 13 de junio de 2003, núm. 156-1, núm. 121/000156 Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

³⁷⁴ Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto de Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional*, 15 enero 2003, pp. 15-16. El informe, que se refiere al anteproyecto de Ley, incluye afirmaciones que parecen poner de relieve una alarmante ignorancia del significado del concepto de complementa

La combinación de la restricción de la acción de los tribunales españoles sobre la base de una especie de presunción de preferencia de la Corte salvo en los casos en que el delito sea cometido en territorio español o cometido por españoles,³⁷⁵ con las limitaciones y condiciones que el Estatuto de Roma impone a la CPI, supone el mantenimiento de un enorme espacio de impunidad, que sería difícilmente reducible si todos los Estados adoptaran la misma posición legislativa.³⁷⁶

Las disposiciones de este artículo 7 fueron objeto de numerosas enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios durante el proceso de aprobación de la LOCCPI. La mayor parte de ellas coincidían en estimar que la restricción del principio de justicia universal del artículo 23.4 de la LOPJ era contradictoria con los principios y fines que fundamentan la CPI.³⁷⁷ Finalmente, el Partido Popular aceptó, durante el debate en Comisión,³⁷⁸ introducir ciertas modificaciones en el texto final del artículo 7, que incorpora

riedad y de los límites de la jurisdicción de la CPI, como la de que el principio de justicia universal no puede invocarse “para el caso de que esté establecido un Tribunal Penal Internacional, al que habrán de cooperar los correspondientes Estados de la Comunidad Internacional”.

³⁷⁵ Algún punto de conexión es defendido, en el marco de la complementariedad con la CPI, por Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, *op. cit.* en p. 394.

³⁷⁶ Por citar las limitaciones más relevantes, el Estatuto obliga –parece que es necesario recordarlo– solamente a los Estados Parte (entre los que no están por ejemplo Estados Unidos, Rusia y China) y solamente lo hace en relación con crímenes cometidos después del 1 de julio de 2002; y exige condiciones adicionales para la competencia de la Corte, entre ellas la valoración de la suficiente gravedad de los hechos. La Fiscalía investiga situaciones más que casos concretos y se admite la posibilidad de suspensión de los procedimientos por parte del Consejo de Seguridad. Véanse las consideraciones en el mismo sentido de Héctor Olásolo, Spain, in Claus KRESS, (et al.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. II, Fagnano Alto (AQ), Il Sirente, 2005, en pp. 352-354; y España, in Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO, y Gisela ELSNER, (ed.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, *op. cit.* pp. 318-323. En el mismo sentido, los trabajos de Jorge PUEYO LOSA, “Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal...”, *op. cit.* y “Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra, responsabilidad internacional del individuo, tribunales internos y Corte Penal Internacional”, in Jorge PUEYO LOSA, y Julio JORGE URBINA, (coord.), *El Derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela, Cruz Roja Española-Tórculo Ediciones, 2002, 89, en pp. 172-175.

³⁷⁷ La enmienda número 1 a la totalidad, presentada por la diputada de Eusko Alkartasuna y miembro del Grupo Mixto, Begoña Lasagabaster, tenía como párrafo inicial el siguiente: “El nacimiento de la Corte Penal Internacional produce el declive en España del principio de justicia universal, lo cual constituye una auténtica paradoja. Un hito en la protección de los derechos humanos, un inicio de construcción de un sistema de justicia penal universal, la relativización de la soberanía estatal del *ius puniendi* a favor de los intereses de la comunidad internacional y la protección de los derechos humanos de todas las personas, sobre todo ante su propio Estado, se convierte en el Estado español en una manera de cercenar el principio de justicia universal y en una politización de la Justicia penal mediante la introducción de criterios de oportunidad política, política de Estado, política exterior, interestatal.” En este punto la enmienda era coincidente con las enmiendas a la totalidad presentadas por el grupo parlamentario socialista, por el Bloque Nacionalista Galego, a través del Grupo Parlamentario Mixto, y por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y con distintas enmiendas al artículo 7 presentadas por la mayoría de las fuerzas políticas del arco parlamentario. Véase BOCG, VII legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de septiembre de 2003, núm. 156-8, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, 121/000156 Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional: Enmiendas núm. 11 del señor Aymerich Cano (GMixto); núm. 13 del señor Saura Laporta (GMix); núm. 16 de la señora Lasagabaster Olazábal (GMixto); núm. 31 del GP Federal de Izquierda Unida; núm. 56 del GP Socialista; núm. 72 del GP Catalán-CiU; núm. 17 de la señora Lasagabaster Olazábal (GMixto); núm. 32 del GP Federal de Izquierda Unida; núm. 57 del GP Socialista; núm. 73 del GP Catalán-CiU, y núm. 7 del GP Vasco (EAJ-PNV).

³⁷⁸ Véase la enmienda núm. 49 del GP Popular, *ibid.*

una redacción algo distinta del párrafo 2 y añade un tercer párrafo, que se recupera del anteproyecto pero que había desaparecido del proyecto de ley, y que suaviza considerablemente el impacto negativo del párrafo segundo. El texto final³⁷⁹ es el siguiente:

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.”

Estas disposiciones operan una inversión de la relación de complementariedad de la jurisdicción española con la de la CPI para ciertas categorías de crímenes.³⁸⁰ Siempre, en todo caso, que se trate de crímenes cometidos a partir del 1 de julio de 2002. Pero si tras llevar el asunto ante la Fiscalía de la Corte, se produce alguno de los supuestos del párrafo 3 del artículo 7, los tribunales españoles podrán recuperar su competencia sobre tales hechos. No obstante, la modificación del segundo párrafo puede permitir, en su caso, una detención provisional y evitar la huida del presunto autor del crimen, a la espera de la decisión de la CPI.³⁸¹

³⁷⁹ El Pleno del Congreso rechazó todas las enmiendas presentadas, incluidas las que proponían mantener la competencia de los tribunales españoles cuando hubiera víctimas de nacionalidad española, y aprobó sin modificaciones con respecto al dictamen de la Comisión el Proyecto de Ley, en su sesión del día 2 de octubre de 2003. Cortes Generales; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; Pleno y Diputación Permanente; año 2003; VII legislatura, núm. 284; Sesión plenaria núm. 271 celebrada el jueves, 2 de octubre de 2003. El texto tampoco fue modificado en el Senado, donde se aprobó en Comisión el 12 de noviembre y en el pleno el 28 de noviembre de 2003. Sobre el texto final, véase Alicia GIL GIL, *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Granada, Comares, 2006, en pp. 60-61.

³⁸⁰ Los cometidos por los nacionales de un Estado Parte en el Estatuto de Roma distinto de España, en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto distinto de España; los cometidos por los nacionales de un Estado Parte en el Estatuto de Roma distinto de España, en el territorio de un Estado no Parte en el Estatuto; y los cometidos por los nacionales de un Estado no Parte en el Estatuto de Roma, en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto distinto de España.

³⁸¹ Una valoración más positiva de esta Ley puede verse en Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE, “Criterios de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal”, 14 REEI (2007), pp. 13-16.

En todo caso, la obligación *aut dedere aut judicare* que España ha asumido, por lo menos, para determinados delitos por vía convencional, como sería el caso de los crímenes de guerra, la tortura o la desaparición forzada, impediría la mera inhibición de los tribunales españoles en el caso de que el presunto autor del delito se encuentre en España.³⁸²

El último episodio de este proceso de restricción progresiva de la jurisdicción universal en España ha sido espolado por las protestas de los distintos Estados (y especialmente Israel, China y Estados Unidos, que no son parte del Estatuto de la CPI) que se han visto afectados por la apertura de nuevos casos en la Audiencia Nacional.³⁸³ Fruto de un acuerdo político entre el partido del Gobierno y el principal partido de la oposición, con el apoyo de otros grupos parlamentarios, se ha construido poco antes del verano de 2009 una enmienda al artículo 23.4 de la LOPJ, que se ha introducido, eludiendo por cierto el debate que el tema merecía, como una discreta disposición complementaria en un proyecto de ley que nada tiene que ver con la jurisdicción universal; el de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial.³⁸⁴

En virtud del artículo 1 de este proyecto de ley, los apartados 4 y 5 del artículo 23 quedaban modificados y redactados de la forma siguiente:

“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, lesa humanidad y crímenes de guerra.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- 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, deba ser perseguido en España.

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.”

El texto del proyecto de ley fue aprobado el 25 de junio³⁸⁵ por el Congreso de los Diputados y fue asimismo aprobado por el Senado el 7 de octubre de 2009,³⁸⁶ con leves modificaciones: se ha suprimido la mención a los crímenes de guerra en el apartado a que ahora queda como “a) Genocidio y lesa humanidad” y se modifica el apartado h, cuyo texto final es: “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.”. El texto fue aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados el 15 de octubre de 2009.³⁸⁷

El alcance de esta reforma no es menor. En lo que aquí interesa, es justo empezar por mencionar su aspecto positivo. Consiste en la introducción expresa en el ámbito de la jurisdicción universal, de los crímenes de lesa humanidad. Aunque, como sucede con los crímenes de guerra, ya se consideraban incluidas en la jurisdicción universal: en el caso de los crímenes de guerra, por la propia ley, en virtud del último inciso del artículo 23.4; y en el caso de los crímenes de lesa humanidad por las interpretaciones de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el caso Scilingo. Y al respecto hay que añadir que no habría estado de más la inclusión expresa en la lista de los delitos de tortura.

Entre los aspectos negativos de la reforma se pueden señalar los siguientes. En primer lugar, si no existen víctimas de nacionalidad española ni se constatan vínculos de conexión relevantes con España, se impide pedir la extradición con base en la jurisdicción universal, incluso en casos en que pueda haber acuerdos de extradición o acuerdos europeos de

³⁸² En este sentido la redacción de la ley es dudosamente compatible con esta obligación internacional; en este sentido Carmen QUESADA ALCALÁ, *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, op. cit. en pp. 392-395

³⁸³ Véase Mugambi JOUET, *Spain's Expanded Universal Jurisdiction To Prosecute Human Rights Abuses in Latin America, China and Beyond*, 35 Ga. J. Int'l & Comp. L. 2007, pp. 522-536.

³⁸⁴ Por razones que cabría calificar de estéticas, durante su tramitación en el Congreso de los Diputados se decidió separar esta y otras disposiciones, formalmente, con el título de *Ley Orgánica 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*; un título menos engañoso sobre su contenido, aunque no menos opaco.

³⁸⁵ Una fecha calificada como “día de luto para la justicia internacional” por las principales organizaciones de defensa de los derechos humanos. Sobre las amplias reacciones críticas que ha suscitado entre juristas, incluidos algunos de los jueces instructores de la Audiencia Nacional, y organizaciones de defensa de los derechos humanos de todo el mundo, véase la página de la Asociación Pro Derechos Humanos de España: www.apdhe.org.

³⁸⁶ BOCG. Senado. IX Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 15 de octubre de 2009. núm. 18 (e) (Cong. Diputados, Serie A, núm. 28. núm. exp. 121/000028).

³⁸⁷ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2009 IX Legislatura núm. 113. Sesión plenaria núm. 105 celebrada el jueves 15 de octubre de 2009; BOCG, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 28 de octubre de 2009. Núm. 28-5.

entrega simplificada.³⁸⁸ En segundo lugar, se mezcla la jurisdicción universal con la personalidad pasiva, ausente hasta ahora de nuestro derecho. Se introduce así de manera precipitada (e innecesaria con la redacción hasta ahora vigente), limitada solamente para los delitos del 23.4 y subordinada a que no se abra un procedimiento posteriormente en otro Estado competente o en un tribunal internacional. En tercer lugar, se mezcla conceptualmente con la protección de intereses del Estado, ya ubicada en el artículo 23.3. En cuarto lugar, se renuncia a la jurisdicción en beneficio de cualquier otro “país competente” (¿incluida la competencia en virtud de la jurisdicción universal?) que abra un procedimiento –aunque debe suponer “una investigación y una persecución efectiva”– aunque el iniciado en España sea anterior y pueda estar muy avanzado. En quinto lugar, se opera de nuevo una renuncia a defender la competencia española ante los tribunales internacionales, lo que, al menos en el caso de la CPI, supone de nuevo la inversión de la complementariedad de la jurisdicción de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales.

Además, el primer requisito alternativo de que “sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España”³⁸⁹ puede entrar en contradicción con ciertas obligaciones internacionales como las relativas a las obligaciones de perseguir las infracciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, en función de la interpretación que se dé a la frase “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España”.

Y especialmente es discutible el segundo requisito acumulativo, en lo que se refiere a los crímenes que aquí interesan. El comportamiento pasivo que se infiere de la exigencia “en todo caso”, para actuar, de la constatación de 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” es muy dudosamente compatible con la obligación de juzgar o extraditar incluida en distintos textos convencionales suscritos por España, relativos a crímenes de guerra, tortura o desaparición forzada. De nuevo la frase “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España” podría salvar la cuestión.

³⁸⁸ Al respecto véase la enmienda núm. 13, propuesta por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) BOCG. Senado. IX Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 22 de septiembre de 2009. núm. 18 (c) (Cong. Diputados, Serie A, núm. 28. Núm. exp. 121/000028). Proyecto de Ley 621/000018 Orgánica 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. Enmiendas.

³⁸⁹ Estas restricciones se aplicarían, por cierto, a todos los delitos del artículo 23.4, lo que puede suponer limitaciones, por ejemplo, en determinados supuestos de persecución del tráfico ilícito de estupefacientes. Además, la nueva versión del artículo 23.4 suprime la jurisdicción universal para los delitos de falsificación de moneda.

Y, en lo que se refiere a la obligación de decretar el sobreseimiento provisional del proceso penal ya iniciado en España, “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 un párrafo en el que no se mencionan las disposiciones de “los tratados y convenios internacionales suscritos por España”, hay que decir que o bien es de muy deficiente redacción, o es abiertamente incompatible con la obligación de juzgar o extraditar antes mencionada, en los supuestos en que el sospechoso se encuentre en España o bajo su jurisdicción.

Por otra parte, la no exigencia de la presencia del acusado en España en la redacción de la LOPJ, aún cuando no hubiera víctimas españolas, era un elemento que permitía a la justicia española activar solicitudes de cooperación penal internacional cuya virtualidad opera una presión mucho más acusada sobre los presuntos autores de crímenes internacionales, incrementando las posibilidades de evitar que los crímenes queden impunes o, cuando menos, restringiendo sus movimientos de manera mucho más significativa, mucho más teniendo en cuenta que en España no están permitidos los juicios *in absentia*.³⁹⁰ Esto es particularmente importante cuando se trata de casos ajenos a la competencia de la CPI por razones temporales o que impliquen a nacionales de Estados que no son parte del Estatuto de Roma de la CPI y, especialmente, si se trata de nacionales de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que tienen la capacidad, según el Estatuto, de bloquear cualquier propuesta hipotética de decisión de este de remitir el asunto a la Corte y de proponer al Consejo la suspensión de la actividad de la Corte si el asunto no es de su conveniencia.³⁹¹ En estos supuestos, la probabilidad de impunidad es tan elevada que es conveniente mantener abiertas al máximo las vías potenciales de la jurisdicción universal, siempre que existan indicios suficientes de dicha participación en los crímenes.

³⁹⁰ Como afirmó el TC, en su sentencia en el caso Guatemala; Sala Segunda. Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de Amparo 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003 (acumulados), FJ7:

“Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la Comunidad Internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime 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.”

³⁹¹ Al respecto no está de más recordar las consideraciones del Tribunal Constitucional en su decisión en relación con el caso del grupo Falun Gong: “Las alegaciones realizadas se referían, en primer término, a la imposibilidad de aplicar el principio de jurisdicción territorial en China, no solo por falta de independencia de los órganos jurisdiccionales chinos, sino por la implicación directa de las más altas instancias del Gobierno chino en la comisión de los delitos denunciados de genocidio y torturas, convirtiéndose en numerosas ocasiones los órganos administrativos y judiciales en centros de detención arbitraria, sin ningún tipo de garantía judicial. Asimismo se aducía que no estaba tipificado en la legislación china el delito de genocidio, lo que supone una clara vulneración de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948 (artículo 5). Se alegaba también la imposibilidad de que esos delitos fuesen conocidos y enjuiciados por la Corte Penal Internacional, ya que China no ha ratificado el Estatuto de Roma, por lo que no reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional, y es además miembro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por lo que dispone de derecho de veto de cualquier resolución que pudiera dictarse para su remisión al fiscal de la Corte Penal Internacional. Por

¿Qué decir de la exigencia de un vínculo de conexión con España? Se puede recordar lo dicho por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre Guatemala (FJ9):

“...con su inclusión el núm. 4 del artículo 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado, la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados [...], cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.”

Lamentablemente el proyecto de ley pone en evidencia que, en el fondo, para la mayoría de los diputados, tal vez condicionados por una mentalidad cerradamente estatocéntrica, ni a España ni a sus representados no le interesan los casos de violaciones de derechos humanos cometidas por extranjeros que no visiten España, contra otros extranjeros. Por eso es fundamental insistir, desde posiciones centradas en los seres humanos (que, tal vez, a la luz de la mayoritaria decisión del Congreso, acabarán pareciendo extravagantes), en que la impunidad del genocidio, de los crímenes de guerra o de los crímenes contra la humanidad resulta intolerable siempre y en todos los casos, aunque se produzcan en otro lugar y no haya víctimas ni autores del propio país, y que ninguna vía de persecución sobra, en un contexto internacional con tan enormes espacios de impunidad y donde la norma imperante en estos casos es la de mirar hacia otro lugar.³⁹²

las expresadas circunstancias se planteaba la querrela con base en el principio de jurisdicción universal como única salida y vía procesal que tienen las víctimas y los familiares de éstas para evitar la impunidad de los delitos denunciados.” Por ello, el Tribunal considera necesario referirse a este punto como “elemento singular en este caso respecto del resuelto por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, la aplicación de cuya doctrina al caso actual constituye el núcleo esencial del recurso”. Y entiende que: “...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 artículo 23.4 LOPJ en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, que es precisamente la cuestión decidida en nuestra STC 237/2005.” Tribunal Constitucional. Sala Segunda. STC 227/2007, de 22 de octubre de 2007. Recurso de Amparo núm. 3382-2005; FJ5

³⁹² En este sentido: “...la jurisdicción universal no constituye una mera extensión de la competencia que se otorga al poder judicial con carácter general para tutelar ciudadanos de nacionalidad española o intereses propios de nuestro país. El carácter internacional de los intereses protegidos, sumado a esa función de cierre para evitar que se produzcan ámbitos de impunidad no deseados, proporciona al principio de justicia universal una especial fuente de legitimación y reconocimiento interestatal.” (notas omitidas). Joan BAUCCELLS LLADÓS, y Esther HAVA GARCÍA, *Posibilidades y límites del principio de justicia universal: el caso de Acteal*, RDPC, núm. 19, 2007, p. 120.

Aunque la reforma no cierra completamente las puertas a la jurisdicción universal, algunas causas abiertas y construidas tras grandes esfuerzos y no menos riesgos por jueces, abogados y víctimas, quedarán selladas en el momento en que se apruebe definitivamente la Ley. Es el caso, por ejemplo, de todos los procedimientos abiertos en relación con China, a no ser que las pasadas visitas de algunos de los acusados a nuestro país se consideren un vínculo suficiente, o del procedimiento relativo a los ataques de Israel contra Gaza de diciembre de 2008 y enero de 2009. Solamente la presencia futura de los sospechosos en nuestro país podría avalar la apertura de nuevos procedimientos en supuestos como estos.

En otros casos, la existencia de víctimas españolas o los vínculos históricos de conexión con España parecen avalar la continuidad de los mismos, aunque tal vez con alcances más reducidos. Es el caso de los procedimientos abiertos en relación con Chile, Argentina, Guatemala, Ruanda, El Salvador, el Sahara Occidental, los vuelos de la CIA o los campos de concentración nazis.

En definitiva, con esta Ley España habrá conseguido ampliar un poco los espacios de impunidad y facilitar la libertad de movimiento de los presuntos criminales, aunque también, desde luego, dar satisfacción a los países que los protegen y evitarse más de una situación incómoda con sus representantes. Justo lo contrario de lo que España decía pretender al ratificar el Estatuto de la CPI.

La experiencia de los casos de Chile y Argentina ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción universal, lejos de ser inútil o incluso perjudicial para las dinámicas de justicia en los países afectados, ha tenido un efecto positivo como elemento catalizador o, por lo menos, coadyuvante en los procesos de cambios en dichos países, aparte del efecto inmediato de la apertura de una investigación con el consiguiente acopio de pruebas que, en su caso, pueden ser transferidas, como así ha sido, con posterioridad a la jurisdicción de los países más directamente interesados.

En definitiva, es posible afirmar que la práctica española –la política y la judicial– de los últimos años en relación con la jurisdicción universal en la represión de los más graves crímenes internacionales, se caracteriza por la ausencia de coherencia y la presencia de una excesiva confusión. Pero, desde luego, esta no es una particularidad de los tribunales españoles. En todo caso, y hasta 2009, el derecho español ha ofrecido a las víctimas de los más graves crímenes internacionales una vía de acceso a la justicia que no encontraban en otro lugar. Esa vía se ha reducido, convirtiéndose, en virtud de la LOCCPI, en subsidiaria en algunos de los casos en que habría concurrencia de jurisdicción con la CPI y se ha cerrado para otros supuestos en el momento en que se ha aprobado la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ.

B5. LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES (1996-2009): ELEMENTOS ESENCIALES

Con independencia del proceso de restricción de la jurisdicción universal antes detallado, las numerosas decisiones dictadas por los distintos órganos judiciales implicados en los casos que se acaban de mencionar entre 1996 y 2009 han dejado numerosos aspectos dignos de mención, aunque en estas páginas solamente se hará referencia a los que tienen un impacto directo sobre el alcance y las condiciones de ejercicio de la jurisdicción universal en España. Del conjunto de casos y decisiones estudiados es posible definir, aun con toda la prudencia necesaria, un cierto estado de cosas con respecto al alcance de la jurisdicción universal en España en cuanto a la persecución de los crímenes internacionales más graves, vigente a mediados de 2009.

a) Parece admitido mayoritariamente por nuestros tribunales el criterio de que la naturaleza de las normas que determinan el alcance de la jurisdicción española, como el artículo 23.4 de la LOPJ, es de carácter procesal y que, por tanto, puede ser aplicada de manera retroactiva a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1985.³⁹³

b) Menos claro resulta el tema de la prescripción de los delitos estudiados. Aunque España no es parte ni en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la AGNU el 26 de noviembre de 1968, ni en la Convención Europea del 25 de enero de 1974 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad, es posible defender la existencia de una norma consuetudinaria internacional –ya cristalizada o en proceso de formación– con posterioridad a esas fechas y que se manifiesta de manera clara en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI de 1998 respecto de los crímenes del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, así como en la correspondiente legislación de los Estados Parte.³⁹⁴ No obstante, hasta la reforma del Código Penal de

³⁹³ “La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”; Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 84/98. Sección Tercera. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 4 de Noviembre de 1998 (Argentina). Audiencia Nacional. Rollo de Apelación 173/98. Sección primera. Sumario 1/98. Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Auto Pleno de la Sala de lo Penal. 5 de noviembre de 1998 (Chile). Parece pues que el mismo criterio puede ser aplicable al artículo 7 de la LOCCPI, al que se ha hecho referencia. Y lo será igualmente el artículo 23.4 recientemente modificado, a pesar de las nuevas querellas introducidas en la Audiencia Nacional días antes de su entrada en vigor. En contra del mismo se ha manifestado Jaime FERRER LLORET, “El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España”, *op. cit.* pp. 118-119.

³⁹⁴ Ha defendido su existencia el juez de instrucción de la Audiencia Nacional, en relación con el procesamiento de Pinochet; Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 5, Procedimiento: Sumario 19/97; Auto de 18 de diciembre de 1998, FJ3.

2003, España solamente contemplaba como imprescriptible el genocidio, al que se han añadido los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. La cuestión que se puede plantear es si, entendiendo que no tipifica nuevos delitos concretos, puede aplicarse la norma de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra a hechos anteriores a 2003. En relación con los crímenes contra la humanidad, la tipificación de estos se produce en el mismo momento de su declaración de imprescriptibilidad, por lo que, en principio, el problema podría ser distinto. No obstante, de la lectura de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en el caso Scilingo, puede deducirse una respuesta afirmativa a este supuesto,³⁹⁵ lo que sería aplicable *a fortiori* a los crímenes de guerra.

Finalmente se constata que la reforma del Código Penal de 2003 no incluyó la tortura entre los delitos imprescriptibles.³⁹⁶ No obstante, la prescripción debería tener en cuenta la aplicación de la jurisprudencia del TEDH en relación con la tortura sufrida por los fami-

³⁹⁵ “Quinto. Las penas a imponer vienen fijadas en los artículos citados aplicables a los delitos estimados. La Sala ha optado, en aplicación del artículo 66 y concordante del CP, por la aplicación de las penas mínimas previstas en dicho artículo 607 bis del CP. Para ello ha tenido en cuenta, por una parte, el que sin estimar que haya existido verdadero arrepentimiento por parte del acusado, ha sido esencial su voluntaria presentación a las autoridades judiciales para llevar a cabo su enjuiciamiento. Por otro, el sistema de punición establecido en el propio precepto penal aplicado –artículo 607 bis– en cuanto lleva implícito una exacerbación cuantitativa de la pena sobre la establecida para los delitos subyacentes, que no resulta a nuestro juicio suficientemente justificada, al menos en todos los casos, y según el grado de proximidad o lejanía y nexos con los elementos organizadores del elemento contextual en que se realizan los hechos del autor del delito subyacente, por lo que requieren la correspondiente atemperación. *Estimamos que más que la exacerbación cuantitativa de la pena, lo que deben garantizar esta clase de delitos es su persecución eficaz, vb.: a través de la internacionalización de su persecución, imprescriptibilidad, etc.*”; Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción núm. 5. Sentencia núm. 16/2005. 10 de abril de 2005. FJ5 (cursivas añadidas); “9. De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, *lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo.* Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. *No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del juez para citar como imputado al recurrente.*” Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007, FJ6 (cursivas añadidas).

³⁹⁶ No obstante el siguiente fragmento parece indicar una predisposición favorable a considerar la tortura como imprescriptible: “Es el artículo 23.4 en sus apartados a, b y g, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el que confiere jurisdicción a los tribunales españoles para conocer los delitos de genocidio, terrorismo y torturas a que se refieren el presente procedimiento. No se trata de una actuación unilateral de la jurisdicción española por mor exclusivo de su ley interna, lo que aparecería como algo inadmisibles en el plano internacional, sino como consecuencia de así permitirlo los tratados internacionales existentes (Ej.: Convenio de prevención y sanción del delito de genocidio, Nueva York, 9.12.1948; Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10.12.1984) [...], pero lo que sí claramente hacen es la internacionalización de la persecución penal de esta clase de delitos con el fin de evitar su impunidad, lo que viene a permitir y a legitimar, por ejemplo, que la ley española se atribuya propia competencia (jurisdicción) *para la persecución penal de estos delitos de carácter imprescriptible* sin que ello perturbe el orden internacional y que, por el contrario, pueda actuar su jurisdicción como lo ha hecho en el presente caso con el beneplácito de la Comunidad Internacional.” Sala de lo Penal, Sección Tercera, Audiencia Nacional. Madrid. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Auto de 27 de junio de 2003, de conformidad con la conclusión del sumario y de apertura de juicio oral. FJ7

liares de las víctimas, en supuestos de desaparición forzada, en conexión con el carácter permanente de este delito.³⁹⁷

c) Los tribunales españoles no se han considerado vinculados por las leyes de amnistía emitidas en terceros países, que no son pertinentes a los efectos de considerar el principio *ne bis in idem*, como lo demuestran los procedimientos abiertos en relación con Chile y Argentina.

d) Los tribunales españoles reconocen de manera constante la inmunidad penal de los jefes de Estado en ejercicio. El último dato en este sentido es el no procesamiento del presidente de Ruanda, Paul Kagame.³⁹⁸ En cambio, no la reconocen para los ex jefes de Estado, como lo demuestra el caso Pinochet.

e) El genocidio es delito en España, por lo menos desde la Ley 44/1971, en que fue incorporado al Código Penal. A pesar de sus distintas redacciones, el principal problema que se suscita es el alcance que se da a la noción de grupo protegido. Ha habido dos interpretaciones principales. La primera, representada por los autos del juez de instrucción y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 1998 en los casos de Argentina y Chile, que defiende una interpretación abierta del concepto de grupo nacional, de forma que se acepte una construcción subjetiva de la coherencia del grupo, manteniendo la exigencia de la *mens rea*, del elemento de voluntad de destrucción, en este caso parcial, del grupo nacional. La segunda, reflejada en parte en la sentencia de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional y, especialmente, en la sentencia de 2007 de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, que interpreta estrictamente el concepto de grupo nacional

³⁹⁷ Expresada en el artículo 17.1 de la "Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", aprobada por la AGNU en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992: "Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecidos los hechos". En el mismo sentido, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, que España va a ratificar próximamente, en su artículo 8 dispone que: "[...] 1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito." Y en el artículo 24: "1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por 'víctima' la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada." El Consejo de Ministros, en su sesión de 12 de diciembre de 2008, aprobó la remisión a las Cortes Generales de esta Convención, para la tramitación de la preceptiva autorización parlamentaria previa a la ratificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.1.c de la Constitución Española de 1978. Véase BOCG, IX legislatura, Serie A: 2 de febrero de 2009, núm. 103. Al respecto, véanse los autos del juez Garzón en el asunto de los desaparecidos de la Guerra Civil Española: Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 005, Madrid. Diligencias previas, Proc. Abreviado 399 /2006 V, Auto de 16 de octubre de 2008: FJ10. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 005, Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53 /2008 E, Auto de 18 de noviembre de 2008: FJ6 y 13. Además, téngase en cuenta que el delito de desaparición forzada puede constituir una modalidad de crimen contra la humanidad.

³⁹⁸ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4, Sumario 3 / 2.008 – D; Auto de 6 de febrero de 2008. Sobre este caso, véase Jordi PALOU LOVERDOS, "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". REEI, número 13, 2007.

como grupo distinto al de los perpetradores del genocidio, más acorde con la interpretación internacionalmente predominante, apegada a la letra y a la voluntad de los redactores de la Convención sobre el Genocidio de 1948.³⁹⁹ Con estos límites, temporales y materiales, no se discute la jurisdicción española sobre delitos de genocidio cometidos fuera de España por extranjeros, prevista en el artículo 23.4 de la LOPJ. Así lo ha mantenido, por ejemplo, el juez de instrucción de la Audiencia Nacional en el caso de Guatemala, en relación con el pueblo maya.⁴⁰⁰

³⁹⁹ En el artículo 23.4, el genocidio aparece en función de estar tipificado en la ley española, cuya interpretación corresponde a los tribunales españoles, y no en el último inciso que remite a las obligaciones derivadas de un tratado internacional; véanse, en este sentido, las consideraciones de Valentine BUCK, en "Droit espagnol", en Antonio CASSESE, y Mireille DELMAS-MARTY, (dirs.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, pp. 146 y ss.; en el mismo sentido Manuel OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, *op. cit.* pp. 491 y ss.; en un sentido contrario, véase Anthony J. COLANGELO, "The Legal Limits of Universal Jurisdiction", 47 Va. J. Int'l L., vol. 47, 2006, pp. 180-182. Y no resulta evidente que esa interpretación hubiera supuesto una violación de alguna norma internacional en vigor. Porque el hecho realmente castigado sería equivalente a otras figuras que el derecho internacional reconoce como crímenes contra la humanidad; como apunta Antonio REMIRO BROTONS, "La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal", *op. cit.* p. 216. Y más teniendo en cuenta que Scilingo se encontraba en España y su presencia ante el Tribunal no ha requerido de cooperación internacional alguna. Y aún más, cuando en el país de origen la calificación de genocidio ya ha sido aceptada por los tribunales: "Entiendo que de todo lo señalado surge irrefutable que no estamos como se anticipara ante una mera sucesión de delitos sino ante algo significativamente mayor que corresponde denominar 'genocidio'. Pero cabe aclarar que ello no puede ni debe interpretarse como un menosprecio de las diferencias importantes entre lo sucedido en Argentina y los exterminios que tuvieron como víctimas (más de un millón) al pueblo armenio (primer genocidio del siglo XX producido a partir de 1915), el de los millones de víctimas del nazismo durante la Segunda Guerra Mundial o la matanza en Ruanda de un millón de personas en 1994, para citar algunos ejemplos notorios. No se trata de una competencia sobre qué pueblo sufrió más o qué comunidad tiene mayor cantidad de víctimas. Se trata de llamar por su nombre correcto a fenómenos que, aún con diferencias contextuales y sucedidos en tiempos y espacios distintos, registran una similitud que debe ser reconocida. Es que, como concluye Feierstein, al dar las razones por las que distintos procesos históricos pueden llamarse de la misma manera... utilizar el mismo concepto si implica postular la existencia de un hilo conductor que remite a una tecnología de poder en la que la 'negación del otro' llega a su punto límite: su desaparición material (la de sus cuerpos) y simbólica (la de la memoria de su existencia) (obra citada p. 88)", Sentencia de 26 de septiembre de 2006, en el Caso Etchecolatz; Tribunal Oral en lo Criminal Federal Número 1 de La Plata; Causa núm. 2251/06 procedente del Juzgado Federal Número 3 de la ciudad de La Plata, seguida a Miguel Osvaldo Etchecolatz, LE núm. 5.124.838. Del texto del voto del juez presidente Carlos Alberto Rozanski, al que se adhieren los otros dos miembros del Tribunal. Al respecto, véase Daniel FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007. En este sentido se constata que muchas de las recientes leyes nacionales amplían la tipología de grupos protegidos en la definición de genocidio; Rikhof menciona los casos de Uruguay, Ecuador, República Democrática del Congo, Etiopía y Canadá y considera que, en este aspecto de la definición de genocidio "it is possible to speak of an emerging rule of customary international law since the conclusion of the Rome Statute in 1998"; Joseph RIKHOFF, "Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity", *op. cit.* p. 45. Se pueden añadir a estos, por lo menos, los de Costa Rica (Código Penal, artículo 375, reformado por Ley núm. 8272, de Represión Penal como Castigo por los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, 25 de abril de 2002); Colombia (Código Penal, Ley 599, de 24 de julio de 2000, artículo 101, motivado por el caso del partido político "Unión Patriótica", con más de 3.000 asesinados –incluidos candidatos presidenciales, congresistas, alcaldes y concejales– y más de 1.000 desaparecidos, entre 1985 y la actualidad); Estonia (Código Penal de 6 de junio de 2001, sec. 90); Finlandia (Código Penal de 1889, 39/1889, enmendado por Ley 578/1995, Chapter 11, sec. 6), o Panamá (Ley núm. 14 del Código Penal, de 18 de mayo de 2007, artículo 431).

⁴⁰⁰ Sin embargo, la reforma de 2009 del artículo 23.4 restringirá los supuestos en que pueda perseguirse, en España, el genocidio cometido por extranjeros en el extranjero, a los supuestos en que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española, o que pueda constatarse "algún vínculo de conexión relevante con España" y siempre que "en otro país competente o en el seno de un Tribunal

f) Los crímenes de guerra se han ido incorporando de manera gradual al Código Penal Militar y al Código Penal españoles. Por tanto, habrá que estar en la particular modalidad de crimen de guerra de que se trate para determinar a partir de que momento es punible en España. La jurisdicción española sobre crímenes de guerra cometidos fuera de España por extranjeros, se ha considerado prevista en el último inciso del artículo 23.4 de la LOPJ: “Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. Así lo ha entendido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el asunto Couso, en 2006.⁴⁰¹ Comprende las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I Adicional de 1977 y, probablemente, el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949.

g) Los crímenes contra la humanidad se han incorporando al Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2003, aunque no existe una identidad completa con los tipos previstos en el Estatuto de Roma de la CPI. Según la interpretación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2005 en el caso Scilingo, no se vulnera el principio de legalidad si se persiguen los cometidos antes de esa fecha,⁴⁰² interpretación que aquí se comparte. Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario en su senten-

internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”. Probablemente, en los supuestos en que el presunto responsable se encuentre en España, será de aplicación el principio *aut dedere aut judicare*.

⁴⁰¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Recurso de Casación núm. 1188/2005. Sobre este caso, véase José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN, “La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso ‘Couso’”, 14 REEI (2007); Leopoldo TORRES BOURSAULT, “El asunto José Couso: la sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación”, en Antonio CUERDA RIEZU, y FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA, (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, op. cit. pp. 237-260. También se ha aplicado el mismo criterio por el juez instructor en el caso de Gaza: Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Diligencias previas núm. 157/2008. Auto de 29 de enero de 2009. La reciente reforma del artículo 23.4 restringirá los supuestos en que puedan perseguirse, en España, los crímenes de guerra cometidos por extranjeros en el extranjero, a los supuestos en que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española, o que pueda constatarse “algún vínculo de conexión relevante con España” y siempre 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”. En todo caso, cuando el presunto autor se encuentre en España, será de aplicación el principio *aut dedere aut judicare* y no será posible la abstención, sin más, de la jurisdicción española.

⁴⁰² Para la Sala, la norma interna que incorpora otras normas de derecho internacional penal preexistentes puede ser asimilada, por su carácter instrumental, a las normas de adaptación de los tratados internacionales *non self-executing*. Por ello: “El carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria *per se* o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la humanidad y la totalidad de los Estados en que esta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos.” Con ello se justifica la aplicación por el Tribunal de manera inmediata del delito, una vez se ha realizado la modificación del Código Penal como norma secundaria que elimina un obstáculo formal para su aplicabilidad por los tribunales españoles; Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Tercera. Sumario 19/1997. Rollo de Sala 139/1997, Juzgado C. Instrucción núm. 5. Sentencia núm. 16/2005. De manera muy similar a los razonamientos de la justicia canadiense en el caso Finta, como consecuencia de la modificación del artículo 6 del Código Penal canadiense mediante el “Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act and the Citizenship Act, S.C. 1987,

cia de 2007, en casación, en el mismo caso.⁴⁰³ Para el Tribunal, el derecho internacional⁴⁰⁴ consuetudinario no es apto para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles. Parece pues que, como tales crímenes de lesa humanidad, no pueden ser perseguidos los cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma de 2003 del Código Penal. Sin embargo ello no impide perseguir los delitos comunes subyacentes (en este caso asesinato y detención ilegal) teniendo en cuenta el contexto de que se trata de crímenes contra la humanidad considerados como tales por el derecho internacional. La jurisdicción española sobre crímenes contra la humanidad cometidos fuera de España por extranjeros, no está expresamente prevista en el artículo 23.4 ni puede deducirse del último inciso del mismo. No obstante, tanto la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴⁰⁵ como la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el asunto Scilingo, han entendido posible extender la jurisdicción universal a los crímenes contra la humanidad sobre la base del derecho internacional convencional y consuetudinario. En el primer caso calificándolos como tales y, en el segundo, aplicándola a los delitos comunes subyacentes de asesinato y detención ilegal, que constituyen según el derecho internacional crímenes contra la humanidad. Con ello ambos tribunales -el primero de manera más coherente- parecen estar en sintonía con la tendencia mayoritaria en la doctrina que se ha manifestado, entre otros textos, en los principios de Princeton o la resolución del IDI, de Cracovia, en el sentido de ejercer la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad, aunque no esté prevista expresamente en las leyes nacionales.⁴⁰⁶

c. 37” [R.S.C. 1985, c. 30 (3rd Supp.)], que entró en vigor el 16 de septiembre de 1987. En el caso Finta hubo una coincidencia completa en las opiniones del juez de primera instancia Callaghan y de los magistrados de la Corte de Apelación de Ontario y de de la Corte Suprema respecto de la vigencia anterior a la modificación de la prohibición de los crímenes contra la humanidad; 69 O.R. 2d 557, 569; las opiniones del juez La Forest y del juez Cory, en la Corte Suprema [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 44 y ss. y 193-197, respectivamente. Sobre la sentencia de la Audiencia Nacional, véanse opiniones divergentes en: Margalida CAPELLÀ ROIG, *Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo*, 10 REEI (2005); Alicia GIL GIL, La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, RECP, 07-r1 (2005) y *Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo*, en Antonio CUERDA RIEZU, y FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA, (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, op. cit. pp. 391-409; Christian TOMUSCHAT, *Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case*, JICJ, 3 (2005), pp. 1074-1081; Giulia PINZAUTI, *An Instance of Reasonable Universality. The Scilingo Case*, JICJ, 3 (2005), pp. 1092-1105.

⁴⁰³ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007. En lugar de aceptar el momento de la cristalización de la norma según el derecho internacional; en este sentido, véase Antonio REMIRO BROTONS, “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”, op. cit. p. 203. Es este un aspecto sobre el que nunca, hasta ahora, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

⁴⁰⁴ *Ibid*, FJ8.

⁴⁰⁵ “...una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es su perseguibilidad internacional más allá del principio de territorialidad”.

⁴⁰⁶ Sin embargo, la reciente reforma del artículo 23.4, aunque incorpora formalmente los crímenes contra la humanidad, restringirá los supuestos en que puedan perseguirse, en España, dichos crímenes cuando hayan sido cometidos por extranjeros en el extranjero, a los supuestos en que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española, o que pueda constatarse “algún vínculo de conexión relevante con España” y siempre 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”. Probablemente, en el caso de que el presunto autor se encuentre en España, será de aplicación el principio *aut dedere aut judicare*.

h) En cuanto a la tortura, se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo que solamente es perseguible en España desde su incorporación en el Código Penal de acuerdo con la Ley Orgánica 31/78, de julio de 1978.⁴⁰⁷ En cuanto a su persecución en virtud de la jurisdicción universal –y en tanto no constituya una modalidad de comisión de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad– aunque la tortura no aparece mencionada como tal en el artículo 23.4 de la LOPJ, además del supuesto anterior, se puede considerar incluido en el último inciso del mismo (delitos que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España), de acuerdo con el apartado 2 del artículo 5 de la Convención, en los casos en que el presunto delincuente se halle en territorio español y España no conceda la extradición a otro Estado.⁴⁰⁸

í) En cuanto al terrorismo, de acuerdo con lo dicho anteriormente, solamente es perseguible en España desde su incorporación en el Código Penal de acuerdo con la Ley 44/71 de texto refundido del Código Penal, de 15 de noviembre de 1971. En cuanto a su interpretación, la sentencia de 2007 del Tribunal Supremo en el caso Scilingo viene a rebatir la interpretación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 1998, favorable a la admisión del concepto de terrorismo de Estado y parece exigir, para los casos de golpe de Estado, la participación activa del acusado en los actos previos a la consumación del golpe, entendiendo imposible la calificación de terrorismo por actos posteriores a ese momento.⁴⁰⁹ En cuanto a su persecución en virtud de la jurisdicción universal, como en el caso del genocidio, no se discute la jurisdicción española sobre delitos de terrorismo cometidos fuera de España por extranjeros, prevista expresamente en el artículo 23.4 de la LOPJ.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007. Sin perjuicio de las implicaciones de lo dicho a propósito de la tortura en conexión con la desaparición forzada.

⁴⁰⁸ No parece que la reforma en curso del artículo 23.4 vaya a modificar esta situación. Continuaría pues fuera del marco de la jurisdicción universal la tortura aislada cometida contra españoles en el extranjero, por extranjeros: como señaló al respecto el juez instructor en el caso Guatemala: "... no siendo perseguible la tortura cometida en el extranjero sino como componente del genocidio o del terrorismo, toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica de Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del artículo 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial a que dicho precepto internacional se refiere". Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional. Diligencias previas 331/99. Auto de 27 de marzo de 2000. Ello salvo que se acepte, lo que sería deseable como se ha hecho con los crímenes contra la humanidad, el fundamento consuetudinario para la jurisdicción universal sobre la tortura, como se ha indicado: TPIY, Chambre de Première Instance II, Le Procureur c. Anto Furundzija (IT-95-17/1) "La Vallée de la Lasva", Jugement du 10 décembre 1998.

⁴⁰⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Recurso núm. 10049/2006-P. Fallo 2 de julio de 2007. Sentencia 798/2007. 1 de octubre de 2007, FJ11. Esta posición presenta dos problemas: el primero es que, con toda probabilidad, la mayor parte de los actos calificables como terroristas, más allá de lo que pudiera considerarse apología, se habrá producido como consecuencia del golpe de Estado y no con anterioridad; el segundo es que ignora que el programa de represión no se asentaba en un nuevo marco jurídico impuesto por el nuevo régimen golpista, sino que, en su mayor parte, continuó desarrollándose en un plano de estricta ilegalidad.

⁴¹⁰ Sin embargo, la reforma del artículo 23.4 restringirá los supuestos en que puedan perseguirse en España los actos de terrorismo cometidos por extranjeros en el extranjero a los supuestos en que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existan víctimas de nacionalidad española, o que pueda constatarse "algún vínculo de conexión relevante con España" y siempre 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". En función de la modalidad de acto terrorista, algunos de los cuales podrían también encajar en algún supuesto de crimen de guerra o de crimen contra la humanidad, será de aplicación el principio *aut dedere aut judicare*.

j) Finalmente, parece prudente y correcto interpretar el alcance de la jurisdicción universal, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, en el sentido de que cuando hay una concurrencia real de jurisdicciones debe darse prioridad a la actuación de la jurisdicción del lugar donde los hechos se han cometido, una idea similar a la expresada por el Tribunal Supremo cuando habla de un principio de necesidad de la intervención, en el caso de Perú.⁴¹¹ Y ello no debía suponer la introducción por vía de interpretación judicial de exigencias adicionales no previstas en la Ley como la presencia del acusado en España o la existencia de víctimas españolas.⁴¹² Ni admitir como suficiente la mera existencia de un sistema judicial eventualmente capaz de llevar a cabo la persecución penal. En este punto no parece haber obstáculo, como se ha avanzado, para adoptar los indicadores previstos para la CPI: se debe actuar siempre que el Estado donde se han cometido los hechos no quiera o no pueda actuar. Ello conlleva necesariamente evaluar el ejercicio de la jurisdicción en otros países, como han hecho los jueces instructores en el caso Couso y en el caso de Gaza.⁴¹³ Se puede estar o no de acuerdo con su valoración, pero no se puede sostener que no tiene legitimación para entrar en dicho análisis, que es fundamental para apreciar o no la subsidiariedad de la jurisdicción española,⁴¹⁴ por el mero hecho de que se considere al Estado afectado como un Estado democrático y de derecho. De lo contrario, cualquier acción judicial cuyo objeto fuera precisamente proteger a los autores de los crímenes en su propio país, desactivaría automáticamente la jurisdicción universal española y llevaría a reforzar la impunidad. Desde este punto de vista, es positivo que la reforma del artículo 23.4 se refiera a la necesidad de que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional se haya iniciado "procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles". Con ello parece habilitar al juez español para valorar la forma en que tal persecución se está llevando a cabo, antes de tomar una decisión de inhibición de la jurisdicción.

⁴¹¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 712/2003 de 20 de mayo de 2003. Recurso de Casación; FJ 6.

⁴¹² Sin embargo la reforma del artículo 23.4 introduce las restricciones que ya se han mencionado, lo que lleva, en la versión extrema adoptada, a una renuncia a la jurisdicción por parte de España, no solamente ante el Estado del territorio donde se han producido los hechos, sino ante cualquier situación real de concurrencia con "otro país competente" o con un tribunal internacional, y ello aunque el procedimiento en España se haya iniciado con anterioridad.

⁴¹³ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Sumario (Proc. Ordinario) 27/2007, Auto de 21 de mayo de 2008; Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Diligencias previas núm. 157/2008. Auto de 4 de mayo de 2009.

⁴¹⁴ Como ha hecho la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto que anula, por tercera vez, el Auto de procesamiento de los tres militares estadounidenses en el caso Couso, en el que respecto de la valoración hecha por el juez de la investigación llevada a cabo sobre el incidente por el Mando Central Norteamericano afirma "sin dar argumentos que expliquen qué legitimidad tiene el juez, como juez español, para censurar una decisión de dicho organismo extranjero?". Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Segunda. Rollo de Sala: Apelación contra Autos 144/2009. Sumario (Proc. Ordinario) 27/2007. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Auto de 14 de julio de 2009; FJ4.



**REFLEXIONES
FINALES**

Durante décadas, especialmente desde el final de la Primera Guerra Mundial, personas e instituciones han tratado de combatir esta realidad y han promovido la creación de mecanismos que responsabilizaran penalmente a los autores directos de los abusos más graves contra los derechos humanos. Tras la Segunda Guerra Mundial se ha consolidado en la sociedad internacional de Estados el principio de la responsabilidad penal internacional de los individuos por la comisión de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad. Pero ese principio ha tenido, hasta los años noventa del siglo XX, una escasa repercusión práctica más allá de la persecución de los criminales de guerra de las potencias derrotadas en dicho conflicto.

El fin de la *guerra fría* favoreció la reacción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ante graves conflictos armados, como el de la antigua Yugoslavia o Ruanda, con la creación de sendos tribunales penales internacionales *ad hoc*, que los miembros permanentes del Consejo configuraron como instituciones con un perfil fuerte, con primacía sobre las jurisdicciones nacionales, bien entendido que, dadas sus limitadas competencias, de ninguna manera se verían afectados por su actividad. Este enfoque del problema *conflicto a conflicto* se ha mantenido después, en relación con otros conflictos.

Sin embargo, paralelamente, la creciente sensibilización de la opinión pública internacional sobre la protección de los derechos humanos ha ido penetrando en las posiciones de muchos Estados hasta hacer posible la adopción, en 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como un tribunal permanente con competencias limitadas a ciertos delitos, pero con voluntad de poder actuar en relación con crímenes cometidos en el territorio de cualquier Estado y por nacionales de cualquier Estado. Ahí ya no se ha contado con el apoyo de todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad: Estados Unidos, Rusia y China no son parte del Estatuto y Francia lo es con reservas.

Cabe imaginar un escenario hipotético –y todavía utópico– en el que: a) todos los Estados del mundo fueran parte del Estatuto de Roma; b) todos hubieran adoptado en su derecho interno las normas necesarias para asumir su competencia, por lo menos, para los crímenes de genocidio, de guerra y contra la humanidad cometidos en su territorio y/o por sus nacionales, y c) todos ellos tuvieran la capacidad y la voluntad de aplicarlas. En ese escenario la CPI tendría solamente una función residual de corrección de aquellos escasos supuestos en que los respectivos Estados competentes no hubieran desarrollado correctamente su función judicial. En ese contexto, el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados, sin conexión directa con el crimen, resultaría prácticamente innecesario para los crímenes de competencia de la Corte.

Sin embargo estamos muy lejos de ese escenario. Solamente 110 Estados son parte en el Estatuto de la CPI a primeros de septiembre de 2009 y entre los ausentes están algunos tan importantes como los Estados Unidos, Rusia, China, la India o Indonesia, o la mayor parte de los países árabes. Y solamente una parte de esos 110 Estados han adoptado normas que permitan establecer su jurisdicción sobre los crímenes de competencia de la CPI, cometidos en su territorio o por sus nacionales. Cabe presumir que estos Estados tienen la voluntad política de aplicarlas, pero la práctica que lo demuestre es todavía limitada en el caso de los países más poderosos.⁴¹⁵

Además, hay que tener en cuenta otras limitaciones para la actuación de la CPI que derivan de su Estatuto, relativas a consideraciones de oportunidad política. En primer lugar, las distintas vías para activar la investigación de los asuntos por parte de la CPI,⁴¹⁶ en una u otra medida, están condicionadas a este tipo de consideraciones. Pero además existe la posibilidad de suspensión de los procedimientos por periodos de doce meses a instancia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 16,⁴¹⁷ la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de un asunto cuando “no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”⁴¹⁸ o la posibilidad de que el fiscal renuncie a iniciar una investigación si aprecia la existencia de “razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”.⁴¹⁹

Y, desgraciadamente, son numerosos los escenarios de violaciones masivas de derechos humanos, ya sea en relación con la perpetuación de regímenes autoritarios, con situaciones de crisis políticas o con estallidos puntuales de violencia política o social y, la mayoría de las veces, en conexión con los numerosos conflictos armados que continúan activos,⁴²⁰ que constituyen un ambiente especialmente propenso a la comisión de tales violaciones.

En estas circunstancias, el espacio de impunidad no cubierto por los compromisos adquiridos hasta ahora es enorme. Y la tarea de la CPI es demasiado grande para que

⁴¹⁵ Cabe citar aquí distintos procesos a militares del Reino Unido en dicho país por la comisión de crímenes de guerra en Iraq. Pero alguno de ellos, como el consejo de guerra contra siete militares por las torturas y muerte del ciudadano Baha Mousa, en septiembre de 2003 en Basora, celebrado entre septiembre de 2006 y marzo de 2007, mostraron un elevado grado de complicidad para el encubrimiento, en el seno del ejército británico. La casi totalidad de las investigaciones militares abiertas terminaron sin acción judicial alguna. Al parecer, el hecho de que la investigación previa a los consejos de guerra sea realizada por el propio ejército hace muy difícil que el desarrollo de los juicios sea realmente imparcial. La misma actitud de encubrimiento ha sido denunciada por los medios de comunicación, en relación con denuncias de malos tratos y torturas presuntamente perpetrados por militares holandeses en Iraq. No obstante ha habido dos importantes juicios contra civiles holandeses implicados en distintos conflictos armados, en los casos de Frans van Anraat y Guus van Kouwenhoven; 8 YIHL 2005, pp. 476-477, 9 YIHL 2006, p. 537, 10 YIHL 2007, pp. 381-383. Ha habido también procesos contra militares polacos por la muerte de civiles en Afganistán. En cuanto a países que no son parte del Estatuto de Roma, ha habido también algunos procesos contra militares rusos, por crímenes cometidos en Chechenia, y otros en Estados Unidos, en relación con la práctica de la tortura en la prisión de Abu Ghraib, en Iraq y con algunos otros episodios aislados en el mismo conflicto. Junto a ellos hay que recordar los numerosos procesos abiertos en distintos países en el marco de los procesos de transición política: entre ellos en Serbia, Croacia, Chile, Argentina, Perú, la República Democrática del Congo o Etiopía, o en los casos con jurisdicciones nacionales con componentes internacionales, como Bosnia, Kosovo, Timor-Leste o Camboya; Joseph RIKHOFF, *Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity*, op. cit. pp. 15-25. Para estos casos, véanse <http://www.trial-ch.org/> y <http://www.icrc.org/ihl-nat>.

⁴¹⁶ Artículo 13.

⁴¹⁷ Artículo 16.

⁴¹⁸ Artículo 17.1.d.

⁴¹⁹ Artículo 53.1.c.

⁴²⁰ 30 a finales de 2008; véase Escola de Cultura de Pau, Universidad Autónoma de Barcelona, *Alerta 2009, Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Barcelona, Icaria Editorial, 2009. También el UCDP/PRIO Armed Conflict Dataset; Centre for the Study of Civil War. International Peace Research Institute, Oslo (PRIO)-Uppsala Conflict Data Program (UCDP), Department of Peace and Conflict Research, Uppsala University.

pueda ejercerla en solitario. Por ello es de una gran importancia que los Estados genuinamente comprometidos den un paso más y amplíen sus ámbitos de jurisdicción, asumiendo, si no lo han hecho antes, nuevos títulos competenciales y, en particular, el principio de la jurisdicción universal.⁴²¹

El efecto *pedagógico* de la normalización de la actividad penal de los tribunales *ad hoc* y el proceso de creación de la CPI han impulsado, efectivamente, un extraordinario proceso de homogeneización de las leyes nacionales: en cuanto a la tipificación del genocidio, los crímenes de guerra y –especialmente– los crímenes contra la humanidad, en cuanto a la ampliación de las competencias de las jurisdicciones nacionales para conocer de esos crímenes y, también, en cuanto a la persecución efectiva de los citados crímenes por parte de los tribunales nacionales, no solamente en virtud de los principios de territorialidad y de personalidad activa o pasiva, sino también en virtud del principio de la jurisdicción universal.⁴²² Como se ha podido ver a lo largo de estas páginas, todavía queda mucho camino por recorrer en el camino de la homogeneización legislativa y en las políticas represivas, pero lo ya hecho hasta ahora es, sin duda, muy relevante. Una evolución paralela que se puede percibir es la de la interacción entre tribunales internacionales penales o de protección de los derechos humanos, tribunales nacionales con componentes internacionales y tribunales nacionales, en un proceso que lleva a ir clarificando conceptos y a debatir distintas opciones de interpretación de los tipos penales y de su punibilidad.⁴²³

No obstante, de acuerdo con la práctica internacional analizada, se cierne una sombra que no debe ser infravalorada y que puede constituir una amenaza a todo el proyecto de justicia universal en proceso de construcción. Con algunas excepciones, como la de la

práctica española, los tribunales nacionales han concentrado su actividad de persecución penal en el ámbito de la jurisdicción universal en relación con nacionales de países menos desarrollados, lo que ha podido ser interpretado en clave de neocolonialismo jurídico.⁴²⁴ Y esta percepción se agrava cuando se constata que las cuatro investigaciones abiertas hasta ahora por la CPI se refieren a África.⁴²⁵ En particular, los procedimientos abiertos en Francia y España contra funcionarios del actual Gobierno de Ruanda y el abierto contra el presidente y otros miembros del Gobierno de Sudán por la CPI, han suscitado una fuerte reacción de protesta por parte de los países africanos, al considerar que los países occidentales abusan de la jurisdicción universal, que se ha plasmado en una serie de resoluciones de la Asamblea de la Unión Africana, desde la cumbre celebrada en Egipto en julio de 2008.⁴²⁶

⁴²⁵ Se trata de las situaciones relativas a la República Democrática del Congo desde el 1 de julio de 2002; al Norte de Uganda, a Darfur (Sudán), y a la República Centroafricana desde el 1 de julio de 2002; véase <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>.

⁴²⁶ Es significativa la “Decision on the Implementation of the Assembly Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction”, Decision Assembly/AU/Dec. 213(XII), de 4 de febrero de 2009. En ella se propone que la Comisión de la Unión Africana, en consulta con la Comisión y la Corte africanas de derechos humanos estudien la posibilidad de atorgar a dicha Corte competencia para juzgar actos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El tema ha llegado al Parlamento Europeo: “En la Undécima Sesión Ordinaria de la Conferencia de la Unión Africana (Sharm el Sheij, Egipto, 30 de junio a 1 de julio de 2008) se aprobó una Decisión sobre el informe de la Comisión relativo a la violación del principio de jurisdicción universal (Doc. Assembly/AU/14 –XI–). Esta decisión reconocía que la jurisdicción universal es un principio del Derecho Internacional cuyo propósito es asegurar que los individuos que cometan delitos graves tales como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no lo hagan impunemente y sean llevados ante la justicia, de conformidad con el artículo 4 h del Acta constitutiva de la Unión Africana, pero resolvía lo siguiente: (1) El abuso del principio de jurisdicción es un hecho que podría poner en peligro el derecho internacional, el orden y la seguridad; (2) La naturaleza política y el abuso del principio de jurisdicción universal por parte de los jueces de algunos Estados no africanos contra líderes africanos, especialmente en Ruanda, es una clara violación de la soberanía y la integridad territorial de estos Estados; (3) El abuso y el mal uso de las inculpaciones contra líderes africanos tienen un efecto desestabilizador que afectará negativamente al desarrollo político, social y económico de los Estados y a su capacidad para mantener relaciones internacionales; (4) Esos mandamientos judiciales no se ejecutarán en los Estados miembros de la Unión Africana; (5) Es necesario establecer un organismo regulador internacional con competencia para revisar o tramitar las quejas o los recursos que se planteen a raíz de la violación del principio de jurisdicción universal por parte de los Estados. Además, exige que se celebre con carácter urgente una reunión entre la UA y la Unión Europea (UE) para discutir este tema con vistas a encontrar una solución duradera a este problema y, en especial, para asegurar que se retiren los mandamientos judiciales y que no se ejecuten en ningún país. Por último, también se requiere que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, especialmente los Estados de la UE, impongan una moratoria sobre la ejecución de esos mandamientos judiciales hasta que se hayan discutido a fondo todos los asuntos jurídicos y políticos. ¿Puede explicar el Consejo cuáles han sido las respuestas a esta declaración? ¿Se ha convocado ya la reunión reclamada? ¿Cuál será la posición del Consejo, especialmente teniendo en cuenta el sistema europeo SIRENE que se halla en vigor actualmente? Pregunta escrita de Raül Romeva i Rueda (Verts/ALE) a la Comisión; 21 de octubre de 2008; E-5676/08; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2008-5676+0+DOC+XML+V0//ES>. Véase la respuesta del señor Michel en nombre de la Comisión, de 26 de noviembre de 2008, E-5676/2008: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2008-5676&language=ES>. En noviembre de 2008 la UA y la UE decidieron establecer un grupo de expertos para clarificar las distintas concepciones de la jurisdicción universal y formular recomendaciones para “fomentar una mejor comprensión mutua” entre ambas organizaciones sobre la finalidad y la práctica de la jurisdicción universal. Los seis expertos nombrados fueron: Antonio Cassese (Italia), Mohammed Bedjaoui (Argelia), Pierre Klein (Bélgica), Chaloka Beyani (Zambia), Roger O’Keefe (Australia) y Chris Maina Peter (Tanzania). Su informe se presentó en abril de 2009: “The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Council of the European Union, Brussels, 16 April 2009, Doc. 8672/09, Annex”.

⁴²¹ “... unless membership of the ICC ever becomes truly universal, the fallback position of customary jurisdictional principles will still have its place”; DE THAN, Claire y SHORTS, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 42. En el mismo sentido RODRIGUEZ 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*, op. cit. p. 7.

⁴²² Augurando una respuesta positiva a lo que William A. Schabas escribía en diciembre de 2002: “There are many who believe that the existence of the International Criminal Court will energize efforts by national justice systems to exercise universal jurisdiction, If they are right, a decade from now the meagre list of examples of universal jurisdiction that Professor Reydams has identified will be considerably more impressive.” *Foreword*, a la obra de Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, op. cit. p. xi.

⁴²³ Se ha hablado de la existencia de una *transjurisdictional communication*, en la que “courts charged with enforcing the law of humanity are talking to each other, shaping each other’s understanding of the law and, together, constructing a common code of humanity”. Diane F. ORENTLICHER, “The Future of Universal Jurisdiction in the New Architecture of Transnational Justice”, en S. MACEDO, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, op. cit. p. 229.

⁴²⁴ Verhoeven, Joe, “Vers un ordre répressif universel?”, AFDI, vol. 55, 1999, p. 63. En palabras del juez *ad hoc* Bula Bula: “103 [...] D’autant plus que le grand nombre de dirigeants afro-latino-asiatiques traduits devant la justice belge laisserait croire, à tort, que les violations présumées du droit international humanitaire, notamment les crimes contre la paix, les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre constituent le monopole de l’Afrique, l’Amérique latine et l’Asie. 104. C’est là où la compétence dite universelle apparaît sous son vrai jour de compétence à géométrie variable exercée sélectivement contre certains États à l’exclusion d’autres. Il ne faut pas être grand clerc pour constater, à priori, que la rumeur publique sur des violations graves de droits humains ne s’abat pas, à l’échelle mondiale, que sur la brochette de personnalités accusées auprès du juge bruxellois.” CIJ, *Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 février 2002.; Opinion individuelle de M. Bula-Bula.

En el informe del grupo de expertos formado por la Unión Europea y la Unión Africana se pone de relieve la preocupación de los países africanos que creen ser especialmente perseguidos:

“34. African states take the view that they have been singularly targeted in the indictment and arrest of their officials and that the exercise of universal jurisdiction by European states is politically selective against them. This raises a concern over double standards, and the concern is heightened by multiple charges being brought against officials of African states in the jurisdictions of different European states. [...]”

Aunque esta apreciación es discutible, parece razonable la preocupación por el impacto estigmatizador que pueden tener las órdenes de detención formuladas contra personas que gozan de inmunidad, sobre las mismas y sobre los propios Estados a los que representan. Especialmente si las acusaciones tienen fundamentos débiles.⁴²⁷

Por tanto parece adecuado, desde la perspectiva de las relaciones interestatales, que las autoridades judiciales que puedan ejercer la jurisdicción universal como única base de persecución penal en relación con un crimen concreto, lo hagan con la debida prudencia, en especial cuando la persona sospechosa ostente funciones públicas en otro Estado, lo que comporta tener evidencias suficientes, respetar las inmunidades reconocidas por el derecho internacional y ceder la preferencia a cualquier otro Estado con un mejor vínculo con el crimen, siempre que este esté dispuesto a ejercer la jurisdicción sobre el caso y esté en condiciones de hacerlo de acuerdo con las garantías que exige el derecho internacional.⁴²⁸

⁴²⁷ Por otra parte, como señala el propio informe, ello no es óbice para mantener la independencia del poder judicial en el ámbito de la Unión Europea, la conveniencia de que los Estados africanos ejerzan en la práctica la persecución de los responsables de los crímenes más graves, sobre la base de los principios de territorialidad o personalidad activa o pasiva, y la exigencia de que los países africanos aseguren el cumplimiento de los estándares de garantías exigidos por el derecho internacional respecto de las condiciones de detención y el desarrollo de un proceso penal justo, para resolver el problema de las denegaciones de extradiciones desde países europeos hacia países africanos; *ibid.*, párrs. 41, 44 y 45.

⁴²⁸ En este sentido parecen adecuadas las recomendaciones que se formulan en el citado informe y en particular las siguientes, en relación con el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes más graves, respecto de personas que ejerzan funciones de representación de otro Estado:

- Las autoridades judiciales nacionales deben considerar abstenerse de tomar medidas que expongan a las personas sospechosas, de manera pública e indebida, estigmatizándolas y afectando a la presunción de inocencia, mientras no sean declaradas culpables por un tribunal, y obstaculizando el ejercicio de sus funciones oficiales. (R7)
- Las autoridades judiciales nacionales deben respetar las inmunidades reconocidas por el derecho internacional y abstenerse de perseguir a quienes gocen de ellas. (R8)
- Las autoridades judiciales nacionales deben dar prioridad al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. (R9)
- Cuando las autoridades judiciales nacionales crean que el Estado territorial, o aquel del cual sean nacionales las víctimas o los autores, quiere y puede juzgar a la persona sospechosa de acuerdo con las exigencias internacionales, deben remitir todo lo actuado a este Estado con objeto de que el sospechoso sea investigado y, si es el caso, perseguido (R10).
- En caso contrario, cuando las autoridades judiciales nacionales no crean que el Estado territorial, o aquel del cual sean nacionales las víctimas o los autores, quiere y puede juzgar a la persona sospechosa de acuerdo con las exigencias internacionales, deben citar a comparecer a la persona sospechosa, en lugar de emitir una orden

Pero el fenómeno del recurso a la jurisdicción universal no es fundamentalmente el resultado de la manifestación de un interés de algunos Estados por incrementar su ámbito jurisdiccional. En realidad, salvo en el caso de los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el conjunto del sistema de justicia universal ha reposado siempre sobre la preferencia del Estado territorial o de otros Estados vinculados con los crímenes. Y esto vale también para la CPI, cuyo Estatuto consagra su posición complementaria. Por tanto, el problema no está en la usurpación de la preferencia por parte de los Estados que ejercen la jurisdicción universal o en una competencia excesiva de la CPI:⁴²⁹ la manera más sencilla de desactivar la jurisdicción universal es que los Estados con vínculos con el crimen, lo persigan directamente, con arreglo a los estándares internacionales.

Pero, como ya se ha indicado, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son crímenes perpetrados cuando menos con la tolerancia, si no con la connivencia, la complicidad o la autoría directa de los órganos estatales. Por tanto, frecuentemente el lugar de comisión de los crímenes es, al menos temporalmente, refugio seguro para sus autores, lo que se traduce en la ausencia de persecución penal para los mismos, ya sea por inexistencia de un sistema judicial suficiente o por su subordinación al mismo proceso político que ha comportado la comisión de los crímenes. Y esto es así hasta que un cambio político endógeno o exógeno abre las puertas a la revisión del pasado, como ha sucedido en numerosos países, que han podido llevar a la justicia a los autores de crímenes graves contra los derechos humanos cometidos en su propio territorio y contra sus nacionales.

Cuando esto no sucede, lo que ocurre es que el recurso a la jurisdicción universal en otros Estados es –especialmente– el resultado de la acción de las víctimas y de quienes las defienden, normalmente contra nacionales de su propio país por hechos cometidos en él. Y, desde esta perspectiva de la lógica de las víctimas, es irrelevante si se consigue una puerta abierta a la jurisdicción en un Estado europeo, asiático, americano o africano o de si es un Estado más o menos desarrollado. Lo decisivo es encontrar esa puerta que ofrezca las garantías de un proceso justo, la puerta que se les cierra en el lugar de comisión de los crímenes, y hacer efectivos los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que el derecho internacional reconoce a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.⁴³⁰

de detención, para permitirle presentar ante dichas autoridades cualquier dato exculpativo que sea pertinente. (R11) - Aquellas autoridades judiciales que basen la persecución únicamente en la jurisdicción universal y hayan detenido a la persona sospechosa, deben ceder la preferencia a cualquier otro Estado que tenga algún vínculo con el crimen y solicite la extradición de la persona sospechosa, siempre que este quiera y pueda llevar a cabo la persecución penal. (R12) Si no lo consideran así, antes de rechazar la solicitud de extradición y ejercer la jurisdicción deben notificarlo al Estado interesado y tomar en consideración las explicaciones e informaciones que pueda aportar. (R13) En el caso de que finalmente sea concedida la extradición, el Estado interesado debe mantener informado al primero del progreso del procedimiento penal. (R14). *Ibid.*

⁴²⁹ Resulta muy ilustrativo que Henry A. Kissinger haya combatido por igual la jurisdicción universal de los tribunales nacionales y la creación de la Corte Penal Internacional, defendiendo la creación de un sistema de represión de crímenes graves administrado por el Consejo de Seguridad; Henry A. KISSINGER, “The Pitfalls of Universal Jurisdiction”, *For. Aff.*, vol. 80, 2001, pp. 86-96. Véase la respuesta de Kenneth ROTH, “The Case for Universal Jurisdiction”, *For. Aff.*, vol. 80, 2001, pp. 150-154.

⁴³⁰ “La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, de adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las

Pero la lógica de los Estados, por desgracia, a menudo va en contra de la lógica de las víctimas. Y es esta lógica la que lleva a que la probabilidad de persecución efectiva por las jurisdicciones nacionales sea, aún con honrosas excepciones, inversamente proporcional a la importancia política, económica o militar –al grado de poder– que se atribuya al Estado que tiene un vínculo territorial o personal más directo con los presuntos autores del crimen.⁴³¹ Cuando se razona que ciertos Estados son Estados de derecho y se deduce de ello –de manera explícita o implícita– que cualquier informe oficial exculpatorio de las responsabilidades de sus nacionales en actos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad debe ser aceptado ciegamente, se está mandando el mensaje de que los crímenes más graves *no son tan graves* cuando se cometen en interés de Estados considerados amigos (o deseados como amigos). Ahí está el núcleo de las políticas de *dobles raseros* y, con demasiada frecuencia, es esta lógica la que orienta la práctica de los gobiernos, que tiene su reflejo en la práctica de las fiscalías.⁴³² Y a esta lógica tampoco son ajenos los Estados africanos... aunque, paradójicamente, la probabilidad de verse afectados por la jurisdicción universal de otros Estados sea mucho más grande para la mayor parte de ellos.

Aplicar la jurisdicción universal tiene la virtud de ejercer una presión directa no solo sobre las personas acusadas, sino sobre todos los Estados con relación directa con el crimen.⁴³³ Pero,

además, ha dado lugar a juicios y condenas tangibles. Y, en la lógica de los derechos de las víctimas, la condena del autor de un crimen es la satisfacción de un derecho, que no pierde su valor por el hecho de que las condenas a otros autores sean imposibles. El argumento del doble trato aquí no tiene relevancia.

Afortunadamente, la lógica de los Estados y la lógica de la defensa de los derechos de las víctimas no son compartimentos estancos. Eso explica que, con todas sus limitaciones, se registren los progresos en la extensión legal y judicial de la jurisdicción universal para el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, que aquí se han descrito, sin perjuicio de que se hayan constatado también algunos retrocesos. Y, desde luego, sin perder de vista el mundo en que vivimos, en el que las violaciones graves de derechos humanos son, todavía en demasiados países, la norma y no la excepción.

personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones." "Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad", preparado por Diane ORENTLICHER; ONU, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005; Principio 1. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad. Véase también la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005 de la AGNU, que contiene los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos u obtener reparaciones".

⁴³¹ Los significativos retrocesos en cuanto al compromiso de Bélgica y de España en la lucha contra la impunidad, materializados a través de las comentadas reformas legislativas, ponen de relieve la incomodidad que pueden causar a los gobiernos las iniciativas judiciales que no respetan esta máxima. Y también la equivocación de los países africanos al atribuir las iniciativas judiciales a la voluntad de los gobiernos.

⁴³² Véase la defensa de Madeline Morris de la conveniencia de un filtro político: "Because the conduct forming the basis for universal jurisdiction prosecutions will often be official acts, universal jurisdiction over genocide, war crimes, and crimes against humanity will unavoidably be available as an instrument of interstate conflict. Universal jurisdiction therefore entails a significant risk of bias or the appearance of bias in the handling of cases, and commensurate exacerbation of interstate tensions. Ironically, while politicized prosecutions are undesirable for the reasons discussed, a prosecutorial system without any form of veto power by the political actors responsible for foreign policy may be undesirable as well", *New Eng. L. Rev.*, vol. 35, núm. 2, 2001, p. 356 Y sobre la inconveniencia de permitir que las personas privadas puedan auspiciar un procedimiento penal: "The Spanish legal system provides an example. Under Spanish law, a crime victim may institute an *acción popular*, which may then be pursued to prosecution by the public prosecutor or pursued by the individual complainant as a private prosecution if the public prosecutor does not take up the case. Where the power to engage the state in an exercise of universal jurisdiction is held by individual prosecutors, or even private individuals, who are not subject to adequate control by governmental actors apprized of and responsible for international relations, the results may be destructive", *ibid.*, p. 357

⁴³³ "Enfin, la compétence universelle pousse l'État territorial à mettre en œuvre sa compétence territoriale pour prévenir l'exercice de la compétence pénale par des juges étrangers. Cette compétence universelle a un effet d'incitation par rapport aux juges territoriaux qui d'habitude sont défaillants". Antonio CASSESE, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?", *op. cit.* p. 21.

TÍTULOS PUBLICADOS

R X PAU. COLECCIÓN “RECERCA PER LA PAU”

01. *Catalunya i el foment de la pau. Anàlisi i consulta per al futur Institut Català Internacional per la Pau*

Maria Truño i Salvadó

Prólogo de Raimon Panikkar

02. *Seguretat i conflictivitat a l'Àsia oriental: la Xina, l'ordre regional i els conflictes marítims*

Caterina García Segura, Josep Ibáñez Muñoz y Pablo Pareja Alcaraz

Prólogo de Jesús Sanz

03. *La Comissió de Consolidació de la Pau*

Xavier Pons Ràfols, Jaume Saura Estapà y Gaston Gilabert

Prólogo de Jordi Armadans

R X DH. COLECCIÓN “RECERCA PER DRETS HUMANS”

01. *Nous instruments internacionals de protecció dels drets humans: el Consell de Drets Humans i el mecanisme d'examen periòdic universal*

Xavier Pons Ràfols, Aida Guillén Lanzarote y Jaume Saura Estapà

Prólogo de Francesc Casares

02. *Drets humans i justícia transicional: gestionant el passat*

Helena Olivan, Maria Prandi y Maria Cañadas (editores)

Prólogo de José Antonio Martín Pallín

03. *La Jurisdicción Universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales.*

Antoni Pigrau Solé

Prólogo de José José María Mena

La creación, en 1993 y 1994, de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y la adopción, en 1998, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional han impulsado la homogeneización de la tipología de los crímenes internacionales de mayor gravedad, como son: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, en los derechos nacionales. Y, cada vez más, las leyes nacionales disponen que esos crímenes deben ser incluidos en el ámbito de la jurisdicción universal. Pero su ejercicio está sujeto, según los estados, a distintas condiciones, tales como los plazos de prescripción, el monopolio de la acusación asignado a los fiscales, o la exigencia de puntos de conexión con el Estado. Solamente en algunos estados se han llegado a celebrar juicios (Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suiza). No obstante, esta práctica se ha intensificado en los últimos años.

Pero, en este contexto de ampliación del alcance de la jurisdicción universal, se han registrado importantes retrocesos en dos de los países que permitían un ejercicio amplio de la jurisdicción universal: Bélgica y España, debido a la enorme presión de otros estados, como Estados Unidos e Israel, que se oponían a la implicación de algunos de sus nacionales en los procedimientos penales abiertos.

En el caso español, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, aprobada con el acuerdo entre el partido del Gobierno y el principal partido de la oposición, con el apoyo de otros grupos parlamentarios, ha culminado, de manera lamentable, en el proceso de restricción progresiva de la jurisdicción universal en España.

La colección “Recerca x Drets Humans”, editada por la Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos de la Generalitat de Cataluña, recoge y hace públicos estudios sobre diversos aspectos relacionados con los derechos humanos, llevados a cabo desde diversas disciplinas académicas.

